

PROVA INCOSTITUZIONALE E TABULATI TELEFONICI

Tra garanzie, diritti ed innovazioni tecnologiche

LORENZO TOMBELLI*

Il contributo offre una panoramica dettagliata sullo strumento investigativo dei tabulati telefonici, con particolare attenzione alle vicende giurisprudenziali che hanno caratterizzato l'evoluzione del mezzo di ricerca della prova. Siamo di fronte ad uno strumento che si pone al crocevia tra istanze contrapposte: la repressione del fenomeno criminale e la tutela dei diritti costituzionali. Particolare attenzione viene dedicata all'ultima modifica legislativa, il decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, con il quale il Governo italiano ha recepito le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di data retention.

This paper offers a detailed analysis of phone records as an instrument of investigation, providing a particular focus on legal case studies that have accompanied the evolution of this means of searching for evidence. This instrument is situated midway between opposing instances: the necessity of repressing crimes, and the need to protect constitutional rights. DL 30/09/2021 n. 132 has also been discussed with special attention: the Italian Government has thus transposed the indications previously given by the Court of Justice of the European Union as far as data retention is concerned.

SOMMARIO: 1. La tutela dei diritti a fronte dei nuovi strumenti investigativi. – 2. La prova incostituzionale e i c.d. diritti emergenti. – 3. La *data retention* e l'acquisizione dei tabulati telefonici. – 4. Il D.L. 132/2021, la linea garantista del Governo italiano necessita di ulteriori modifiche. – 5. Repressione penale e riservatezza: un inevitabile bilanciamento tra autorità e libertà.

1. *La tutela dei diritti a fronte dei nuovi strumenti investigativi.* – La nostra società è dominata dalle nuove tecnologie, connotate da un'evoluzione rapidissima e da una grande capacità espansiva. A tal proposito, si parla di «rivoluzione informatica»¹, in quanto l'eccessivo utilizzo della tecnologia porta,

¹ G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione – Corso di informatica giuridica*, Torino, 2016, p. XI.

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

innanzitutto, ad un ampliamento dei mezzi di comunicazione, accessibili da chiunque e in ogni momento; in più, tali strumenti hanno investito completamente ogni sfera della nostra vita. Gli anni duemila si caratterizzano per una crescita esponenziale della telefonia digitale e per l'emersione dei c.d. *big data*, tant'è che l'accesso alla rete diviene considerato un diritto fondamentale (per alcuni, costituzionale²) della persona: una condizione per il pieno suo sviluppo individuale³.

Nel campo della penalità⁴, i nuovi mezzi tecnologici hanno, sicuramente, sviluppato e incrementato nuovi fenomeni criminali, pensiamo ai cc.dd. *cybercrimes*⁵. Tuttavia le recenti innovazioni hanno fornito potenti e penetranti strumenti investigativi agli inquirenti, con pesanti ripercussioni sui diritti individuali. Da decenni, ormai, si discute dell'uso degli apparecchi tecnologici all'interno del procedimento penale, i quali mutano – in modo significativo – la fisionomia del “sistema-giustizia”.

L'avvento della tecnologia nel processo penale è caratterizzato da una marcata ambivalenza⁶: sicuramente, da una parte, consente di raggiungere risultati straordinari, ma, dall'altro, si delineano aggressioni – molto impattanti – nella sfera privata degli individui (o meglio, delle *persone*⁷). Per questo, la possibilità di comprimere i diritti – in particolare, quello alla privacy – al fine di acquisire elementi utili alla repressione penale porta gli interpreti ad interrogarsi sulla necessità di escogitare una soluzione che possa bilanciare i due valori, alla luce del principio di proporzionalità.

2. *La prova incostituzionale e i c.d. “diritti emergenti”*. – L'utilizzo degli strumenti tecnologici nel procedimento penale apre la discussione sulla configurabilità della “prova incostituzionale”. Con quest'ultima espressione si suole fare riferimento alla prova assunta in violazione dei diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale. Il tema si lega fortemente con l'affascinante materia delle sanzioni processuali, specialmente con l'inutilizzabilità.

² Sul fondamento costituzionale del diritto di accesso ad Internet si è acceso un dibattito: *ex multis*, v. M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra le tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in *Internet e Costituzione. Atti del convegno, Pisa 21-22 novembre 2013*, a cura di M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA, Torino, 2014, p. 169; S. SCAGLIARINI, *I diritti costituzionali nell'era di Internet: cittadinanza digitale, accesso alla rete e net neutrality*, in *Diritto e tecnologie informatiche*, a cura di T. CASADEI, S. PIETROPAOLI, Wolters Kluwer, 2021, p. 3.

³ V. PALLADINI, *Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 1, pp. 103-112.

⁴ Sulle peculiarità del diritto punitivo rispetto alle altre branche del diritto si veda R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022.

⁵ Si veda sul punto S. LORUSSO, “Digital evidence”, “cybercrime” e giustizia penale 2.0, in *Processo Penale e Giustizia*, 2019, 4, pp. 821-828.

⁶ C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 9, pp. 1210-1221.

⁷ P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per gli italiani di ogni età*, Bologna, 2018; l'Autore sostiene che «individuo e persona non sono sinonimi», in quanto «l'individuo è il vecchio protagonista del costituzionalismo moderno», mentre, «la persona [...] è creatura pensata in stretto contatto con l'altro, con gli altri», p. 59.

