

Il delicato equilibrio tra il rispetto della libertà di comunicazione e le esigenze di prevenzione nella sent. n. 2 del 2023 della Corte costituzionale di Palma Pujia*

Sommario: 1. Le garanzie costituzionali della libertà di comunicazione: premesse. – 2. La libertà di comunicazione e le misure di prevenzione previste dal Codice antimafia. – 3. La libertà di comunicazione e le misure preventive alla luce del mutato contesto tecnologico nella sent. n. 2 del 2023 della Corte costituzionale. – 4. Conclusioni.

1. Le garanzie costituzionali della libertà di comunicazione: premesse

Le garanzie previste dall'art. 15 Cost. riguardano due aspetti diversi (ma tra loro strettamente correlati) della comunicazione: da un lato, tale articolo riconosce e tutela il diritto di corrispondere e comunicare liberamente con altre persone, senza interruzioni o sospensioni; dall'altro lato, intende impedire che soggetti diversi dai destinatari vengano illegittimamente a conoscenza del contenuto della comunicazione stessa¹. La Costituzione, pertanto, protegge sia la libertà sia la segretezza della corrispondenza².

*Borsista di ricerca dal titolo "Verso una giustizia civile più efficiente", Università Magna Græcia di Catanzaro.

¹ Cfr., nell'ampia letteratura in tema, almeno V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano 1963; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984; G. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza* in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino 2001; G. MORBIDELLI, F. DONATI, *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino 2003; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna 2005; C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 10/2013.

Partendo dal primo profilo, l'art. 15 garantisce la libertà di «corrispondenza» ma estende la tutela a «ogni altra forma di comunicazione»³. Tale ultima espressione, com'è stato notato, asseconda una «lettura evolutiva del testo costituzionale»⁴, in base alla quale le garanzie previste dalla disciplina costituzionale si possono applicare alle comunicazioni che hanno luogo sia con i mezzi conosciuti all'epoca della Costituente (scambi epistolari, comunicazioni telegrafiche e telefoniche), sia con quelli resi disponibili, in tempi molto più recenti, dall'evoluzione tecnologica (telefonia mobile, servizi VOIP, messaggistica multiplatforma).

Una prima precisazione che viene fatta quando si ricostruisce il contenuto di tale articolo è quella che attiene alla differenza tra l'oggetto dell'art. 15 e quello dell'art. 21, a norma del cui primo comma, com'è noto, «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». Secondo una lettura ormai largamente condivisa, anche dalla Corte costituzionale⁵, la nozione di «corrispondenza» (e, più ampiamente, quella di «comunicazione») risulta caratterizzata da due elementi⁶: l'*intersubiettività*, ossia la circostanza per cui la comunicazione deve essere rivolta a soggetti specifici, e l'*attualità*, nel senso che la comunicazione non è più tale quando, decorso un lungo lasso temporale, viene meno il carattere privato della stessa «ed il suo oggetto acquista un mero valore retrospettivo, affettivo, collezionistico, storico, artistico, scientifico o probativo»⁷. Secondo la suddetta impostazione, quindi, la differenza tra libertà di comunicazione e libertà di espressione si sostanzierebbe nel carattere interpersonale della prima. Infatti, mentre la libertà di cui all'art. 15 riguarderebbe le attività di comunicazione di un soggetto nei confronti di uno o più destinatari

² Cfr., per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XVI ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano 2013, p. 580.

³ Cfr. L. CALIFANO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni. Commento all'art.15 della Costituzione*, in *Lamagistratura.it*, 28 settembre 2022, p. 2.

⁴ Cfr. M. OROFINO, *Art. 15*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, *Principi fondamentali e Parte I - Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, II ed., Bologna 2018, p. 117.

⁵ Cfr., per tutte, Corte costituzionale, sentt. n. 1038/1988 e n. 81/1993.

⁶ Cfr., in tal senso, F. DONATI, *Art. 15*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino 2006, p. 363.

⁷ *Ivi*, p. 363.

determinati, la libertà di cui all'art. 21 contemplerebbe le forme di comunicazione rivolte a un numero indeterminato di destinatari (le comunicazioni destinate a un pubblico)⁸.

Se tale distinzione, ai tempi dei Costituenti, era sufficientemente chiara, in considerazione degli strumenti tecnici a disposizione a quel tempo, tuttavia, al giorno d'oggi essa risulta difficilmente applicabile, a seguito dello sviluppo delle attuali tecnologie dell'informazione e della comunicazione e, soprattutto, dei *social network*, nell'ambito dei quali la comunicazione è «rimessa alle scelte variabili di coloro che partecipano al rapporto comunicativo nella *community*. Per cui una comunicazione può iniziare come interpersonale e poi evolversi in diffusione al pubblico oppure può essere interindividuale nelle intenzioni (e nei *setting* di *privacy*) di taluno dei partecipanti e pubblica per altri»⁹.

