

## QUESITI

---

**FILIPPO RAFFAELE DINACCI**

### **Sequestro di dispositivi informatici: imposizioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria.**

Il rapporto tra tecnologia e diritto è tra i più complessi e bisogna evitare che le esigenze della prima prevalgano sulle regole imposte dal secondo. Quando ciò accade si assiste ad un'inversione del metodo interpretativo che conduce ad expansionismi esegetici del formante giurisprudenziale; expansionismi particolarmente pericolosi nella misura in cui attingono mezzi di ricerca della prova assoggettati ad una riserva di legge e che, inoltre, incidono su diritti individuali costituzionalmente presidiati. Di qui l'esigenza di una rigorosa osservanza della legalità probatoria come emergente dalle fonti interne e sovranazionali.

*Appropriation of computing devices: technological impositions and interpretive choices. Looking for a recovery of probative legality.*

*The link between technology and law is among the most complex and it's necessary to avoid that the needs of the first prevail on the rules imposed by the second. When it happens there is a reversal of the interpretative method that leads the jurisprudence to exegetical expansionism; these are particularly dangerous expansionisms since they refer to means of searching for evidence which are subject to the principle of legality and that, also, affect individual rights constitutionally protected. Here the need for a rigorous observance of the principle of legality as emerging from internal and supranational sources.*

**SOMMARIO:** 1. *Prova tecnologica e metodo interpretativo* - 2. *Il perimetro dell'analogia e il novum sconosciuto* - 3. *Il sequestro informatico e le "soluzioni" operative* - 4. *Esondazioni giurisprudenziali e "destrutturazione" del dato normativo* - 5. *Prova innominata e riserva di legge* - 6. *Tirannia digitale e comando giuridico* - 7. *La funzione di garanzia del divieto d'uso: una lettura che ne garantisca l'effettività* - 8. *L'inutilizzabilità di derivazione costituzionale* - 9. *La neutralizzazione conoscitiva di origine eurounitaria* - 10. *Il perimetro precettivo dei dicta della Corte di giustizia* - 11. *Il sequestro tra atto dovuto e presidio di legalità probatoria* - 12. *Prova digitale e documento* - 13. *Conclusioni.*

1. *Prova tecnologica e metodo interpretativo.* È ormai cosa nota quanto sia complesso il rapporto tra diritto e tecnologia. La diversa velocità di evoluzione che caratterizza l'agire delle differenti materie pone l'operatore e lo studioso a fronte di situazioni non solo non normate ma, in alcuni casi, anche del tutto sconosciute.

Si concreta in tal modo una "mobilità di frontiera" tra ciò che è e ciò che deve essere regolamentato e comunque con quell' "accadimento della vita reale" cui deve in ogni caso fornirsi una risposta. Il rilievo implica la consapevolezza che il diritto con le sue forme non è un'entità astratta ma, al contrario, è creata per calarsi nel concreto della vita di tutti i giorni. È generato per regolamentare i rapporti tra cittadini ma, in particolare nel settore penalistico, è deputato a valutare se un'ipotesi ricostruttiva tendente a verificare come e se si sia

realizzato un fatto che assume un disvalore, trovi o meno rispondenza. E siccome il diritto si realizza attraverso momenti conoscitivi diretti a far rivivere un fatto del passato che non è più<sup>1</sup>, occorre che la conoscenza giudiziale sia governata da un corretto metodo probatorio che può soccorrere solo nei limiti in cui si pone in termini di legalità<sup>2</sup>.

Tali consapevolezze amplificano lo iato regolatorio tra ciò che il diritto dispone e quel che la vita reale propone. I segnalati vuoti normativi rispetto ad un settore che non può rimanere privo di risposte impongono la ricerca di soluzioni ma il fatto è che, in presenza di anomalie legislative, la situazione espone ad espansionismi del formante giurisprudenziale che tende a generare una atipica fonte extranormativa. E tutto ciò, in cogenza di un principio costituzionale di legalità processuale, non è operazione consigliabile. Il vuoto

---

<sup>1</sup> In tale attività di ricostruzione è stata vista la “magia” del processo, poiché «questo rivivere che il giudice fa traverso il rivivere degli altri non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile, è un far presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere traverso segni che significano ma non sono la cosa significata». Così CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 59.

Per un’analisi dello schema rappresentativo del ragionamento decisorio nell’ambito di una retrospettiva delle teorie logistiche ed antilogistiche della prova, cfr. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 213; DE LALLA, *Logica delle prove penali*, Napoli, 1973, 237; MASSA, *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 47; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 43; PIERRO, *I rapporti tra giudice dell’esecuzione e magistrato di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 1004; UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 44.

<sup>2</sup> Non occorre dimenticare come la previsione dell’inutilizzabilità di una prova acquisita in presenza di un divieto di legge non assuma solo un valore sanzionatorio ma costituisce la risultante di una specifica scelta del legislatore. Si è voluta effettuare una precisa opzione di campo in forza della quale si è rifiutato un sistema probatorio omnivoro introducendosi una concezione della prova fondata sulla valorizzazione della legalità del momento acquisitivo. In questa dimensione, l’accertamento del fatto è valido non in qualunque modo avvenga contando a tal fine, viceversa, i modi di formazione del sapere giudiziale, i soggetti che potranno intervenire, la qualità giurisdizionale della procedura. (Sul tema cfr. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 11). Emerge pertanto come la concezione della prova recepita dal legislatore non costituisca uno strumento tecnico come tale indipendente dai valori ma, al contrario, risulti la diretta espressione dei principi costituzionali in quanto riflette in modo immediato le scelte ideologiche recepite dai *conditores*. (In questa direzione sia consentito il rinvio a DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 22). Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, Milano, II, 1991, 184; si vedano altresì le acute considerazioni di GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 522-523, secondo il quale, storicamente parlando, per quasi due millenni il campo del dominio della verità è stato conteso fra la logica e l’etica. Pertanto il problema tecnico del processo sul tema della prova sfocia nel problema etico, nel senso che il problema della verità non riguarda solo la conoscenza del fatto controverso ma anche la condotta delle parti.

normativo, tuttavia, va colmato, e in costanza di “letarghi” legislativi, occorre fornire quelle risposte che la vita reale e l’ordinamento impongono<sup>3</sup>.

In un simile contesto assume particolare importanza la correttezza del metodo interpretativo. Infatti, qui non si è in presenza solo di un comando giuridico la cui oggettività viene sovvertita attraverso elaborazioni concettuali che non risultino aderenti al contenuto della prescrizione normativa<sup>4</sup>.