Il dibattito dottrinale sull'esistenza della prova incostituzionale nasce durante i primi anni del periodo repubblicano, sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930. Il nuovo assetto costituzionale imponeva riflessioni circa la compatibilità delle disposizioni processuali con la tutela dei diritti fondamentali. Il dibattito, poi, evolve negli anni Settanta, allorché la Corte costituzionale, con una sentenza del 1973⁸, tenta di dar vita a un nuovo bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, la tutela dei diritti costituzionali dell'individuo e, dall'altro, l'esigenza di prevenzione e repressione dei reati. Tali istanze trovano un fondamento costituzionale negli artt. 2 e 112 Cost., e per questo, il compito dell'interprete consiste nell'escogitare una soluzione che possa consentire all'Autorità giudiziaria di assolvere allo scopo attribuito al processo penale nel rispetto dei diritti individuali.

La Consulta afferma che «le attività compiute in dispregio dei diritti fondamentali non possono essere assunte a giustificazione di atti processuali»⁹: perciò, la responsabilità penale potrà essere accertata solo nelle forme disciplinate dal legislatore. La giurisprudenza sostiene che, in presenza di un diritto oggetto di tutela costituzionale, il quadro di riferimento si ricava direttamente dalla Carta. In più, alcuni diritti costituzionali sono definiti inviolabili¹⁰, salva riserva di legge e di giurisdizione; dunque, eventuali compressioni possono avvenire solo nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, quindi a seguito di un atto motivato dell'autorità giudiziaria. Perciò, quando non esiste una norma primaria che soddisfi la doppia riserva, l'acquisizione deve considerarsi vietata: il silenzio del legislatore costituisce un limite probatorio e, qualora gli interpreti non rispettino tale ricostruzione, non resta che l'inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.*

Tale impostazione può essere invocata anche per escludere l'ingresso della prova lesiva dei diritti fondamentali attraverso la “valvola di sicurezza”¹¹ della prova atipica, in quanto, quest'ultima – per definizione – difetta del requisito della tipicità, necessario per rispettare la riserva di legge, richiesta dalla Costituzione.

Appare, a questo punto, opportuno approfondire una tematica collegata alle prove atipiche, ossia la creazione pretoria dei c.d. diritti emergenti. Con questa espressione si usa far riferimento a situazioni soggettive che derivano da interpretazioni estensive dello *ius scriptum* nelle Carte nazionali e sovranazionali¹². Le interpretazioni “coraggiose”, le quali generano nuovi diritti, puntano sulla centralità della dignità della persona umana e numerose sono le estensioni –

⁸ Corte cost., 6 giugno 1973, n. 74, in *Giurisprudenza costituzionale*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La Consulta nel 1991 ribadisce che il «diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfazione di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante», così Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giurisprudenza costituzionale*.

¹¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 162.

¹² Se il secondo dopoguerra ha segnato l'inizio di un'epoca definita da Norberto Bobbio “L'età dei diritti”, la stagione successiva alla caduta del muro di Berlino è certamente qualificabile come “l'era dei nuovi diritti”.

anche costituzionali – dovute all’abbandono di un’impostazione tradizionale che leggeva la Carta fondamentale quale *catalogo chiuso* di diritti. In particolare, occorre segnalare la lettura dell’art. 2 Cost. quale *fattispecie aperta*, capace di dare origine a nuove posizioni soggettive¹³: dunque, una norma in grado di tutelare (e riconoscere) nuovi diritti, senza la protezione e la garanzia della riserva di legge.

In tal senso, a titolo esemplificativo, può essere utile richiamare le Sezioni Unite Prisco del 2006¹⁴ che si sono occupate dei diritti che vengono in gioco con le videoriprese di mere immagini, creando la categoria dei c.d. luoghi riservati, distinti dai luoghi privati e da quelli pubblici. Dunque, la captazione delle immagini registrate negli ambienti privati, come i bagni pubblici, necessita di una maggiore attenzione, proprio in virtù della maggiore aspettativa di riservatezza e al c.d. *ius excludendi alios*. Inoltre, emblematico è il caso trattato dalla Cassazione in merito all’agente segreto attrezzato per il suono, nei casi di ascolto differito della Polizia giudiziaria. I Supremi giudici hanno ritenuto che l’acquisizione di tali informazioni rientri nella tutela dell’art. 15 Cost., tuttavia, tale attività non ne compromette il «nucleo essenziale», determinando così una «lesione marginale»¹⁵ del diritto in questione. In simili situazioni, si delinea un modello di tutela affievolito: di conseguenza, è necessario il rispetto della riserva di legge, ma appare sufficiente un provvedimento del Pubblico Ministero che possa (adeguatamente) motivare la necessità di incidere sul bene costituzionalmente protetto.

La categoria concettuale della prova incostituzionale è stata oggetto anche di pronunce della Cassazione, tra le quali merita di essere menzionata la pronuncia a Sezioni Unite del 27 marzo 1996. Per la Suprema Corte rientrano nelle prove sanzionate con l’inutilizzabilità «non solo le “prove oggettivamente vietate”, ma [anche] 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»¹⁶.