In ogni caso, entrambi i suddetti diritti di libertà hanno un rapporto molto stretto con il principio democratico: la libertà di esprimere e ricevere informazioni senza restrizioni, oltre che a destinatari indeterminati (art. 21 Cost.), anche a specifici riceventi (art. 15 Cost.), consente ai cittadini di partecipare attivamente alla vita politica e sociale del paese, ma più in generale si sostanzia in una espressione della persona umana non comprimibile, se non per tutelare beni di pari rango. In tale prospettiva, la libertà di corrispondenza, intesa come facoltà di ricevere o di comunicare informazioni o idee ad altri specifici destinatari senza ingerenze da parte delle autorità pubbliche, è espressione di una società democratica.

In tale contesto, la libertà di comunicazione tutela le modalità attraverso le quali un soggetto si relaziona con gli altri, presidiando quello spazio vitale «senza il quale quest'ultima non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»¹⁰.

⁸ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Milano 2022, p. 302.

⁹ M. OROFINO, *Art. 15, cit.*, p. 118. Dello stesso A., più ampiamente, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino 2014, spec. pp. 124 s.

¹⁰ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, cit., p. 285.

Rappresentando un diritto fondamentale dell'individuo, la libertà in questione può esser limitata soltanto per mezzo di atto motivato emanato dall'autorità giudiziaria. Contrariamente a quanto previsto dall'art 13 per la libertà personale, la norma relativa alla libertà di corrispondenza non prevede la possibilità di un intervento da parte dell'autorità di polizia, nemmeno nei casi di urgenza predeterminati dalla legge. La riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., inoltre, è da intendersi come assoluta, «escludendosi la possibilità di desumere in via interpretativa l'applicabilità in questo campo dei poteri di polizia previsti dall'art 13 Cost.»¹¹.

Come per le altre libertà negative, anche nel caso della norma in esame, la riserva di giurisdizione risulta, inoltre, strettamente correlata con la riserva di legge¹².

Con particolare riferimento alla libertà di corrispondenza, l'art. 15 prevede una riserva assoluta di legge, attribuendosi la disciplina dei casi e dei modi di limitazione di tale diritto fondamentale alla fonte primaria del Parlamento (alla quale la giurisprudenza della Corte costituzionale, tuttavia, ha equiparato gli atti normativi del Governo aventi forza di legge¹³).

Definire lo scopo della compromissione della libertà risulta essenziale in uno Stato garantista, il quale permette tali limitazioni solo ove necessarie e strettamente correlate alla tutela di un diritto di pari rango¹⁴. A tal proposito, la Corte costituzionale, sottolineando il carattere assoluto della riserva di legge delle libertà negative, ha evidenziato che le limitazioni debbono in ogni caso porsi a tutela di un altro diritto o interesse costituzionalmente protetto, nel rispetto dei principi di idoneità, necessità e proporzionalità¹⁵. Spetta, inoltre, alla legge, sempre in un'ottica garantistica, circoscrivere la durata massima della limitazione, oltre a descrivere le modalità attraverso le quali tale limitazione può estrinsecarsi.

¹¹ F. DONATI, *Art. 15, cit.*, p. 368.

¹² Cfr. G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge": evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Torino 2019; M. BETZU, *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico*, in *Costituzionalismo.it* (www.constituzionalismo.it), 2013 p. 3.

¹³ Cfr., tra le tante, Corte cost., sentt. nn. 39 del 1971, 184 e 243 del 1974, 173 del 1987 e 29 del 1995.

¹⁴ Cfr., in tal senso, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, p. 15.

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 20/2017.

Quanto alla riserva di giurisdizione, vi è da sottolineare che soltanto l'autorità giudiziaria può emanare provvedimenti limitativi della libertà di comunicazione. Scopo dell'istituto, infatti, è quello di attribuire l'applicazione delle restrizioni della libertà ad autorità caratterizzate da indipendenza e imparzialità, evitando, così, possibili abusi da parte delle autorità di polizia¹⁶.

I provvedimenti restrittivi aventi ad oggetto la compromissione della libertà in esame, inoltre, devono essere necessariamente motivati, affinché sia adeguatamente illustrato il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice nell'applicazione della misura restrittiva volta a comprimere la libertà.

