

# SERVONO REGOLE DI GARANZIA PER LA PROVA INFORMATICA\*

*Giorgio Spangher*



Il futuro ci ha raggiunto, e ci sta superando, anzi ci ha già superato. Tecnologia e intelligenza artificiale condizionano e condizioneranno sempre più la nostra vita.

Ma condizionano e condizioneranno sempre più l'attività della criminalità e conseguentemente quella delle attività di accertamento dei fatti criminosi. È evidente, che se gli strumenti di controllo funzionano, gli organi di polizia e quelli giudiziari saranno indotti ad usarli.

Dovendo tenere conto delle esigenze di tutela degli individui, costituzionalmente garantiti e convenzionalmente tutelati, saranno portati a trovare nel tessuto normativo le possibilità di utilizzare le

previsioni che – dal loro punto di vista – consentono una più agevole e rapida acquisizione.

Nell'ambito dell'attività di accertamento e/o di contrasto e lotta – concetti ormai entrati nel patrimonio della giustizia – ci sono strumenti di più agevole acquisizione e mezzi che per la loro invasività nella vita delle persone richiedono un tasso di garanzie più elevato: riserva di legge (casi e modi) e riserva di giurisdizione (intervento del giudice e non del P.M. o della polizia giudiziaria).

In via di mera esemplificazione documenti e corrispondenza sono coperti da minori garanzie rispetto alle intercettazioni ed in questo ambito l'uso dello strumento (troian) è maggiormente definito nelle condizioni di attivazione (con ricadute in tema di video-riprese).

Naturalmente, la cultura delle garanzie e i suoi fondamenti trovano la loro collocazione nella Corte Costituzionale, nella Corte di Giustizia, nella CEDU, più raramente nell'intervento del legislatore che interviene in ritardo, spesso solo per effetto di queste decisioni di rango superiore.

Deve sottolinearsi, a tale proposito, come l'azione riformatrice di garanzia sia molto lenta e differita nel tempo, lasciando, per un lungo periodo l'imputato privo dell'adeguata tutela alla quale si riconosce che avrebbe diritto, rextius che avrebbe avuto diritto.

Quanto affermato, ha trovato una precisa conferma in due situazioni emblematiche.

Con la sentenza n. 170 del 2023, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che le comunicazioni whatsapp e la messaggistica contenute in uno smartphone sono tutelate dall'art. 15 Cost. e vanno qualificate, anche se ricevute dal destinatario, come corrispondenza e non come documento.

Tuttavia, non tutte le questioni sono risolte, come già emerge dalla lettura che ne stanno fornendo gli uffici di procura, distinguendo varie possibili situazioni di acquisizione anche in relazione al mezzo con il quale il riferito traffico comunicativo, in partenza, in itinere, arrivato, viene acquisito.

Va sottolineato a tale proposito che nel processo davanti alla Corte Costituzionale, non si sa quanto correttamente, le parti abbiano convenuto che la materia non era riconducibile alla nozione di intercettazione.

Va fatto notare che con la citata sentenza della Corte Costituzionale, al riconoscimento di tutela della classe politica, non è conseguito quella dell'imputato in quanto l'acquisizione della sua corrispondenza non incontra limiti alla introduzione nel processo.

Considerazioni analoghe possono essere svolte anche con riferimento alla disciplina dei tabulati telefonici. È noto come la disciplina domestica prevedesse la possibilità che la loro acquisizione consentita anche alla polizia giudiziaria potesse essere richiesta ai gestori anche solo su iniziativa del Pubblico Ministero. Il dato risultava consolidato sulla base delle sezioni unite 23.02.2000, D'Amuri e 24.06.2000 Tammaro, in considerazione del fatto che si trattava di attività diversa dalle intercettazioni telefoniche.

Per vent'anni ai giudici della cassazione non è venuto in mente di prospettare una questione di legittimità costituzionale ovvero di mutare orientamento giurisprudenziale.