La situazione può anche essere diversa, e va inquadrata nell’evenienza dell’emergere di un *novum* fenomenico privo di regolamentazione. Contesto, questo, in cui il diritto deve comunque “assolvere” alla sua “funzione sociale” quando il fatto concreto è già manifesto. Ne deriva inevitabilmente un diverso

---

<sup>3</sup> Il mondo vivente pretende la risoluzione del conflitto tra le parti; conflitto che, nel settore penalistico, si specifica in una contrapposizione tra individuo e autorità sul terreno dei diritti fondamentali dove ancor meno è concepibile una denegata giustizia.

<sup>4</sup> Sull’argomento di metodo interpretativo v. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale*, in *Riv. it.*, 1950, 582; negli stessi termini MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 56. Da ultimo, sul punto sia consentito il rinvio a DINACCI, *I valori della Costituzione a presidio dell’esigenza di certezza e “prevedibilità” (La difficoltà di una corretta esegesi tra nova fenomenici, ordinamento “liquido” e norme diluite)*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 6-7, in cui si è precisato che «lo sbocco naturale di tale metodo di indagine è l’estrema incertezza del risultato con ovvie conseguenze anche in tema di prevedibilità in ordine alla liceità o meno di certe condotte. Proprio tale rilievo deve indurre a prestare attenzione dovendosi prendere sempre e comunque le mosse dalla previsione normativa. Infatti, si può assicurare un corretto metodo interpretativo diretto a scoprire il significato della disposizione di legge solo se l’elaborazione concettuale resta aderente al contenuto della stessa. Quando, viceversa, attraverso progressive astrazioni generalizzate, ci si allontana dal contenuto delle proposizioni normative, si “diluisce”, sino ad eliminarlo, il comando precettivo della norma, ad esso si sostituisce il postulato dogmatico ed allora ogni conclusione diviene possibile purché si garantisca un rispetto dei canoni della logica formale; in tal modo, però, il momento interpretativo perde la sua neutralità e rischia di risultare inquinato dai “giudizi di valore legislativi” anche quando il prodotto normativo non li esprime. Tutto ciò provoca una violazione del principio di legalità. Questo, infatti, non comporta solo l’esigenza di una espressa previsione di legge ma impone metodi di “stretta interpretazione”. In altre parole, il principio di legalità coinvolge non solo la legge ma anche l’interpretazione della stessa.

I prospettati rilievi di metodo, come si è accennato, acquiscono la loro attualità ogniqualvolta si è in presenza di legislazioni emergenziali, speciali; e cioè di attività di produzione normativa dirette a regolare, diversamente dall’ordinario, specifiche situazioni giuridiche. L’esperienza insegna che, in questi frangenti, le vittime predilette di tali estemporaneità di disciplina risultano essere le garanzie degli individui. Le situazioni di urgenza, quelle di emergenza e quelle speciali impongono di estendere la tutela del bene collettivo a detrimento dei diritti individuali. Ed è in tale meccanismo di elasticizzazione del campo operativo dei diritti collettivi *versus* diritti individuali che, sia pure inconsapevolmente, si può cedere a momenti esegetici tendenti a farsi carico della volontà legislativa indipendentemente dal fatto che la medesima sia veicolata da una struttura normativa. Si deroga così al comando giuridico obiettivizzato nella disposizione di legge sulla base di non esteriorizzati momenti di valore legislativo che inquinano l’oggettiva “ricognizione” del messaggio normativo. E allora, sul punto, occorre essere fermi nel rifiutare i “frutti” di una tale attività soprattutto allorquando riguarda valori e diritti tutelati dalla Costituzione».

metodo che non può essere quello di individuare, a fronte di un episodio della vita, quale sia la norma capace a sussumerlo, bensì, sempre in base ad un ragionamento *ex post*, selezionare se e quali schemi giuridici appaiano idonei a regolare il nuovo fenomeno. Si valuta in sostanza la capacità dell'esistente a disciplinare il *novum*. In tali casi più che mai l'interprete necessiterebbe di un robusto ed organico ordinamento giuridico che funga, per le norme da esso espresse e per i canoni fondamentali che ne guidano l'applicazione, da indice esegetico che, nella misura in cui si allinea ai principi del sistema, risulti affidabile.

E sul punto deve essere chiaro che i *nova* irrompenti nell'ordinamento devono porsi quali indici serventi ai principi e valori del medesimo. In altre parole, non può invertirsi il metodo interpretativo e pervenire ad "un adeguamento" della struttura normativa esistente al nuovo fenomeno da disciplinare. Al contrario, quest'ultimo va collocato nella struttura della "legalità" che permea il sistema penalistico. Se così non accadesse si andrebbe incontro a discutibili classificazioni giuridiche basate non sul testo di legge ma su realtà extranormative. In tal modo si genererebbero ordinamenti giuridici paralleli<sup>5</sup> i quali, peraltro, trarrebbero origine non dall'insieme delle enunciazioni legislative bensì dalla realtà fenomenica da disciplinare. Si perverrebbe, quindi, all'assurdo di ricavare forme giuridiche dal fatto concreto della vita reale. La situazione va oltre quell'esempio di cattiva dommatica la quale, anziché rimanere fedele al testo di legge, da esso se ne allontana attraverso astrazioni generalizzate<sup>6</sup>. Percorso, questo, peraltro in grado di giustificare, sul piano della coerenza logica, qualsiasi conclusione con pericolosa espansione di un solipsismo giudiziario<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Sull'argomento si rinvia a ROMANO, *Saggio sulla teoria delle leggi di approvazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1990, 84-85, 103-104 dove ha precisato che l'unica relazione necessariamente rilevante è quella che l'ordinamento ha con se stesso; il pensiero viene esplicitato nel lavoro fondamentale dell'Autore, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 211, in cui si puntualizza altresì che «l'ordinamento considera certe esplicazioni di attività come rilevanti giuridicamente ma sino ad un certo punto; cioè circoscrivendo una sfera [...] da tale sfera non si può esorbitare senza abuso [...]»; conclusione, questa, che trae origine da quella affermazione contenuta nel medesimo lavoro (182) in cui si rileva come «l'ordinamento non const(i) soltanto di norme e quindi non si fa(ccia) valere soltanto con le sue norme [...] ma anche con la sua consistenza complessiva».

<sup>6</sup> Cfr. i rilievi svolti in nota 4.