La particolare attenzione riservata dai Padri costituenti alla libertà di comunicazione emerge, del resto, in modo evidente dai lavori preparatori della Carta del '47 e, ancora prima, da quelli della Commissione Forti, nell'ambito dei quali si riconobbe già l'esigenza della «piena libertà di comunicare con altri e usando dei mezzi esistenti, sia postali che telegrafici e telefonici, all'infuori di qualsiasi controllo o censura, e con garanzia di piena segretezza»¹⁷. In Assemblea costituente, poi, se in un primo momento nella Commissione dei Settantacinque si pensò di disciplinare la libertà di corrispondenza unitariamente a quella personale e a quella di domicilio, in un secondo momento, si decise di normare autonomamente, in un apposito articolo, il diritto di libera comunicazione, impedendo le misure limitative da parte delle autorità di pubblica sicurezza (a differenza di quanto previsto dagli artt. 13 e 14 Cost.) anche nei casi di particolare necessità ed urgenza¹⁸.

Poste tali premesse, nel presente contributo si intende sviluppare alcune riflessioni sulla portata applicativa dell'art. 15 Cost., alla luce della recente sentenza n. 2 del 2023 della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 15 Cost., l'art. 3, comma 4, del decreto legislativo n. 159 del 2011 (*Codice delle leggi*

¹⁶ Sul punto cfr. ancora P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, cit., p. 20.

¹⁷ Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, vol. I, *Problemi costituzionali, Organizzazione dello Stato*, Roma 1946, p. 104.

¹⁸ Cfr., sul punto, E. CARLONI, *L'ordinamento della comunicazione dopo la (e alla luce della) riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2002, III, p. 1001 ss.

antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui include i telefoni cellulari tra gli «apparati di comunicazione radiotrasmittente» dei quali il questore può vietare, in tutto o in parte, il possesso o l'utilizzo. Nell'occasione, la Corte ha precisato che la Costituzione estende la garanzia riconosciuta alla libertà della corrispondenza «ad ogni forma di comunicazione, aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata». Pur riconoscendo, poi, che «le regole attinenti al mezzo che, per comunicare, venga di volta in volta utilizzato sono cosa in sé diversa dalla disciplina relativa al diritto fondamentale ora in esame» e che le «limitazioni relative all'uso di un determinato mezzo o strumento non necessariamente si convertono in restrizioni al diritto fondamentale che l'impiego di quel mezzo o strumento consenta, per avventura, di soddisfare», il Giudice delle leggi ha concluso che «esiste tuttavia un limite, superato il quale la disciplina che incide sul mezzo – in ragione del particolare rilievo che questo riveste a livello relazionale e sociale – finisce per penetrare all'interno del nucleo essenziale del diritto, determinando evidenti ricadute restrittive sulla libertà tutelata dalla Costituzione»¹⁹.

Tali affermazioni appaiono interessanti sotto diversi profili: innanzitutto, sottolineano la notevole elasticità delle disposizioni inerenti alla libertà di comunicazione (caratteristica comune a diversi enunciati normativi costituzionali riguardanti i diritti di libertà), che ne agevola l'interpretazione evolutiva; in secondo luogo, inducono a interrogarsi sul più ampio tema della capacità espansiva delle garanzie costituzionali a fronte di un contesto tecnologico in continua trasformazione ed evoluzione.

2. La libertà di comunicazione e le misure di prevenzione previste dal Codice antimafia

¹⁹ Corte cost., sent. n. 2/2023, punto 9 del *Considerato in diritto*.

Prima di soffermarsi sulle argomentazioni sviluppate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 2 del 2023²⁰, appare opportuno delineare il quadro dei rapporti tra la libertà prevista dall'art. 15 Cost. e le misure di prevenzione.

La tutela riconosciuta alla corrispondenza e alla segretezza non è assoluta, ma subisce delle limitazioni allorché vengano in considerazione interessi concorrenti (individuali e collettivi), altrettanto meritevoli di tutela. Come sottolineato dalla Corte costituzionale, però, «ciò che occorre affinché le limitazioni siano legittime è che le stesse siano previste dalla legge e siano disposte con atto motivato dall'autorità giudiziaria»²¹.