L’analisi della giurisprudenza porta ad affermare che, ormai, la prova incostituzionale è una categoria riconosciuta e la sanzione processuale che viene invocata quando una prova si sia formata violando i diritti costituzionali è l’inutilizzabilità. In più, autorevole dottrina¹⁷ ritiene che la totale caducazione degli

¹³ Note sono le posizioni contrapposte di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, pp. 4 ss., che nega la possibilità di utilizzare l’art. 2 per riconoscere nuovi diritti, e A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pp. 80. ss., che vedono nell’art. 2 una fattispecie idonea a generare nuovi diritti.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006 (Prisco), in *Cassazione penale*, 2006.

¹⁵ Cass., Sez. II, 14 ottobre 2010, n. 7, Biffis, in *Il Foro Italiano*, vol. 134, n. 4, 2011, p. 223 ss.

¹⁶ Cass., Sez. Un., sent. 27 marzo 1996 (Sala), in *Cassazione penale*, 1996; così come Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998 (Gallieri), in *C.E.D.*, n. 21194; infine, Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 6 (D’Amuri), in *C.E.D.*, n. 215841-01.

¹⁷ Parte della dottrina aderisce ad un’interpretazione estensiva nonché costituzionalmente orientata dell’art. 191 c.p.p., secondo cui «la violazione dei “divieti probatori costituzionali” rinvia la sua sanzione e la sua disciplina nell’art. 191» c.p.p., ritenendo questa lettura un’interpretazione costituzionalmente orientata; così P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 105. Cfr. L.P. CAMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cassazione penale*, 1996, p. 1548; L.P. CAMOGLIO, *L’utilizzabilità “assoluta”*

effetti probatori si imponga quale unica sanzione adeguata all'interesse protetto dalla Carta; solo con l'inutilizzabilità si elimina qualsiasi conseguenza che quella prova potrebbe essere in grado di produrre all'interno del processo. La violazione di questi divieti trova la sua disciplina normativa nell'art. 191, comma 1, c.p.p.¹⁸. Difatti, oggi, il tema fondamentale non è più quello di stabilire se una prova incostituzionale sia utilizzabile, ma valutare se siamo di fronte a una prova incostituzionale¹⁹.

3. *La data retention e l'acquisizione dei tabulati telefonici.* – La materia che ci approntiamo ad esaminare è oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale quasi trentennale ma ancora attuale, considerato che nel mese di settembre 2021 il Governo ha emanato un decreto-legge con il quale si modifica la normativa italiana per adeguarsi alle sentenze europee. I dati esteriori delle comunicazioni, più comunemente detti tabulati telefonici o di traffico²⁰, sono un mezzo di ricerca della prova già conosciuto con il codice di rito del 1930, il quale all'art. 226, comma 3, consentiva alle forze di polizia di acquisire le informazioni necessarie, incluse quelle sul traffico telefonico.

Una premessa che occorre effettuare è un confronto con lo strumento delle intercettazioni: l'acquisizione dei tabulati telefonici non rivela agli inquirenti il contenuto delle comunicazioni degli interessati, difatti la conoscenza è limitata ad alcune informazioni come il numero telefonico e l'ubicazione del dispositivo dal quale si avvia una chiamata e di quello che la riceve.

L'istituto in questione può essere definito il «prototipo»²¹ della prova incostituzionale. Come abbiamo visto, la giurisprudenza interna ha elaborato uno schema teorico in grado di tutelare anche i diritti emergenti, sulla base di un bilanciamento guidato dal criterio della ragionevolezza. In questi termini, viene in rilievo una nota sentenza della Corte costituzionale in materia di tabulati telefonici²², nella quale la Consulta ravvisa una “lesione marginale” della libertà e segretezza della corrispondenza, senza intaccare il “nucleo essenziale” dell'art. 15 Cost. Per questi motivi, secondo la Corte, non è necessario il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, infatti si ritiene sufficiente un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria, compreso il Pubblico Ministero. Con l'intervento *pretorio* della Consulta si creano quelle che potremmo definire prove atipiche “rafforzate”.

delle prove “incostituzionali”, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, pp. 30 ss.; L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 1, p. 1395.

¹⁸ Cfr. CAMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit.

¹⁹ C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cassazione penale*, 2011, 10, pp. 3638-3664.

²⁰ Si possono richiamare, a titolo esemplificativo, i dati relativi alle chiamate con annesse informazioni circa la data, l'orario e la durata delle conversazioni.

²¹ CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 175.

²² Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giurisprudenza costituzionale*; i giudici del Palazzo della Consulta ritengono utilizzabile l'ordine di esibizione ex art. 256 c.p.p.

Questa materia resta per molti anni senza una chiara normativa; solo con il c.d. Codice privacy del 2003²³ si arriva ad una prima regolamentazione. Soprattutto nell'ultimo decennio, la disciplina sui tabulati telefonici è stata oggetto di scrutinio da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato ai sensi dell'art. 267 TFUE. Si avvia così una *querelle* giurisprudenziale che porta, nel 2021, il Governo italiano ad emanare un decreto-legge per dare esecuzione alle sentenze europee. La Corte esamina la "direttiva Frattini" del Parlamento europeo e del Consiglio del 2006²⁴ partendo da un rinvio pregiudiziale della Corte suprema d'Irlanda e della Corte costituzionale austriaca: i giudici nazionali, nel sollevare il rinvio pregiudiziale, si interrogano sulla legittimità della legislazione interna che prevede una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati sulla base delle (poche) linee-guida ricavabili dalla direttiva.