<sup>7</sup> Sull'argomento si rimanda ancora a MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., 46, laddove rileva la notevole portata del pericolo «costituito dal ricorso alla elaborazione concettuale, nel momento in cui l'interprete dovrebbe tendere alla ricostruzione del significato di una disposizione di legge. L'incapacità di liberarsi dalla tentazione di servirsi delle proprie convinzioni dommatiche si sconta nel risultato di quello che avrebbe dovuto essere un lavoro d'interpretazione. Ci si accorge allora che la norma può essere allarga-

In tale evenienza, la situazione risulterebbe peggiore del male; infatti, non si parte da un enunciato normativo per sbiadirne o neutralizzarne il significato attraverso formali ed equivoci sillogismi, bensì si conia una regola giuridica sulla base dell'accadimento della vita reale da disciplinare. E non pare refutabile che tale circostanza non solo si discosti dall'esigenza di certezza che occorre offrire ai consociati ma elimina ogni prevedibilità delle decisioni, col concreto rischio di fornire la stura ad una giustizia speciale che si assocerebbe ad un altrettanto uso speciale del diritto.

2. *Il perimetro dell'analogia e il novum sconosciuto.* In tale dimensione di prevedibile rischio, l'art. 12 delle Preleggi fornisce uno strumento di soccorso attraverso quella forma di autointegrazione dell'ordinamento giuridico costituito dall'analogia<sup>8</sup>. Ma anche quest'ultima, per essere contenuta in limiti di sindacabilità, occorre che si muova nel rispetto del "sistema giuridico" in "osservanza" dei principi dallo stesso riconosciuti. La considerazione rimanda alla necessità di un'omogeneità e coerenza dell'ordinamento giuridico perché altrimenti lo stesso non può fungere da riferimento per l'individuazione di una disciplina normativa atta ad individuare una norma che possa regolare una situazione concreta non codificata.

In sostanza, la mancata regolazione di un evento di vita reale non può condurre ad un'omessa pronuncia di giustizia, bensì deve trovare corretta soluzione attraverso quel criterio ermeneutico fondato sull'individuazione dei principi del "sistema"<sup>9</sup>. Ma quando lo stesso, nella sua "intelaiatura" di base,

---

ta o ristretta indifferentemente, per abbracciare o per escludere questa o quella ipotesi, con ineccepibile coerenza formale del ragionamento impiegato per pervenire all'una o all'altra conclusione. Né si può dimenticare che la premessa dommatica è fissata sulla base di una serie di astrazioni sempre più vaste che procedono da dati considerati naturalisticamente, sui quali si svolge un discorso che rispetta solo i canoni della logica formale e prescinde, in omaggio ad una strana concezione della "superiorità" della dommatica, dal sostanziale contenuto profondamente significativo delle proposizioni normative».

<sup>8</sup> Sul tema si rimanda ai non recenti ma sempre attuali lavori di BOBBIO, *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in *Giur. it.*, 1951, I, 229; ID., *L'analogia nella logica del diritto*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico di Torino*, XXXVI, Torino, 1938, 136.

<sup>9</sup> Sull'argomento v. le considerazioni di ROTONDI, voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 902, laddove precisa che «nel nostro diritto positivo, il legislatore, imponendo al giudice di risolvere qualsiasi controversia dandogli, come abbiamo visto, norme giuridiche vere e proprie, per la soluzione dei casi dubbi (artt. 12 e 14 D. Gen.), minacciando sanzioni penali in caso di denegata giustizia, esclude che la soluzione del caso pratico e sottoposto al giudice possa essere rifiutata per una pretesa lacuna esistente nell'ordinamento. Non può dunque parlarsi di lacune nel senso che esistano campi in cui il diritto non penetra».

viene minato dal continuo ricorso a norme speciali, eccezionali, derogatorie, in misura tale che si fatica a comprendere quale sia la regola e quale l'eccezione, risulta deprivato della sua capacità di fornire in sede operativa risposte verificabili; in sostanza viene meno un adeguato indice ermeneutico. Medesima situazione la si rinviene allorquando le "linee di sistema" non risultano coerenti. E sul punto la legislazione processualpenalistica ne costituisce una peculiare esemplarità<sup>10</sup>.

D'altro canto, non può trascurarsi la consapevolezza che quando ci si imbatte in un fenomeno ignoto si agisce per approssimazioni cercando quel «ritaglio contenuto già presente nella nostra enciclopedia che bene o male sembra rendere ragione del fatto nuovo»<sup>11</sup>. In tali ipotesi, quindi, il ragionamento si affida all'inferenza: «se io nell'oscurità scorgo una forma animale imprecisa, al successo della percezione (al giudizio quello è un cane) presiede uno schema cognitivo, qualcosa che già conosco del cane, e che può essere legittimamente considerato come parte del contenuto che assegno di solito alla parola cane. In tal caso io avrei fatto un'inferenza: avrei ipotizzato che la forma imprecisa che scorgevo nell'oscurità era un'occorrenza del tipo cane»<sup>12</sup>.

Trasportando tale inferenza sul piano della valutazione processuale è necessario cogliere come «superare il giudizio percettivo basato su enunciati osservativi» risulti estremamente difficile, anche perché connotato all'ordinario criterio di costruzione mentale<sup>13</sup>. Ne deriva che l'approccio interpretativo a fenomeni sconosciuti o altamente indefiniti necessariamente si adagia su *bias* cognitivi che si discostano da un corretto metodo esegetico ed approdano ad approssimazioni valutative attraverso l'ampliamento dell'intuizione giudiziaria, che produce inevitabilmente anche fallaci scorciatoie conoscitive. Così, però, si traghettano le forme cognitive al di fuori delle regole giuridiche e ad esse si sostituisce un ordinamento fittizio in quanto non traente origine da specifici

---

<sup>10</sup> Mai come in questo periodo storico si assiste a spinte legislative del tutto disomogenee. Infatti, l'"idolatria" efficientista ha spinto ad opzioni di politica criminale del tutto contrapposte con i "valori" di cui è, almeno in parte, ancora permeato il "sistema" processualpenalistico. La frizione tra due mondi ideologici che sono obbligati a convivere disperde necessariamente gli indici ermeneutici di sistema. Situazione, questa, che inevitabilmente risulta foriera di expansionismi del formante giurisprudenziale, i quali conducono ad incertezze applicative con conseguente imprevedibilità delle decisioni.

<sup>11</sup> Così ECO, *Kant e l'ornitorinco*, Milano, 1997, 41.

<sup>12</sup> Così, ancora, ECO, *Kant e l'ornitorinco*, cit., 106.