Con particolare riguardo all'esigenza di prevenzione penale, la disciplina delle misure adottabili a tal fine è contenuta, al momento, nel Codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n.159). La collocazione topografica delle misure preventive non è casuale, bensì esemplificativa del loro ambito applicativo privilegiato: quello della prevenzione dei reati di mafia²². Ritenute, fino a qualche tempo fa, formalmente estranee al diritto penale²³, le misure di prevenzione affiancano le pene e le misure di sicurezza, ma si distinguono da ambedue per la diversa logica che le ispira²⁴. Infatti, a differenza delle pene e delle misure di sicurezza, le misure di prevenzione sono applicabili indipendentemente dalla precedente commissione di un reato. La logica preventiva²⁵, collegata al diritto punitivo da un rapporto piuttosto incoerente, «costruisce sulla fattispecie di reato un giudizio di probabilità»²⁶. Tale sindacato ha ad oggetto la pericolosità sociale del soggetto, la quale deve essere

²⁰ Su tale pronuncia cfr. A. GALLUCCIO, *Costituzionalmente illegittimo il potere del questore di disporre il divieto dell'uso del telefono nei confronti del destinatario dell'avviso orale "rafforzato"*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 19 gennaio 2023.

²¹ Corte cost., 12 gennaio 2023, n. 2.

²² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano 2020, p. 878.

²³ Cfr. G.P. DOLSO, *Misure di prevenzione e Costituzione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino 2006, p. 17.

²⁴ Sul punto G. LEONE, *Osservazioni sul processo di prevenzione criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 161.

²⁵ ... sulla quale cfr., per tutti, C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova 2008.

²⁶ M.C. GESTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.* (archivioldpc.dirittopenaleuomo.org), 3 dicembre 2015, p. 4.

valutata dal giudice attraverso un giudizio prognostico che tenga conto della personalità dell'individuo e della possibilità che quest'ultimo possa compiere comportamenti delittuosi.

Caratteristica della pericolosità sociale è l'attualità. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sul punto, dopo una lunga dissertazione avente ad oggetto l'importanza di motivare sull'attualità della pericolosità²⁷, ha sottolineato come l'accertamento dell'attualità non possa essere presunto, ma debba essere fondato su elementi fattuali concreti²⁸. La giurisprudenza, operando in tal senso, ha provato a rendere meno oscura l'operatività delle misure di prevenzione²⁹. Si è detto, infatti, che il legislatore, nella prospettiva di un marcato spirito giustizialista, «ha volutamente omesso di intervenire sulla base legale delle singole fattispecie di pericolosità»³⁰, omettendo di conferire un idoneo livello di tassatività, determinatezza e precisione alle ipotesi tipizzate negli articoli del Codice antimafia³¹. Una fattispecie non ben delineata nei suoi elementi costitutivi può causare notevoli problemi. La genericità e l'estrema vaghezza, infatti, si pongono in contrasto con il principio di prevedibilità³².

²⁷ P. NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova 1969, p. 266.

²⁸ M.F. CORTESI, *La necessità di motivazione sulla attualità della pericolosità per gli indiziati di "appartenenza mafiosa" riceve l'avvallo delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.* (www.processopenaleegiustizia.it), 3/2018, p. 2.

²⁹ Cfr., in tal senso, M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *Discrimen* (www.discrimen.it), 13 febbraio 2020, p. 4.

³⁰ F. SIRACUSANO, *La tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica tra paradigmi convenzionali e garanzie costituzionali*, in *Arch. pen.* (<https://archiviopenale.it>), 1/2022, p. 3.

³¹ Sul punto, la sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, nonché di quelle patrimoniali (sequestro e confisca) nei confronti dei soggetti che «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi» (individuati dall'art.1 lett. a del d.lgs. 159/2011). La sentenza n. 25 del 2019 ha dichiarato illegittimo, in parte, l'art. 25, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 159/2011 laddove sanzionava la violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» imposte dalla misura personale della sorveglianza speciale. Tali pronunce hanno fatto seguito alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, causa *De Tommaso c. Italia*, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 2 Prot. 4 CEDU. La Corte Edu ha evidenziato l'insufficiente prevedibilità delle conseguenze dell'azione posta in essere dal soggetto interessato dall'applicazione della misura.

³² Emblematica, in tal senso, è la sentenza della Corte Edu del 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, causa *Contrada c. Italia*, che ha sanzionato la violazione del principio di legalità (europeo)

Le misure di prevenzione, com'è noto, si distinguono in personali e patrimoniali³³. Le prime possono essere applicate o dall'autorità giudiziaria o dal questore. In particolare, le misure applicabili dall'autorità giudiziaria sono la sorveglianza di pubblica sicurezza e l'obbligo di soggiorno; quelle applicabili dal questore, invece, il rimpatrio con foglio di via obbligatorio e l'avviso orale. Proprio in merito a quest'ultimo si è pronunciata la Corte costituzionale nella sentenza in commento.