Intervenuta in materia una sentenza della Corte di Giustizia, che ha precisato come il contenuto dei tabulati possa determinare un pregiudizio per la garanzia della riservatezza e della tutela della persona e che quindi era necessario l'intervento di un giudice che ne autorizzasse l'acquisizione, il nostro legislatore è intervenuto in materia con il dl n. 132 del 2021 convertito in l. n. 178 del 2021.

Naturalmente anche in questo caso, medio tempore, diritti a copertura costituzionale non hanno trovato adeguata tutela. Non solo a quella decisione si è data attuazione solo in parte in quanto è mancata e manca un'adeguata previsione per quanto attiene all'ubicazione del soggetto e al cosiddetto pedinamento satellitare, ma manca ogni riferimento alle operazioni di controllo dei soggetti in movimento.

Da sempre i processi si devono basare sulle prove (comunque considerate e venute evolvendosi); da sempre si sono prospettati i problemi delle modalità della loro formazione; da sempre si sono posti i problemi delle garanzie individuali.

L'evoluzione tecnologica impone oggi di affiancare all'avvocato, tecnico del diritto, il consulente, tecnico della prova.

Pertanto ora l'idea di uno statuto delle prove informatiche è quantomai indispensabile. Peraltro la materia, come è emerso pure dalle elaborazioni delle convenzioni internazionali non può più essere circoscritta in un ambito domestico e forse nemmeno solo europeo, anche se il Parlamento Europeo mostra grande

sensibilità al tema come emerge dai suoi provvedimenti (direttive e leggi) e dalle sentenze della Corte di Giustizia.

L'espansione globale della criminalità, la diffusione degli strumenti investigativi, la circolazione delle prove, pongono questioni che devono esser affrontate in una dimensione sovrainternazionale perchè gli istrumenti di investigazione operanti a livello internazionale, in sinergia tra loro, sono già attrezzati o si stanno attrezzando (\*).

Tuttavia è necessario rapidamente individuare, costruire, consolidare i riferimenti normativi di garanzia: cosa è possibile acquisire, con quali strumenti, come conservare i dati, con quali tecniche e mezzi, come si sono acquisiti, come si devono conservare, come si devono valutare, come evitare le possibili manipolazioni.

Tutti temi che richiedono adeguate risposte nel bilanciamento tra diritto dell'individuo e esigenze di tutela della società, pur nella consapevolezza che il futuro ci supererà. Comunque, alcune categorie generali in materia potranno esser individuate e costituire la premessa per lo sviluppo delle questioni che si prospetteranno come sino a oggi è già avvenuto con la disciplina che è stata introdotta anche quando le ultime novità non erano presenti. Ci sono principi e valori consolidati nella Carta Costituzionale e nelle convenzioni internazionali, come ricostruiti, interpretati e applicati dalle Corti di Garanzia, in una logica di dialogo circolare che non potrà mai interpretarli al ribasso.

Di tutto ciò deve farsi carico la dottrina, l'accademia (in una dimensione pluridisciplinare, non solo giuridica, considerate le materie coinvolte ad alto tasso di tecnicità) in sinergia con gli organi delle investigazioni (per conoscere le loro tecniche di indagine, le prassi, le metodologie) che in un dialogo costante, la rapida evoluzione della materia, fissi le regole così da costituire una premessa alla elaborazione giurisprudenziale.

In questo contesto si colloca lo statuto per la cui formulazione appare necessario aprire un tavolo di confronto che individui i profili nevralgici della materia ed elabori una piattaforma da offrire alla discussione e al confronto.

(\*) Mentre ci si confrontava con questi temi, il Parlamento, in sede di conversione del d.l. n. 105 del 2023 ha approvato un'art. 2 bis rubricato "Disposizioni urgenti in materia di contrasto della criminalità informatica e di cybersicurezza.

*\* Contributo tratto dalla relazione svolta nell'ambito del convegno "Per uno statuto dei nuovi mezzi di ricerca della prova di fronte alla società digitale", tenutosi in Roma in data 22.9.2023.*