<sup>13</sup> In tal senso v. CAPACCIOLI, *Introduzione. Paradigma interpretativo delle cripto attività*, in *Cripto attività, cripto valuta e bitcoin*, Milano, 2021, 19.

enunciati normativi, bensì dai dati percettivi, esperenziali e di convincimento del singolo giudicante.

Ed è proprio in tali situazioni che emerge l'importanza di un metodo interpretativo rispettoso del principio di legalità a cui è assoggettato il sistema penalistico. Il fenomeno sconosciuto, indefinito o non ancora normato va regolato attraverso quell'indice esegetico di chiusura costituito dai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», che poi costituiscono quei principi utili anche ad orientare le compatibilità dell'interpretazione analogica. Quando ciò non accade si dà la stura ad indebite torsioni interpretative di matrice giurisprudenziale.

3. *Il sequestro informatico e le “soluzioni” operative.* Il rilievo risulta particolarmente attuale con riferimento alla problematica del sequestro di dispositivi elettronici.

In tale ambito, la Corte nomofilattica si è adeguata al dovere di osservanza al principio di proporzionalità imposto dalla giurisprudenza della Piccola e della Grande Europa<sup>14</sup>. Si è, infatti, assistito ad un'evoluzione giurisprudenziale che non ha inciso solo sui presupposti operativi del sequestro<sup>15</sup>, ma ha anche de-

---

<sup>14</sup> Tra le tante v. Corte giust., 3 dicembre 2019, C-482-17; Corte EDU, 23 gennaio 2025, *Resnik v. Ucraina*; Id., 19 dicembre 2024, *Grande Oriente d'Italia c. Italia*; Id., Grande camera, 16 luglio 2014, *Alisic c. Bosnia ed Erzegovina*; Id., Grande camera, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 18 maggio 2023 n. 1519, in *Foro.it*, 2024, 3, 132 laddove si è precisato che «il principio di proporzionalità è applicabile anche alle misure cautelari reali, dovendo il giudice motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri e meno invasivi strumenti cautelari; in presenza dei presupposti di legge è tuttavia precluso al giudice disapplicare le norme processuali, vanificando la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore». In termini ancor più marcati, si è puntualizzato che «i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'articolo 275 del c.p.p. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali ed impongono al giudice di motivare adeguatamente sull'impossibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso una cautela alternativa meno invasiva; inoltre, tali principi non sono da rispettare solo nella fase applicativa della misura, ma vanno osservati, e devono persistere, anche nella fase dinamica di esecuzione della misura al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata. In altri termini, ogni misura cautelare, per dirsi proporzionata all'obiettivo da perseguire, dovrebbe richiedere che ogni interferenza con il pacifico godimento dei beni trovi un giusto equilibrio tra i divergenti interessi in gioco. Ciò vale anche per il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, rispetto al quale, quindi, il canone di proporzionalità non esaurisce la sua rilevanza nel divieto di aggredire beni di valore superiore al profitto confiscabile, ma impone al giudice di evitare che il vincolo, pur legittimamente adottato e funzionale a garantire l'effettività della confisca in attesa della definizione del giudizio di merito, ecceda quanto strettamente necessario rispetto al fine perseguito, non dovendo la misura risolversi in una eccessiva compressione di diritti fondamentali di rilievo costituzionale». Così Cass., Sez. VI, 21 novembre 2022, n. 1646, in *Guida al Diritto*, 2023, 15.

clinato le modalità di azione rese più complesse dalla realtà informatica su cui si è chiamati ad agire. In sostanza, si è colmato un preteso “vuoto” di disciplina in ordine al come pervenire all’ *adprehensio* dei dati informatici. E in questa prospettiva, premettendosi l’obbligo del rispetto del principio di proporzionalità, secondo cui è inutile limitare i diritti individuali oltre il dovuto, si valorizza l’onere motivazionale in ordine alla strumentalità della *res* rispetto all’accertamento penale elevandolo a «requisito indispensabile affinché il decreto di sequestro [...] si mantenga nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati e resti assoggettato al controllo di legalità [...] ed al principio di proporzione»<sup>16</sup>. Tuttavia, sulla base di tale condivisibile affermazione di principio, si è fatto riferimento all’esigenza di «strumenti compensativi di garanzia per il soggetto che subisce la limitazione dei propri diritti. Strumenti di garanzia, cioè, che si collocano già al momento dell’adozione del mezzo di ricerca della prova e che attengono, come detto, alla portata del vincolo, alle ragioni, che devono essere puntualmente illustrate, per cui si decide di aggredire, ad esempio, la sfera giuridica di soggetti terzi estranei al reato, al motivo per cui il vincolo venga “modulato” - rispetto a terzi estranei - in modo onnicomprensivo (cioè decidendo, ad esempio, di sequestrate tutta la corrispondenza o tutti i documenti - anche quelli più personali e riservati), alla necessità di ancorare la durata del sequestro a criteri oggettivi di ragionevolezza temporale, alla esigenza insopprimibile di selezionare le cose davvero necessarie ai fini della prova. In tal senso, il tempo necessario alla selezione di ciò che è necessario ai fini probatori da ciò che deve essere restituito non può essere un fattore neutro destinato a pregiudicare chi, da terzo estraneo al reato, ha già subito la limitazione del diritto di sindacare sin da subito, con rigore, la esistenza del nesso di strumentalità tra *res* e reato. Strumenti di garanzia che non possono essere svuotati e che attengono ad inevitabili profili giustificativi e motivazionali di ordine quantitativo, qualitativo e temporale del sequestro<sup>17</sup>». Presidi, questi, che, secondo la Corte di cassazione, sarebbero preposti ad evitare che il sequestro si presti a meccaniche esplorative; proprio a tal fine si “conia” una specifica procedura che non risulterebbe giustificabile, nemmeno a fronte di un’assenza di espresse previsioni di legge, e ciò in ragione delle frizioni che potrebbero generarsi con il principio della riserva di legge che

<sup>16</sup> V. Cass., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13165, Scagliarini, Rv., n. 279143; Id., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, in *Cass. pen.*, 2021, 1001.