L'avviso orale rappresenta il provvedimento con il quale il questore avvisa oralmente il soggetto, ritenuto socialmente pericoloso, che esistono indizi a suo carico, previa indicazione dei motivi che li giustificano e formulazione dell'invito ad adottare una condotta conforme alla legge³⁴. Introdotta con la legge n. 327 del 1988, tale misura presenta caratteristiche particolari rispetto alle altre³⁵, a cominciare dal fatto che essa viene adottata da un'autorità amministrativa, al di fuori di qualsiasi procedura giurisdizionale.

Con particolare riferimento all'avviso orale c.d. semplice, disciplinato dai primi tre commi dell'art. 3 del d.lgs. n. 159 del 2011, occorre sottolineare come lo stesso non

previsto dall'art. 7 CEDU. I giudici della Corte hanno ritenuto che Bruno Contrada, funzionario di polizia condannato per concorso esterno in associazione mafiosa, non dovesse essere condannato per tale reato. Questo perché al momento dei fatti (1988) il reato di associazione mafiosa non era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui sarebbe incorso per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti.

Quanto al principio di prevedibilità, definito dalla giurisprudenza CEDU e inteso quale guida per il legislatore nella creazione della norma, esso implica l'esigenza di descrivere in modo chiaro il contenuto della norma penale al fine di garantire al destinatario di essa una normativa ben delineata. Colui che si approccia alla lettura della norma penale dovrà essere in grado di comprendere quali saranno le conseguenze penali della propria condotta. In tema, cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli 2016, 213 ss.

³³ Per una disamina dell'istituto si rimanda, tra gli altri, a F. FIORENTIN (a cura di), *Le misure di prevenzione*, cit.; ID., *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino 2018; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, vol. I., *Aspetti sostanziali e processuali*, Milano 2019; F. SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per fatti di mafia*, in *Archivio Penale* (<https://archiviopenale.it>), 2/2018; ID., *La tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica tra paradigmi convenzionali e garanzie costituzionali*, cit.

³⁴ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Le misure di prevenzione*, cit., p. 102.

³⁵ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino 2019, p. 1316.

comporti, differentemente dall'avviso orale rafforzato, limitazioni ai diritti fondamentali dei singoli. Nonostante, infatti, possa essere disposto senza limiti di tempo, la sua operatività si estende dal momento in cui trova applicazione all'eventuale revoca ottenuta dall'interessato. Diversamente, in caso di avviso orale c.d. rafforzato, il quale trova applicazione nei confronti dei soggetti condannati in via definitiva per delitti non colposi, il questore può imporre «il divieto di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, radar e visori notturni, indumenti e accessori per la protezione balistica individuale, mezzi di trasporto blindati o modificati al fine di aumentarne la potenza o la capacità offensiva, ovvero comunque predisposti al fine di sottrarsi ai controlli di polizia, armi a modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo, compresi i giocattoli riproducenti armi, etc.»³⁶.

In questo secondo caso, dunque, il questore può imporre una serie di divieti fortemente impattanti sui diritti dei condannati per delitti non colposi, divieti la cui violazione è sanzionata dall'art. 76 del Codice antimafia.

3. La libertà di comunicazione e le misure preventive alla luce del mutato contesto tecnologico nella sent. n. 2 del 2023 della Corte costituzionale

La decisione della Corte costituzionale n. 2 del 2023 appare di grande interesse, innanzitutto, per l'interpretazione evolutiva che essa adotta dell'art. 15 Cost., una lettura particolarmente sensibile all'evoluzione dell'odierno contesto tecnologico.

Il giudizio è stato originato da due ordinanze di rimessione.

La prima, dell'11 marzo 2021, emessa dal Tribunale di Sassari, aveva sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 15 Cost., questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 4, e 76 del Codice antimafia, nella parte in cui prevedono che il questore, con avviso orale rafforzato possa vietare a coloro che sono stati definitivamente condannati per delitti non colposi, l'utilizzo o anche il semplice possesso di

³⁶ E. ZUFFADA, *I divieti connessi alla misura questorile dell'avviso orale al vaglio della Corte costituzionale: verso una nuova censura del sistema ante delictum?*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 2022.

«qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente» e, dunque, anche dei telefoni cellulari. La disposizione di cui all'art. 3, comma 4, del Codice antimafia, quindi, doveva ritenersi, a detta del rimettente, contrastante sia con l'art. 15 Cost., poiché la limitazione a tale libertà avveniva non già per atto motivato dell'autorità giudiziaria come richiesto dal suddetto articolo, ma mediante una decisione del questore (autorità amministrativa), sia con l'art. 3 Cost. poiché «i destinatari del divieto del questore di possedere e utilizzare i telefoni cellulari sarebbero trattati in modo ingiustamente differente e deteriore rispetto a coloro che sono raggiunti dalle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 4 cod. antimafia». Il giudice sardo ha incluso nella censura anche l'art. 76, comma 2, del Codice antimafia, il quale punisce con la reclusione e la multa la trasgressione dei divieti enucleati nella disposizione di cui all'art. 3, comma 4.

Nella medesima prospettiva, la Corte di Cassazione, V sez. penale, ha censurato l'art. 3, comma 4, del Codice antimafia sulla base dei medesimi rilievi del Tribunale di Sassari, nonché sottolineando l'estensione del divieto all'utilizzo di internet. In quest'ottica, l'impossibilità di disporre di qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente inciderebbe non solo sull'art. 15 Cost., ma anche sull'art. 21 Cost., poiché il soggetto sottoposto a tale misura si troverebbe non solo nell'impossibilità di comunicare, ma anche di ricevere informazioni. L'art. 21 risulterebbe, quindi, violato nella sua «dimensione passiva», nel senso di «libertà di ricevere informazioni»³⁷.

La Cassazione ha, poi, indicato un altro profilo, attinente al fattore tempo: le restrizioni in oggetto, infatti, verrebbero applicate senza limiti temporali, in contrasto con quanto previsto dal «"diritto sociale" ad un comportamento delle autorità pubbliche che dovrebbe invece essere volto a favorire la libera circolazione delle idee e la formazione di un'opinione pubblica consapevole»³⁸.

³⁷ Corte cost., sent. n. 2 del 2023, punto 2 del *Considerato in diritto*.

³⁸ *Ibidem*.

La Corte ha riunito i due giudizi, considerato che le ordinanze di rimessione prospettavano analoghe questioni di legittimità costituzionale, e ha deciso con un'unica pronuncia.

Alla base delle questioni affrontate si rinviene l'esigenza di raggiungere un delicato equilibrio tra garanzia dei diritti e sicurezza pubblica. Lo Stato, senza rinunciare ai principi della liberaldemocrazia, non deve limitarsi necessariamente alla giustizia punitiva ma può adottare strumenti atti a prevenire la commissione di reati³⁹. Al contempo, l'esigenza di prevenzione non può tradursi in un fervore punitivo del tutto incurante delle esigenze di protezione di quei diritti che rappresentano parte irrinunciabile del nostro patrimonio costituzionale⁴⁰. Il contrasto tra le due contrapposte esigenze può essere composto soltanto attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità⁴¹. In nessun caso la persona può essere privata della libertà se tale limitazione non risulti astrattamente prevista dalla legge e se non vi sia un provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne specifichi le ragioni⁴².

L'argomentazione della Corte prende le mosse dalla ricognizione dell'espressione «apparati di comunicazione radiotrasmittente», contenuta nelle disposizioni censurate, concludendo che in tale categoria rientrano, senza alcun dubbio, anche i telefoni cellulari. L'affermazione si rinviene in una cospicua giurisprudenza di legittimità, secondo la quale «il telefono cellulare è un apparecchio radio trasmittente o radoricevente, per la comunicazione in radiotelefonica, collegato alla rete telefonica di terra termite centrali di smistamento denominate stazioni radio base»⁴³.

³⁹ Cfr. E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, XX (1990), p. 2.

⁴⁰ Cfr. P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, cit., p. 15.

⁴¹ Cfr. E. GALLO, *Misure di prevenzione*, cit., 2.

⁴² Cfr. Corte cost., sentt. n. 2 e 11 del 1956; sul punto, G.P. DOLSO, *Misure di prevenzione e Costituzione*, cit., p. 31.

⁴³ Corte cass., sez. fer., sent. 1° settembre-1° ottobre 2009, n. 38514; nello stesso senso, Corte cass., sez. I pen., sent. 24 febbraio-2 aprile 2021, n. 127793, 22 settembre-14 ottobre 2020, n. 28551, 26 febbraio-17 giugno 2019, n. 26628, 11 settembre 2018-7 gennaio 2019, n. 314 e 3 dicembre 2013-3 luglio 2014, n. 28796; sez. VII pen., ord. 18 ottobre 2018-7 gennaio 2019, n. 294.

Il Giudice delle leggi rileva come l'inserimento degli «apparati di comunicazione radiotrasmittente» tra i possibili oggetti di un avviso orale del questore risalga già alla legge n. 128 del 2001 (*Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini*), che introdusse un'elencazione successivamente integrata e poi confluita nell'art. 3, comma 4, del Codice antimafia.