Secondo le nuove coordinate tracciate dalla Corte di Giustizia, il Pubblico Ministero può chiedere ad un giudice – terzo ed imparziale – l'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici; quest'ultimo, invece, è chiamato a valutare la ragionevolezza dell'istanza rispetto alle esigenze del caso concreto, seguendo i canoni della "stretta necessità" e della "pertinenza alle indagini". In definitiva, anche in Italia, si è avuto modo di constatare che l'art. 132 del Codice privacy fosse incompatibile con il diritto comunitario. Le impostazioni della giurisprudenza comunitaria portano la dottrina italiana ad interrogarsi sulla compatibilità della disciplina domestica con il diritto europeo, soprattutto dopo aver registrato una certa "resistenza" della Cassazione, restia a recepire le indicazioni della Corte di Giustizia²⁵.

4. *Il D.L. 132/2021, la linea garantista del Governo italiano necessita di ulteriori modifiche.* – A seguito delle pronunce europee, il legislatore italiano è stato costretto ad intervenire con il decreto-legge n. 132/2021. La disciplina pre-riforma permetteva all'organo inquirente di disporre – con decreto motivato – l'acquisizione dei tabulati conservati dal fornitore, senza controlli da parte del giudice e senza circoscrivere tale potere per una gamma di reati (ad eccezione di quelli definiti "gravi", per i quali la disciplina consentiva alcuni termini speciali²⁶).

²³ D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, con il quale si è data attuazione alla direttiva 2002/58/CE.

²⁴ La direttiva 2006/24/CE prevede l'obbligo per i fornitori dei servizi di comunicazione di conservare i dati necessari per identificare la "fonte" e la "destinazione" di una comunicazione; informazioni che si rendono necessarie per stabilire la data, l'ora, la durata di una comunicazione. Inoltre, altri dati riguardano l'indirizzo dell'abbonato, il numero delle utenze coinvolte, nonché l'indirizzo IP per eventuali servizi Internet.

²⁵ Numerose sono le pronunce della Cassazione che reputano la normativa italiana conforme al diritto europeo: si veda Cass., sez. III, 19 aprile 2019, n. 36380, in *Diritto di Internet*, 2019; oltre a Cass., sez. III, 25 dicembre 2019, n. 48737, in *Cassazione penale*, 2020; infine Cass., sez. II, 10 dicembre 2019, n. 5741, in *C.E.D.*, n. 278568-01.

²⁶ I termini ordinari – prima della novella legislativa – consentivano al Pubblico Ministero di acquisire i tabulati, conservati dal fornitore, entro trenta giorni dalla data della chiamata se si tratta di "chiamate senza risposta"; entro dodici mesi quando si parla di dati del traffico telematico; entro ventiquattro mesi per i rimanenti dati del traffico telefonico. Il termine di conservazione dei dati per

Dunque, prima del 2021, il Pubblico Ministero deteneva un potere probatorio molto impattante sui diritti individuali, non temperato e non censurabile davanti all'organo giurisdizionale. Con la novella in esame si è cercato di porre rimedio alle numerose criticità evidenziate dalla Corte di Giustizia²⁷. In particolare, meritano di essere citate le principali novità introdotte dal legislatore, tra le quali la giurisdizionalizzazione della procedura di acquisizione e una puntuale indicazione delle cause di inutilizzabilità. Aver scelto di subordinare l'acquisizione dei tabulati all'esistenza di un procedimento penale per determinati reati²⁸ e dopo un controllo preventivo da parte del giudice è apprezzabile, nonostante vi siano ancora profili problematici. La nuova disciplina, dunque, non consente più al Pubblico Ministero di disporre l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, in quanto ritenuto una parte processuale non dotata di terzietà. A tal proposito, un profilo critico riguarda, per converso, l'esclusione del difensore dal novero dei soggetti che possono richiedere direttamente al gestore del servizio telefonico i dati del proprio assistito. La novella legislativa prevede che il difensore – similmente al Pubblico Ministero – debba effettuare l'istanza al giudice per essere autorizzato. Il legislatore, a giustificazione della propria scelta, invoca la riserva di giurisdizione, ma – a nostro avviso – essa potrebbe essere ben superata attraverso il consenso dell'avente diritto (ossia del proprio assistito, il titolare dei dati). Tale consenso garantisce un equo bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze investigative della difesa²⁹. La *ratio* sottesa al nuovo intervento

i reati previsti dagli artt. 51, comma 3-*quater* e 407, comma 2, lett. a c.p.p. veniva esteso a settantadue mesi. Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, p. 425.

²⁷ La necessità di adeguare la normativa italiana al diritto europeo emerge fin dal preambolo del decreto-legge, dove si legge che la riforma muove dalla «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 nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, e in particolare di circoscrivere le attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme gravi di criminalità e di garantire che dette attività siano soggette al controllo di un'autorità giurisdizionale».