<sup>17</sup> Così ancora Cass., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13165, Scagliarini, cit..

presidia la materia<sup>18</sup>. Nonostante ciò, si consente e si ritiene legittimo il sequestro di tutti i dati all'interno dei dispositivi telematici o informatici attraverso la formazione di una copia originale. Una volta generata, la medesima «non rileva in sé come cosa pertinente al reato in quanto essa contiene un insieme di dati indistinti e magmatici rispetto ai quali nessuna funzione selettiva è stata compiuta al fine di verificare il nesso di strumentalità tra *res*, reato ed esigenza probatoria. La c.d. copia integrale, cioè, contiene l'insieme dei dati contenuti nel contenitore (pc, *tablet*, telefono) ma non soddisfa affatto l'esigenza indifferibile di porre sotto sequestro solo il materiale digitale che sia pertinente rispetto al reato per cui si procede e che svolga una necessaria funzione probatoria. Ne deriva, come è stato specificato dalla Corte di cassazione, che la c.d. copia integrale costituisce solo una copia “mezzo”, cioè una copia che consente di restituire il contenitore, ma che non legittima affatto il trattenimento dell'insieme di dati appresi (Sez. VI, n. 13156 del 04 marzo 2020, Scagliarini)»<sup>19</sup>. In tal modo la copia integrale consente di effettuare a sequestro avvenuto, ciò che si sarebbe dovuto fare prima, e cioè verificare quali tra i dati acquisiti risultino effettivamente pertinenti rispetto al reato. Si inverte, in tal modo, il rapporto tra perquisizione e sequestro, ed in questa prospettiva la copia integrale assume una funzione servente diretta alla creazione di una copia “fine”, che viene posta quale risultante di un'operazione di selezione dei dati rilevanti ai fini dell'accertamento processuale.

Pertanto, nella “costruzione” giurisprudenziale della disciplina normativa è solo la copia “fine” a poter costituire il perimetro conoscitivo del sapere giudiziale, in quanto solo tale copia comprende quei dati depurati e filtrati dal procedimento di selezione del materiale informatico<sup>20</sup>. E infatti, terminato quest'ultimo, la copia integrale deve essere restituita all'avente diritto.

---

<sup>18</sup> Cfr. rilievi svolti *infra* parr. 4 e 5.

<sup>19</sup> Così Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, cit.

<sup>20</sup> Si è infatti affermato che «la c.d. copia integrale è una copia servente, una copia “mezzo” e non una copia “fine”. Ne deriva che, restituito il contenitore, il Pubblico Ministero può trattenere la copia integrale solo per il tempo strettamente necessario per selezionare, tra la molteplicità delle informazioni in essa contenute, quelle che davvero assolvono alla funzione probatoria sottesa al sequestro. L'avvenuta selezione delle *res* pertinenti impone la restituzione della copia integrale il cui trattenimento realizzerebbe, diversamente, una elusione ed uno svuotamento della portata dell'art. 253 c.p.p., comma 1, che legittima il sequestro probatorio solo delle cose “necessarie” per l'accertamento dei fatti. Ne consegue che il Pubblico Ministero: a) non può trattenere la c.d. copia integrale dei dati appresi se non per il tempo strettamente necessario alla loro selezione; b) è tenuto a predisporre una adeguata organizzazione per compiere la selezione in questione nel tempo più breve possibile, soprattutto nel caso in cui i

4. *Esondazioni giurisprudenziali e “destrutturazione” del dato normativo.* Non pare controvertibile che si è a fronte di una genesi normativa di forgia giurisprudenziale. E, ancorché la medesima risulti indiscutibilmente orientata a garantire la correttezza del metodo acquisitivo, occorre sin da subito rilevare come tale finalità potrà perseguirsi solo se si mettono a fuoco alcuni punti della gnoseologia processuale.

A prescindere dalle molteplici problematiche non risolte, scaturenti dalla disciplina giurisprudenziale in esame<sup>21</sup>, occorre prendere atto di come la stessa

---

dati siano stati sequestrati a persone estranee al reato per cui si procede; c) compiute le operazioni di selezione, la c.d. copia integrale deve essere restituita agli aventi diritto». Così, Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, cit.. In una medesima prospettiva, tra le tante, cfr. Cass., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 13018, in *CED Cass. pen.*, 2024, rv. 286188-01; Id., Sez. II, 23 marzo 2023, n. 17604, in *CED Cass. pen.*, 2023, rv. 284393-01; Id., Sez. VI, 12 ottobre 2022, n. 3318, in *Dir e giust.*, 2022; Id., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13165, in *CED Cass. pen.*, 2020, rv. 279143; Id., Sez. VI, 19 gennaio 2018, n. 9989, in *CED Cass. pen.*, 2018, rv. 272539; Id., Sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, in *Cass. pen.*, 2016, 286.

<sup>21</sup> Si pensi alla individuazione del provvedimento di sequestro. In ordine allo stesso, il dubbio che permane è se lo stesso vada individuato in quello che autorizza l'apprensione del dispositivo informatico oppure nella risultante dell'attività che, in seguito alla selezione dei dati della copia “mezzo”, consente di formare la copia “fine”. Situazione resa ancora più complessa a fronte della presa di posizione giurisprudenziale secondo cui il procedimento acquisitivo immaginato capovolgerebbe la sequenza perquisizione-sequestro; tutto può essere, ma il fatto è che la privazione della *res* interviene al momento dell'apprensione del dispositivo informatico. Si produrrebbe, quindi, una limitazione di un diritto individuale in assenza di un legittimo provvedimento autorizzativo. Ma anche a prescindere da tali argomentazioni, che originano dal cortocircuito determinato dal diritto giurisprudenziale che autorizza un vincolo su una cosa che non ha i requisiti di pertinenza al reato, stabilire quale sia il provvedimento di sequestro non è privo di momenti pratici in ordine all'esercizio dei conseguenti diritti. Si pensi all'obbligo di notifica del provvedimento ma, soprattutto, da quando deve misurarsi il termine per proporre la richiesta di riesame. Secondo l'intendimento giurisprudenziale, esso dovrebbe decorrere dalla formazione della copia “fine” realizzandosi in quel momento la vera attività di sottrazione della cosa pertinente al reato. Una tale conclusione, però, ritarderebbe, e non di poco, la possibilità di potere attivare i controlli giurisdizionali sul provvedimento.

Inoltre, occorrerebbe valutare se le attività compiute sui dispositivi informatici debbano essere garantite dalla procedura di cui all'art.360 c.p.p.. Soluzione, questa, certamente positiva laddove l'attività compiuta conduca all'apprensione di una prova in assenza di contraddittorio. Sul punto, è vero che la scienza forense, attraverso il calcolo degli *hash*, è in grado di garantire la verificabilità delle operazioni e le eventuali manipolazioni che nel corso delle stesse dovessero essere state fatte, ma tali situazioni potrebbero non essere garantite in ipotesi di errore.