Riguardo alla disciplina del 2001 si fa notare che dai lavori preparatori della legge n. 128 si evince che era stato presentato un emendamento al testo legislativo, poi non approvato, che affiancava al divieto riguardante gli «apparati di comunicazione radiotrasmittente» la previsione di un «distinto e specifico divieto relativo agli apparati di telefonia mobile, sul presupposto, quindi, che questi ultimi non fossero ricompresi tra i primi»⁴⁴. Benché resti ambiguo, osserva ancora la Corte, «il significato della mancata approvazione dell'emendamento, non emergendo con chiarezza se ciò suoni conferma della *voluntas legis* di escludere i telefoni mobili dal novero degli apparati radiotrasmittenti, oppure se sia stata ritenuta superflua la menzione esplicita dei telefoni cellulari, accanto ad una definizione già di per sé generica e onnicomprensiva (“qualsiasi” apparato di comunicazione radiotrasmittente)», la circostanza appare degna di nota.

Quel che, tuttavia, risulta decisivo è proprio il mutato contesto sociale e tecnologico.

Se, un tempo, per apparati di comunicazione radiotrasmittenti si potevano intendere esclusivamente apparecchi diversi dal telefono (come, ad esempio, il walkie-talkie), già nel 2001 poteva anche sostenersi la riconducibilità dei telefoni cellulari (che non costituivano più una rarità) alla suddetta categoria. In ogni caso, però, l'evoluzione tecnologica dei dispositivi di telefonia mobile ha oggi tolto ogni dubbio residuo sulla possibilità di qualificare i cellulari come strumenti di comunicazione radiotrasmittenti.

Poste tali premesse, la Corte ritiene che la normativa impugnata violi, innanzitutto, l'art. 15 Cost., poiché l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di proibire il possesso o l'utilizzo di strumenti essenziali per comunicare si pone in contrasto con

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 2 del 2023, punto 7 del *Considerato in diritto*.

la previsione della riserva di giurisdizione contemplata dal parametro costituzionale evocato. In particolare, la Corte afferma che «esiste un limite superato il quale la disciplina che incide sul mezzo finisce per penetrare all'interno del nucleo essenziale del diritto, determinando evidenti ricadute restrittive sulla libertà tutelata dalla Costituzione»; il che accadrebbe, sempre secondo il Giudice delle leggi, nel caso di specie, in forza di ciò che l'art. 3, comma 4, del Codice antimafia consente di fare al questore, oltretutto in una materia (quella delle misure di prevenzione) di particolare delicatezza. Le misure di cui si discute, infatti, sono funzionali a consentire forme di controllo, per il futuro, sulla pericolosità sociale di un soggetto, «ma non deputate alla punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato»⁴⁵.

La considerazione dei caratteri propri dello strumento tecnologico usato per la comunicazione in relazione all'odierno contesto sociale appare, dunque, decisiva per giustificare la pronuncia di accoglimento. Si tratta di un'analisi quantomai necessaria per individuare gli esatti confini dell'attuale portata applicativa da riconoscersi all'art. 15 Cost.

In una prospettiva più generale, si può notare che se, da un lato, il progredire della tecnologia ha ampliato la possibilità di esprimere opinioni e di condividere informazioni a livello globale, dall'altro, la pervasività di cui sono dotati gli odierni strumenti tecnologici ha comportato la nascita di nuove minacce per i diritti fondamentali, rendendo più agevole, anche per le autorità, controllare e limitare le diverse forme di comunicazione. Con l'innovazione tecnologica, pertanto, nascono nuove esigenze di tutela dei diritti⁴⁶; si pensi soltanto ai tanti problemi che si pongono oggi in relazione alla *privacy* e alla protezione dei dati personali⁴⁷.

A mettere in crisi l'impianto delle garanzie costituzionali relative alla libertà di comunicazione e di espressione (ma anche di altri diritti fondamentali) è, in tale

⁴⁵ Corte Cost, sent. n. 2/2023, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Cfr. M. CUNIBERTI, *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano 2008, p. 131.

⁴⁷ Cfr. ora per un quadro complessivo M. BASSINI, *Il diritto costituzionale alla privacy nel prisma dell'evoluzione tecnologica*, in *Dir. cost.*, 1/2023, 95 ss.

ambito, la c.d. *convergenza*, ossia «l'unione di più strumenti del comunicare»⁴⁸. Si fa riferimento, più precisamente, alla fusione dei mezzi di comunicazione digitale resa possibile dall'innovazione dei singoli dispositivi. Attraverso il sistema UMTS (*Universal Mobile Telecommunication System*) è oggi possibile, per esempio, ricevere sul display del telefono anche contenuti radiotelevisivi⁴⁹.