²⁸ I reati che consentono l'acquisizione sono quelli per i quali la legge prevede «la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 del codice di procedura penale»; oltre a questi si prevede la possibilità di acquisizione per i reati di «minaccia e di molestia o disturbo alle persone con mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi». Cfr. P. TONINI, C. CONTI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2023; secondo gli Autori il livello di gravità dei reati, in buona parte parificato a quello richiesto per le intercettazioni, impedisce di acquisire i tabulati per «tutta una serie di fatti odiosi e meritevoli di sanzione», quest'ultima citazione è tratta da G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per i tabulati telefonici e telematici*, *Il quotidiano giuridico*, www.quotidianogiuridico.it, data ultima consultazione 20.05.2023.

²⁹ Ci pare opportuno sottolineare l'importanza (costituzionale) delle investigazioni difensive: esse fanno sì che i beni giuridici che riuniamo nel concetto di privacy siano bilanciati con il diritto di difesa. Con l'introduzione nell'ordinamento delle investigazioni difensive (l. 7 dicembre 2000, n. 397, recante *Disposizioni in materia di indagini difensive*), il legislatore ha legittimato una serie di attività potenzialmente lesive della riservatezza, ritenendola soccombente rispetto al diritto di difesa. Il principio di prevalenza del diritto di difesa sulla riservatezza si traduce nel fatto che quest'ultima non potrà mai costituire un ostacolo insormontabile, per il difensore, in termini di conoscibilità e accessibilità delle informazioni; così M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020. Cfr. P. TONINI, *Indagini difensive e privacy, tra modelli processuali vecchi e nuovi*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 10, p. 1304.

legislativo consiste nell'attribuzione del potere autorizzatorio all'autorità giurisdizionale, anziché al Pubblico Ministero, per consentire una ponderazione e una valutazione di tutte le esigenze della parte richiedente con i diritti individuali che possiamo riassumere nel concetto costituzionale della riservatezza. Come possiamo immaginare, anche la difesa può utilizzare come prova – a suo favore – i tabulati telefonici, con i quali provare una determinata condotta, o la presenza di alcuni soggetti in specifici luoghi. Consentire l'accesso a tali informazioni solo a seguito di un controllo del giudice rende limitata l'acquisizione e comprime il diritto inviolabile di difesa, *ex art. 24 Cost.*

Inoltre, un'istanza di acquisizione presentata dalla difesa, alla quale non consegue un deposito dei tabulati – poiché, ad esempio, deleteri per la strategia di parte – può far sorgere un legittimo sospetto al Pubblico Ministero oppure al giudice dibattimentale, il quale sarà in grado di disporre un'acquisizione *ex officio*³⁰: un pericolo che si traduce in una grave limitazione del diritto di difesa.

A parere di chi scrive, con l'accesso diretto da parte del difensore ai dati telefonici e telematici del proprio assistito, senza la necessaria autorizzazione del giudice, non si realizza alcuna disparità di trattamento rispetto al Pubblico Ministero³¹. Anche perché, se la *ratio* di tale scelta è una maggiore tutela della riservatezza, occorre specificare che – nel corso delle investigazioni difensive – vi possono essere numerose attività che incidono sulla privacy³².

Le stesse critiche possono essere mosse alla disciplina d'urgenza. In questo caso, il Pubblico Ministero può acquisire i tabulati e, successivamente, chiedere la convalida al giudice; mentre il difensore – sempre nei casi di urgenza – deve

³⁰ O. MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cassazione penale*, 2022, pp. 2440-2455; l'Autrice evidenzia come l'impostazione adottata dal legislatore pone serie criticità, anche in relazione al rischio di disvelare anticipatamente le strategie poste in essere dalla difesa.

³¹ La sostanziale differenza è la presenza del consenso dell'avente diritto all'accesso ai dati. In dottrina si è sviluppato anche un orientamento che ritiene l'accesso diretto del difensore una lesione al principio della "parità delle parti processuali" di cui all'art. 111, comma 2, Cost.; cfr. G. CAPOCCIA, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cassazione penale*, p. 289.

³² All'interno del codice di rito troviamo elencate una serie di attività che il difensore può compiere. L'intervista difensiva, con conseguente assunzione di informazioni; l'accesso ai luoghi pubblici ma soprattutto privati; e, perfino, gli accertamenti tecnici: sono attività che consentono al difensore di conoscere dati personali di più soggetti. Inoltre, il Codice deontologico forense assicura un dovere di segretezza, in quanto prevede, all'art. 13, che «l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali».

obbligatoriamente rivolgersi al magistrato. Dunque, tale normativa non appare conforme agli artt. 3 e 111 Cost.³³.

Un altro profilo problematico è stato parzialmente sanato con la legge di conversione³⁴ del decreto-legge; inizialmente, infatti, il Governo non aveva previsto una disciplina transitoria. L'assenza di una regolamentazione specifica per i tabulati già acquisiti (quindi, senza l'autorizzazione giurisdizionale) nei processi pendenti ha creato uno "smarrimento" nella giurisprudenza, perfino di legittimità.