Ancora, occorre definire quali forme debbano presiedere all'attività di selezione attraverso cui dalla copia “mezzo” si genera la copia “fine”. La prassi giudiziaria di consentire la partecipazione del solo soggetto indagato a cui è stato sequestrato il dispositivo informatico potrebbe non garantire i coindagati i quali, proprio in ragione del fatto che il materiale estrapolato dal dispositivo è sotto sequestro, potrebbero avere uno specifico interesse a dire la loro sull'acquisibilità. In particolare, la circostanza che

di fatto autorizzi un sequestro *omnibus* del materiale informatico contenuto nel dispositivo elettronico. Già tale realtà pone momenti di frizione con l'ordinamento nella misura in cui, in violazione del generale principio di pertinenza al reato, si consente un'acquisizione indiscutibilmente esplorativa. Dandosi, così, luce a quella situazione giuridica che la medesima giurisprudenza che l'ha generata, almeno nelle intenzioni, voleva evitare<sup>22</sup>. Non deve peraltro obliterarsi come si stia assistendo ad un'evoluzione giurisprudenziale che richiama, in termini sempre più robusti, l'obbligo di osservanza del principio di proporzionalità<sup>23</sup>. La stessa Corte europea ha ritenuto che un accesso e una captazione massiccia e indiscriminata di dati e documenti si pongano in contrasto con il principio di proporzionalità e con lo stesso art. 8 della Convenzione<sup>24</sup>. Inoltre, non può sottacersi che il "sistema" introdotto per via interpretativa dalla giurisprudenza interna si caratterizzi per una forte manipolazione del dato normativo di riferimento. Questo, infatti, nelle evenienze in cui palesa criticità a regolamentare la fattispecie concreta, può autorizzare, nei limiti di un'interpretazione consentita, una ricostruzione della regola mancante od indefinita ma giammai una sua completa destrutturazione, con la conseguente introduzione di un comando giuridico formato *ad hoc*. Basti pensare, a livello meramente esemplificativo, che si perviene ad un'inversione del rap-

---

l'attività di selezione non sia presidiata da una figura giurisdizionale pone attriti con quella giurisprudenza della Corte di giustizia laddove pretende che gli atti acquisitivi di un dispositivo elettronico siano presidiati da un provvedimento del giudice (v. Corte giust., Grande sezione, 4 ottobre 2024, *CG c. Bezirkshauptmannschaft*; negli stessi termini, sia pure con riferimento all'acquisizione di tabulati telefonici ovvero alla conservazione dei relativi dati, Id., Grande sezione, 20 settembre 2022, *VD e SR c. Francia*; Id., Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*).

<sup>22</sup> Così, Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, cit.. In una medesima prospettiva, tra le tante, cfr. Cass., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 13018, cit.; Id., Sez. II, 23 marzo 2023, n. 17604, cit.; Id., Sez. VI, 12 ottobre 2022, n. 3318, cit.; Id., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13165, cit.; Id., Sez. VI, 19 gennaio 2018, n. 9989, cit.; Id., Sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, cit..

<sup>23</sup> Cass., Sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, Rv., n. 273548; Id., Sez. VI, 29 maggio 2024, n. 21089 con nota di DE PAOLIS, *La proporzionalità ha fatto carriera (anche tra le misure ablativo)*, in *Arch. pen. web*, 2024, 3, 1.

<sup>24</sup> In tale direzione Corte EDU, 23 gennaio 2025, *Reznik c. Ucraina*, cit.; Id., 19 dicembre 2024, *Grande Oriente d'Italia c. Italia*, cit.. le fattispecie che interessano le decisioni indicate sono particolarmente rilevanti perché attengono all'acquisizione massiva e quindi anche esplorativa di dati cartacei e digitali. Sul punto, se è vero che non si tratta di decisioni adottate dalla Grande camera, non pare possa negarsi che i principi enunciati siano sostenuti da giurisprudenza costante. Pertanto, pur volendo aderire alla criticabile presa di posizione adottata dal Giudice delle leggi con sentenza n. 49 del 2015, non pare dubitabile che il principio enunciato conduca ad obblighi di interpretazione conforme non limitati al caso specifico.

porto perquisizione-sequestro senza nemmeno avvedersi che così non si comprende quale sia il vero provvedimento di ablazione con i conseguenti diritti in tema di attivazione e tempi di attivazione dei meccanismi di controllo<sup>25</sup>.

Quel che risulta difficile cogliere è perché l'attività di selezione postuma del materiale rilevante non possa essere fatta prima al momento del sequestro del dispositivo elettronico.

È comprensibile che una tale attività necessiti di tempo anche in ragione della mole dei *files* da sequestrare, ma è anche vero che, salvo ipotesi di incompatibilità tecnica, non c'è nulla che precluda l'effettuazione dell'attività di selezione al momento dell'accesso in *loco* dove è rinvenuto il dispositivo informatico. E tale attività sarebbe facilitata dall'utilizzo di *keywords* e da perimetrazioni temporali della ricerca.

In sostanza, non pare rinvenibile alcun fondamento giuridico né motivo logico che impongano l'*amotio* del dispositivo informatico per "lavorarci" con comodo dopo. In effetti, dal momento in cui l'attività da svolgere è sostanzialmente la medesima, non si vede quale ragionevole giustificazione consenta un sacrificio non necessario all'individuo, costituito dalla inutile privazione di un bene di sua proprietà. Senza considerare, poi, che quel bene, secondo una stretta interpretazione del principio di pertinenza che regola la fattispecie di cui all'art. 253 c.p.p. non è, né può essere, il destinatario del provvedimento ablativo.

Emerge, quindi, oltre alla non legittimità del vincolo reale, anche un vizio di proporzionalità nella misura in cui si arreca all'individuo un inutile sacrificio dei diritti; e cioè, proprio quel vizio che si intendeva evitare secondo le linee direttrici della giurisprudenza in materia<sup>26</sup>.

Sembra quindi emergere come la sovrastruttura costituita dal "procedimento" tendente a creare una copia "mezzo" ed una copia "fine" nasca da una patologia, che è quella di non pretendere che la selezione del materiale informatico da acquisire venga effettuata al momento del rinvenimento del dispositivo.

---

<sup>25</sup>Come già accennato, la situazione potrebbe condurre a dilatare oltre misura i tempi di un controllo sul sequestro da parte del c.d. Tribunale della libertà così, di fatto, vanificando una delle ragioni della previsione.

<sup>26</sup>Tra le tante, cfr. Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, cit.; Id., 04 marzo 2020, n. 13165, cit..