Oltre a rendere difficile la distinzione delle garanzie previste per i diversi diritti (si pensi anche al già richiamato ambito dei *social network*), l'evoluzione delle *Information and communication technologies* ha determinato una proporzionale crescita dei rischi e delle minacce per gli stessi diritti fondamentali. Si pensi alla disciplina in materia di intercettazioni e ai problemi che si pongono in relazione allo strumento maggiormente invasivo: il captatore informatico o "trojan horse". Introdotto nel 2017 dal d.l. n. 216, in attuazione della delega prevista dalla legge n. 103 del 2017 e considerato come una nuova forma di intercettazione⁵⁰, il "trojan horse" consiste in un malware "virus informatico" installato dall'inquirente su un dispositivo elettronico connesso a rete internet, il quale consente in ogni momento di captare tutto il traffico di dati, di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrandone le attività, di intercettare quanto digitato sulla tastiera⁵¹. Data la particolare invasività del mezzo in esame⁵², il suo utilizzo, originariamente, era previsto solo per i reati più gravi di tipo associativo o di terrorismo. Con la l. n. 3 del 2019 (c.d. Legge Spazzacorrotti), il legislatore ha ulteriormente ampliato la categoria dei delitti per i quali è consentita l'intercettazione mediante "trojan horse", ricomprendendovi quelli commessi dai pubblici ufficiali contro la P.A.

⁴⁸ Cfr. A. GRASSO, *Convergenza: il futuro della comunicazione*, in www.ferpi.it, 8 novembre 2010.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Sul punto, A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.* (www.archiviopenale.it), 1/2020.

⁵¹ L. MARAFIOTI, *Trojan Horse: spiragli di retromarcia legislativa*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 24 gennaio 2023.

⁵² Per una più approfondita analisi dello strumento in analisi si segnala F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, 2/2017, pp. 483 ss. Più in generale, in tema, E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Padova 2018.

sanzionati con la reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni. Il carattere fortemente intrusivo di tale strumento ha sollecitato la presentazione di alcune proposte di modifica della disciplina in materia⁵³.

4. Conclusioni

Per effetto della sentenza n. 2 del 2023 della Corte costituzionale, il questore non potrà più adottare direttamente e autonomamente un provvedimento che precluda a un determinato soggetto l'uso di un telefono cellulare, ma soltanto proporre l'adozione del medesimo provvedimento all'autorità giudiziaria. La riaffermazione della riserva di giurisdizione come garanzia della libertà di comunicazione rafforza le tutele dei diritti fondamentali nel bilanciamento con le esigenze di sicurezza pubblica sottese alle misure di prevenzione.

L'argomentazione sviluppata dalla Corte, inoltre, conferma la capacità espansiva del dettato costituzionale in materia di diritti. Un carattere che spesso viene trascurato nel dibattito pubblico e in quello dottrinale sulle garanzie riconoscibili alle libertà dell'individuo nell'odierno contesto tecnologico. Com'è stato sostenuto ancora di recente, infatti, in diversi casi nei quali si lamenta l'assenza di previsioni normative che riconoscano e salvaguardino presunti "nuovi diritti", può risultare sufficiente l'uso degli strumenti interpretativi, trattandosi, in realtà, di nuove forme di espressione di diritti già codificati nel testo costituzionale⁵⁴. Le minacce alle libertà costituzionali determinate dall'evoluzione delle nuove tecnologie non richiedono tanto, o soltanto, nuove forme di regolazione ma piuttosto

⁵³ Cfr. la Proposta di legge S. 416, recante «Modifiche agli articoli 266 e 267 del codice di procedura penale, in materia di utilizzo del captatore informatico nei procedimenti per i delitti contro la pubblica amministrazione». Con riferimento alla capacità altamente intrusiva dello strumento in esame, è stato da ultimo presentato alla Camera un disegno di legge d'iniziativa dei senatori Zanetti e Scalfarotto, il quale, apportando alcune modifiche agli artt. 266 e 267 c.p.p., è volto a escludere l'applicazione del *trojan* nelle indagini aventi a oggetto reati contro la Pubblica amministrazione.

⁵⁴ Cfr., in tal senso, A. IANNUZZI, F. LAVIOLA, *I diritti fondamentali nella transizione digitale fra libertà e uguaglianza*, in *Dir. cost.*, 1/2023, 9 ss.

interpretazioni dei testi conformi ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

dirittifondamentali.it