La dottrina, anche autorevole, si è concentrata moltissimo sulla retroattività della novella legislativa, affermando che l'irretroattività della nuova disciplina comporta una «gravissima mutilazione alla riservatezza della vita privata dei cittadini»³⁵. A nostro avviso, invece, il problema riguarda un delicato rapporto tra le fonti interne con quelle sovranazionali. Occorre premettere che, sulla base del principio *tempus regit actum*, non è possibile far retroagire una normativa processuale. Difatti, si è correttamente osservato che «nel caso specifico di successione di leggi processuali nel tempo, in rispetto del principio del *tempus regit actum*, la nuova norma disciplina sia i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore, sia i singoli atti, compiuti successivamente alla sua entrata in vigore, dei processi già iniziati, anche nel caso in cui la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio»³⁶. Quindi, ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore del decreto si applica la normativa vigente al momento dell'acquisizione.

A questo punto, la questione si sposta su un altro piano. Ancora una volta, bisogna richiamare le conclusioni della Corte di Giustizia, che ha ritenuto la normativa estone (e, *mutatis mutandis*, quella italiana) contrastante con l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio –

³³ L'art. 111, comma 3, Cost. stabilisce che «la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa». I pericoli prospettati dalla dottrina sono reali: l'ipotesi nella quale il difensore sia autorizzato ad accedere ai dati tardivamente, ovvero quando essi siano già cancellati dal gestore (magari perché scaduti i tempi di conservazione), non si ritiene conciliabile con la Carta costituzionale. Sul versante della ragionevolezza (*ex art. 3 Cost.*), si può effettuare un discorso simile: abbiamo un Pubblico Ministero che, in quanto espressione di un interesse pubblico, è dotato di un potere assai penetrante sui diritti individuali e di forza coercitiva; e un difensore, titolare di un interesse privato, ma garantito e definito inviolabile dalla Costituzione, sfornito degli strumenti necessari.

³⁴ L. 23 novembre 2021, n. 178.

³⁵ L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penale - Diritto e Procedura*, 2021, p. 13.

³⁶ G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 9, pp. 15-42. Inoltre, si può suggerire la lettura della Relazione a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema Corte di Cassazione, nella quale si afferma che «[l]a principale soluzione per affrontare le questioni di diritto intertemporale connesse all'utilizzabilità dei *data retention* che siano stati acquisiti precedentemente ed al di fuori delle condizioni fissate dall'odierna novella pare offerta dall'applicazione del generale principio *tempus regit actum*, il quale svolge l'essenziale funzione di ordinare la successione di leggi nel tempo in ambito procedurale garantendo l'applicazione uniforme delle regole processuali che, altrimenti, subirebbero confusive ed ingestibili discontinuità ove si procedesse alla importazione in ambiente processuale del principio della *lex mitior*, regolante, invece, la successione delle leggi penali nel tempo in ambito sostanziale (così, da ultimo, Sez. 2, n. 9876 del 12/2/2021, in motivazione)».

modificata dalla direttiva 2009/136/CE – letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali UE³⁷. Merita precisare che l'attuale architettura costituzionale dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali³⁸ è una manifesta conseguenza del principio della *primauté* del diritto comunitario: la supremazia del diritto europeo, così come formulata dalla Corte di Giustizia, si ritiene capace di esplicare effetti anche sulle Costituzioni nazionali³⁹, in quanto è necessario evitare qualsiasi deroga dei singoli Stati membri⁴⁰. Quindi, in base a tale principio, si giustifica la disapplicazione del diritto domestico rispetto a una disposizione di regolamento o di direttiva *self-executing* (ossia auto-applicativa)⁴¹. Oltre a ciò, la Consulta⁴² ha creato un «collegamento funzionale»⁴³ tra i due ordinamenti, considerandoli «coordinati ma separati»⁴⁴, perciò quando siamo di fronte a una norma dotata di effetti diretti – dopo il tentativo del giudice di interpretazione conforme – non resta altra strada che la

³⁷ Può essere utile ricordare le parole utilizzate dalla Corte di Giustizia UE, nella sentenza 2 marzo 2021, C-746/18. I giudici europei affermano che la direttiva comunitaria «osta ad una normativa nazionale, la quale renda il Pubblico Ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale».

³⁸ Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della materia, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, XLVII, 6, pp. 4477-4507.

³⁹ Emblematica è la sentenza CGCE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70; i giudici di Lussemburgo ritengono il diritto europeo capace di produrre effetti su tutto il diritto interno, compreso quello costituzionale.

⁴⁰ Tant'è che le Corti costituzionali nazionali – in particolare quella italiana e quella tedesca – non esitano ad intervenire, affermando la c.d. teoria dei controlimiti, con l'obiettivo di salvaguardare i principi costituzionali irrinunciabili e dei diritti fondamentali protetti dalle Carte nazionali. Infatti, la Corte costituzionale tedesca «è intervenuta ripetutamente su questo terreno, dapprima dichiarando la propria competenza a verificare la compatibilità di tutto il diritto comunitario con i principi costituzionali interni tramite gli atti statali di esecuzione; poi per temperare le proprie posizioni, alla luce dell'evoluzione rassicurante dell'ordinamento europeo in relazione alla protezione dei diritti fondamentali». La Corte costituzionale italiana evoca «la tematica dei controlimiti dapprima come rimedio estremo per ipotesi di improbabili conflitti insanabili tra il diritto comunitario e i diritti costituzionali garantiti dalla Costituzione italiana; successivamente, modulando diversamente il medesimo tema, [la Corte, sembra] mettersi in condizione di effettuare un controllo ordinario sulla costituzionalità degli atti normativi comunitari»; così M. CARTABIA, *“Unita nella diversità”: il rapporto tra Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Una costituzione per l'Unione europea*, a cura di F. Donati, G. Morbidelli, Torino, 2006.