Del resto, non pare discutibile come le esigenze di “comodità” investigativa non possano prevalere su quelle inerenti all’ortodossia probatoria, soprattutto quando posta a tutela dei diritti individuali<sup>27</sup>.

5. *Prova innominata e riserva di legge.* Né varrebbe obiettare che il *dictum* giurisprudenziale abbia fatto uso dello schema normativo della prova innominata. Sul punto è noto come l’art. 189 c.p.p. sia norma da utilizzare con prudenza perché attraverso il «viatico al principio del libero convincimento consente l’impiego di materia formata *contra legem* o che le norme impongono di non valutare»<sup>28</sup>. Il rilievo induce a definire in maniera rigorosa la possibilità di ricorrere alla prova innominata. Essa è quella che il legislatore non ha contemplato e che affida la gnosi giudiziaria ad una “struttura” autonoma con capacità dimostrative “altre e ulteriori” rispetto a quelle in grado di garantire le prove disciplinate.

Del pari, il ricorso all’art. 189 c.p.p. è da ritenersi ammissibile anche per quelle evenienze in cui non è in discussione la mancata previsione del tipo, ma le diverse modalità acquisitive senza le quali, in ragione di nuove necessità, il mezzo tipico non potrebbe essere assunto perché strutturalmente inadeguato<sup>29</sup>.

Al riguardo, però, occorre precisare che il ricorso alla prova innominata, relativamente alle modalità acquisitive, può consentirsi solo in presenza di condizioni che precludono l’uso della prova catalogata per «lacune di disciplina o scarsa flessibilità del mezzo» per come regolato dal legislatore<sup>30</sup>.

In sostanza, si è inibito il ricorso alla prova atipica quando la deviazione dal modello non è imposta dall’insufficienza a perseguire il risultato voluto. Deve essere chiaro, infatti, che la prova atipica ha, ontologicamente, la funzione di

<sup>27</sup> Sul tema cfr. BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, Napoli, 2022, 91, laddove evidenzia come lo sviluppo tecnologico «nel fornire metodi più sofisticati per assicurare la repressione dei fenomeni criminosi rend(a) fruibili strumenti in grado di compromettere in modo sempre più subdolo le aree più intime della persona». Sul tema v. pure SCALFATI, *Il quadro costituzionale*, in *Manuale di diritto processuale penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2023, 24.

<sup>28</sup> Così SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, 1, *Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 26.

<sup>29</sup> Si pensi all’audizione dell’imputato a distanza antecedentemente alla prima modifica legislativa sulla video-conferenza intervenuta con l’art. 7 D.lgs. 8 giugno 1992, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 1992, n. 356. Sul tema v. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 93.

<sup>30</sup> Così, ancora, SCALFATI-SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., 26.

integrare e non destrutturare il modello tipico<sup>31</sup>. Di qui, a fronte di un'esperienza conoscitiva non disciplinata dalla legge, prima di legittimare il ricorso alla libertà di forme conoscitive veicolata con l'art. 189 c.p.p. deve individuarsi lo schema normativo di una prova tipica che si ponga rispetto alla "situazione giuridica" da disciplinare, in un rapporto di *simila ad similibus* e che, quindi, possa soccorrere allo scopo attraverso il ricorso a quella forma di autointegrazione dell'ordinamento giuridico costituita dall'analogia.

Peraltro, nel caso di specie, non pare potersi invocare il ricorso alla c.d. prova innominata posto che vi è un'espressa codificazione di disciplina e, in particolare, anche a volere immaginare un difetto descrittivo sui modi acquisitivi<sup>32</sup>, il medesimo risulterebbe perfettamente colmabile attraverso l'ordinaria applicazione dei criteri preposti all'individuazione delle cose pertinenti al reato. Ma anche a prescindere dai rilievi formulati, non deve sfuggire come il richiamo a forme conoscitive atipiche risulterebbe precluso dalla considerazione che la materia su cui si "incide" è quella del domicilio digitale. Questo, quale specificazione del domicilio ordinario, ne eredita i presidi di garanzia costituzionale. Si tratta, quindi, di un diritto inviolabile<sup>33</sup> ma, per quel che qui soprattutto conta, la sua limitazione può avvenire solo rispettando la riserva di legge e di giurisdizione. Ed è proprio il richiamo alla riserva di legge che impone la previsione di "casi" e "modi", ad evidenziare la intrinseca incompatibilità della disciplina "giurisprudenziale" del sequestro informatico con il ricorso alle forme libere della prova innominata. Del resto, lo si è già detto, nel caso di specie la disciplina esiste e regola tanto i casi quanto i modi di apprensione della cosa e, quindi, appare ancor più ingiustificabile la genesi di forme di diritto giurisprudenziale che incidono su una materia assoggettata alla riserva costituzionale.

---

<sup>31</sup> In tal senso RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1745.

<sup>32</sup> Occorre rilevare come la semplice percezione delle locuzioni "corpo di reato" o "cose ad esso pertinenti" escluda difetti descrittivi sui modi d'acquisizione della *res* da sequestrare.

<sup>33</sup> Non si dimentichi che il domicilio altro non è che una "proiezione spaziale della persona"; sarebbe riduttivo ritenere che con esso si intenda tutelare solo la proprietà, il possesso o la detenzione in quanto l'oggetto di tutela primario è proprio l'individuo visto nella relazione con il suo ambiente, nel quale esplica la sua personalità. Sul tema cfr. AMORTH, *La costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 62; BARILE-CHELLI, voce *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 860.

6. *Tirannia digitale e comando giuridico*. La realtà è che le prese di posizione giurisprudenziali che hanno dato luogo ad una vera e propria codificazione di sistema originano dalla consapevolezza dei rischi che l'esame immediato del reperto informatico può comportare. Questo, infatti, se da un lato riduce il pericolo di intrusioni indebite e quindi strumentalizzazioni esplorative del mezzo di ricerca della prova, dall'altro lato può restituire un'indagine incompleta<sup>34</sup> sui *files* rilevati per l'accertamento e, al contempo, potrebbe determinare una manomissione non recuperabile dei dati digitali<sup>35</sup>.

Proprio per evitare tali incompletezze o dispersioni del dato conoscitivo causate dalla sua intrinseca "liquidità", si preferisce eseguire l'analisi sul duplicato dell'*hard disk* del dispositivo da cui, in via successiva, può essere estrapolato il file pertinente<sup>36</sup>. Inoltre, non deve sottovalutarsi come l'opportunità di genera-

---

<sup>34</sup> Sul punto v. FELICIONI, *Le ispezioni e perquisizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, XX, Milano, 2012, 240, laddove si è precisato che «l'indagine sul luogo, per esempio nell'ambito di una perquisizione, può essere molto difficile oltre che meno efficace rispetto all'analisi svolta in un laboratorio attrezzato nel quale vengono impiegati strumenti più idonei».