⁴¹ Alle fonti direttamente applicabili bisogna aggiungere le interpretazioni delle norme europee rese dalla Corte di Giustizia, a seguito dei rinvii pregiudiziali, a norma dell'art. 267 TFUE. In quest'ultimo caso, la Corte assegna alla motivazione della sentenza un valore vincolante, che giustifica la disapplicazione da parte dei giudici. Cfr. A. ABBATE, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo e le recenti implicazioni in tema di equilibrio di bilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 3, p. 464 s.

⁴² Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, in *Giurisprudenza costituzionale*.

⁴³ ABBATE, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo*, cit., p. 466.

⁴⁴ La Corte teorizza qui una reciproca interdipendenza che delinea un modello “dualista”, in quanto l'ordinamento europeo non ha una legittimazione autonoma rispetto a quello nazionale ma da quest'ultimo mutua il fondamento costituzionale rinvenibile nella cessione di sovranità autorizzata dall'art. 11 Cost.: così ABBATE, *I rapporti tra diritto interno e diritto europeo*, cit., p. 466. Diversamente, per quanto attiene ai rapporti tra norma interna non conforme alla CEDU si vedano le c.d. sentenze gemelle, n. 374 e 348 del 2007 della Corte costituzionale.

disapplicazione del diritto interno⁴⁵. Dalle considerazioni svolte, tenendo conto della giurisprudenza costituzionale, si può affermare che l'interpretazione contenuta nelle sentenze europee comporta – al pari delle norme *self-executing* – l'obbligo, per il giudice, di disapplicazione in caso di contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale⁴⁶. Quindi, tornando alla disciplina sulla *data retention*, ritenere applicabile la normativa precedente all'entrata in vigore del decreto-legge 132/2021, in evidente contrasto con il diritto europeo, non può essere condivisa. Probabilmente anche per questi motivi, in sede parlamentare, si è scelto di introdurre il comma 1-*bis* all'art 1 della legge di conversione, con il quale si prevede l'utilizzabilità dei dati raccolti in precedenza solo “unitamente ad altri elementi di prova” e unicamente per i reati-presupposti indicati nel decreto-legge.

A parere di chi scrive, il legislatore avrebbe dovuto, per così dire, osare di più. In questo modo, si è (soltanto) limitata la portata dell'inutilizzabilità, mentre il contrasto con la normativa europea necessita un intervento radicale con conseguenze giuridiche inevitabili. Dalla scelta effettuata non si comprende quale sia la *ratio*: probabilmente, siamo di fronte ad un bilanciamento che valorizza molto il “principio generale di conservazione della prova” già acquisita, a discapito dei diritti fondamentali. Sul punto, si pronuncia anche la Corte di Giustizia⁴⁷, la quale afferma che spetta ai legislatori nazionali la valutazione circa l'utilizzabilità delle prove assunte nel procedimento penale sulla base di una normativa incompatibile col diritto europeo, nel rispetto, però, del principio di equivalenza ed effettività. Pertanto, il giudice penale è obbligato alla disapplicazione retroattiva, a meno che il legislatore – nell'ambito della sua discrezionalità – non opti per una disciplina derogatoria: è il caso del legislatore italiano.

Poche parole – ma necessarie – occorrono in merito alla mancata delimitazione dell'ambito soggettivo. La novella del 2021 omette di individuare i soggetti nei confronti dei quali è possibile autorizzare l'acquisizione dei dati⁴⁸. Sul punto, la giurisprudenza europea⁴⁹, a nostro avviso, è chiara: la limitazione della riservatezza conseguente all'accesso ai dati è ammessa solo nei confronti di chi sia

⁴⁵ Se residuano ulteriori dubbi di legittimità, è consigliabile esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (per i giudici di ultima istanza, ai sensi dell'art. 267, paragrafo 3, TFUE, si tratta di vero e proprio *obbligo*). Qualora si fosse dinanzi a norme europee prive di effetti diretti, invece, il giudice – dopo aver tentato un'interpretazione costituzionalmente conforme – potrà sollevare una questione di legittimità alla Consulta.

⁴⁶ A tal proposito, la sentenza della Corte costituzionale n. 389 del 1989 stabilisce che «qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative».

⁴⁷ CGUE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20.

⁴⁸ PALLADINI, *Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?*, cit., p. 109.

⁴⁹ Tutte le sentenze che hanno trattato la materia della *data retention* si sono soffermate sull'argomento, dalla prima sentenza *Digital Rights Ireland*, passando per *Tele2*, fino alla pronuncia *H.K.*

sospettato di aver commesso un reato⁵⁰. Quindi, a livello domestico, occorre specificare quali sono i soggetti potenzialmente destinatari di tali intrusioni nella propria sfera riservata, poiché «lo Stato di diritto si preoccupa, a tutela dell'individuo, di porre limiti al potere di investigazione, pubblica e privata»⁵¹. Per circoscrivere i soggetti nei confronti dei quali questi dati possono essere acquisiti, occorre seguire un criterio attuativo del principio di proporzionalità e garantire un equo bilanciamento tra repressione penale, tutela della riservatezza⁵² e della dignità umana. Dal nostro punto di vista, è difficile condividere la ricostruzione di una parte della dottrina, volta a giustificare la scelta del legislatore sull'assunto che la mancata delimitazione soggettiva consenta di utilizzare tale strumento per dare un volto alle indagini avviate contro ignoti⁵³.

Simili criticità possono essere eliminate solo con un nuovo intervento legislativo. Diversamente, diviene necessario – come prospettato da una parte della dottrina⁵⁴ – sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., il quale vincola la potestà legislativa dello Stato al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e agli obblighi internazionali⁵⁵.

5. *Repressione penale e riservatezza: un inevitabile bilanciamento tra autorità e libertà.* – Il tema del contemperamento tra diritti dell'individuo ed esigenze investigative «costituisce il punto focale del diritto processuale penale»⁵⁶, in quanto «le due esigenze hanno pari importanza»⁵⁷. Inoltre, non può indurre in errore «la considerazione secondo cui l'esigenza di tutela della società contro il delinquente riguarda tutti i cittadini e, perciò, costituisce un interesse pubblico, mentre la difesa dell'accusato è un interesse privato. Da ciò non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell'imputato»⁵⁸. Dunque, è fondamentale ricordare che «limitare le possibilità di difesa può ridurre il pericolo di assolvere il colpevole, ma aumenta il rischio di condannare l'innocente»⁵⁹. Per questi ed altri

⁵⁰ In casi eccezionali, si ritiene possibile acquisire informazioni anche nei confronti di altre persone, sempre in presenza di elementi oggettivi, i quali permettono di ritenere che tali dati potrebbero fornire – in concreto – un contributo al contrasto alla criminalità grave.

⁵¹ M. PISANI, *La tutela penale della riservatezza: aspetti processuali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 787.

⁵² È necessario che i dati siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto strettamente necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, ex art. 5 del Regolamento UE 2016/679.

⁵³ A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del D.L. 30 settembre 2021, n. 132*, in www.sistemapenale.it, 2021; secondo l'Autore «l'esigenza di non limitare l'alveo dei destinatari dell'apprensione dei dati esteriori esclusivamente a coloro che risultano indagati o imputati si giustifica nell'ottica di consentire l'acquisizione degli stessi anche nei procedimenti contro ignoti».

⁵⁴ *Ex multis*, MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale*, cit., *passim*.

⁵⁵ FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, cit., p. 11.

⁵⁶ A. C. RUSSO, *Captatore informatico e tutela dei diritti dell'individuo: tra presupposti applicativi e divieti probatori*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 11, pp. 1518 ss.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, p. 526.

⁵⁹ *Ibidem*.

motivi, è necessario prevedere *ex ante* – a livello legislativo – presupposti chiari e precisi, in modo da evitare abusi e rendere compatibili i nuovi strumenti tecnologici con le garanzie costituzionali in tema di libertà personale; infine, *ex post*, i criteri che dovranno guidare gli interpreti dovranno essere stringenti, per consentire di bilanciare al meglio le esigenze di tutela della collettività con l'ingerenza della pubblica autorità nella sfera dell'individuo⁶⁰.

In conclusione possiamo, dunque, affermare che l'attuale disciplina in materia di *data retention* è il frutto di una lunga evoluzione storica – giurisprudenziale, dottrinale e legislativa – che ha tentato di operare un bilanciamento tra interessi antagonisti: si è dovuto contemperare le esigenze della magistratura inquirente con il fondamentale diritto alla privacy, tutelato dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, convenzionali ed euro-unitarie. Benché permangano alcune criticità, che potranno essere superate con un nuovo intervento legislativo, la scelta del legislatore, a nostro avviso, appare appropriata, in quanto mira a conformarsi – in via tendenziale – alla giurisprudenza europea formatasi in materia. In particolare, ci preme ribadire che i tabulati telefonici e telematici possono comprimere il diritto alla privacy anche di coloro che non sono direttamente coinvolti nelle indagini. Orbene, una domanda sorge spontanea: fino a che punto è possibile limitare i diritti fondamentali di persone estranee o, comunque, presunte innocenti?

Dunque, a nostro parere, alla luce di tutte le considerazioni svolte, è necessario un costante e corale lavoro della comunità dei giuristi affinché si prosegua il percorso volto ad una piena attuazione della Costituzione – in tutte le sue parti – ed alla costruzione di una «mentalità costituzionale»⁶¹ anche in materia di *data retention*.

⁶⁰ In tale occasione pare utile fare un riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, nella quale la Consulta afferma che «la tutela deve essere sempre sistemica [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche, [...] che, nel loro insieme, costituiscono espressione della dignità della persona». Il quadro che emerge è la necessità di un costante bilanciamento, in modo tale da evitare che un diritto costituzionale diventi “tiranno” nei confronti degli altri.

⁶¹ L'espressione è del prof. P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, Roma, 2018, p. 3.