<sup>35</sup> In considerazione di una simile eventualità, si è rilevato come «i casi in cui sia necessario accedere al computer in tempo reale, mediante ispezione e perquisizione, sia per ricercare i dati di interessi, sia per acquisirli ed analizzarli sul luogo, devono ritenersi residuali rispetto alla procedura del sequestro cui segue la verifica in modalità forense del contenuto del supporto contenente i dati sequestrati». Così FELICIONI, *Le ispezioni e perquisizioni*, cit., 241.

In altra direzione si è posto in evidenza come l'analisi digitale in tempo reale alle volte risulti necessaria per non disperdere «i c.d. dati "volatili" che sono destinati ad essere irrimediabilmente cancellati una volta che il dispositivo sia stato spento». In tal senso SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 134.

Con specifico riferimento all'esperienza di prevenire i pericoli di alterazione scaturenti dalla *live data forensics* si è segnalato come debbano essere adoperati i «cosiddetti *key-logger* (*software o hardware*) in grado di registrare tutto ciò che un utente digita sulla tastiera del computer e quindi essere utilizzati all'occorrenza anche per certificare l'autenticità e la genuinità di un'operazione di acquisizione fatta dalla polizia giudiziaria durante una *live forensics*». In questa direzione ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Dig. Pen.*, VII agg., Torino, 2014, 230.

Per le ulteriori complessità tecniche relative all'estrazione dei dati digitali del cellulare si è rilevato come non possa procedersi alla copia forense della memoria interna del dispositivo perché tale attività rende inutilizzabile il cellulare e, comunque, i dati estrapolati non sempre sono logicamente intellegibili perché risentono della loro sistemazione secondo criteri soggettivi opzionati dal fruitore dell'apparecchio. Sul punto v. SCACCIAOCE, *Approvvigionamento di flussi e dati tramite il dispositivo telefonico altrui*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, 2019, 116.

<sup>36</sup> Si abbandona così l'acquisizione presidiata dalla *live data forensics* solitamente utilizzata quando si rinvenivano dispositivi informatici accesi. Sul tema v. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, cit., 134; ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, cit., 230; FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 240; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, 93.

re una copia “clone” possa derivare anche dalla necessità di individuare *files* cancellati o cartelle nascoste<sup>37</sup>.

Situazioni pratiche, quelle delineate, che evidenziano le ragioni delle opzioni giurisprudenziali, ma anche come in realtà le stesse possano essere tutelate attraverso gli ordinari strumenti conoscitivi che l’ordinamento pone a disposizione; se il pericolo è quello di dispersione della prova o di completezza delle indagini, potrebbe supplire l’incidente probatorio o l’accertamento tecnico non ripetibile<sup>38</sup>. Quel che occorre garantire è non solo il rispetto della proporzionalità<sup>39</sup>, ma anche dello specifico dato di legge che regola casi e modi del sequestro<sup>40</sup>. Quando ciò non avviene, il comando giuridico cede il passo alle esigenze scaturenti dalle “caratteristiche” tecnologiche. Così, però, si inverte il rapporto tra la situazione da regolamentare e il relativo strumento di disciplina; la legge non è utilizzata per regolare la fattispecie concreta ma, al contrario, viene modulata a seconda delle specifiche esigenze scaturenti da quest’ultima. Inversione di rapporti che denota una pericolosa esondazione dai binari della legalità processuale<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Peraltro, anche con riferimento a contenuti multimediali, gli stessi non sono individuabili con parole chiave necessitando un’analisi volta per volta sui medesimi.

<sup>38</sup> Questa in effetti è la via intrapresa dal d.d.l.S. n. 806 XIX Legislatura.

<sup>39</sup> Sul punto v. le esatte considerazioni di BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, cit., 11, laddove si è affermato che «emerge così il bisogno di preservare l’ineludibile esigenza di proficiassi probatoria, conseguita attraverso la c.d. copia forense, senza però determinare eccessive compromissioni della *privacy* del soggetto attinto dalla misura. Da questo punto di vista, il canone di proporzionalità postula adeguate “garanzie compensative”, qualora determinati fattori – instabilità dell’addebito provvisorio, tipologia di illecito contestato, difficoltà tecniche ostative all’esame, in tempi ristretti, di una massiccia quantità di informazioni – rendono oggettivamente difficile dirigere il sequestro verso dati digitali ben identificati».

<sup>40</sup> Soluzione questa ulteriormente imposta dalla doppia riserva costituzionale contenuta nell’art. 14 della Carta dei valori.

<sup>41</sup> Espressione di una tale realtà è costituita dalle decisioni gemelle delle Sezioni unite in tema di criptofonini. Cfr. Cass., Sez. un., 29 febbraio 2024, Rv., n. 286573; Id., Sez. un., 29 febbraio 2024, Rv., n. 286589 dove le caratteristiche tecnologiche di una prova condizionano i modi acquisitivi e in particolare i poteri di confutazione. Sul tema cfr. le puntuali argomentazioni di GAITO, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da Blackberry a Sky - ECC)*, in *Arch. pen. web*, 1, 2024, 1, in cui, dopo avere correttamente posto in evidenza che ogni risultato probatorio deve essere controllabile e verificabile, ha puntualizzato come le modalità operative dell’attività di decrittazione non pongano la difesa «nelle condizioni di poter interloquire nella prospettiva di una utile ripetizione e/o verifica dell’operazione di decifrazione: per l’effetto, l’opera di “trasmutazione” del dato informatico in dato “probatorio” è rimasto affidato a personale di P.G. che ha operato con ignote modalità su strumenti esclusivi alle quali – sostanzialmente – bisognerebbe approcciarsi con puro “atto di fede”, nella misura in cui è rimasto inibito il controllo dell’esatta corrispondenza dell’interpretazione del dato nel passaggio da elemento grezzo a prova “in chiaro” e con ciò la verifica del processo di produzione del risultato, ovvero la “tracciabilità”

Emerge ancora una volta quanto l'incontro tra il mondo tecnologico e quello giuridico risulti complesso. Necessiterebbe un legislatore più presente e non afflitto da apatie, perché urge che il tema venga regolato da una specifica disciplina<sup>42</sup>. E ciò tanto più alla luce delle segnalate espansioni, sia pure con intenti di garanzia, del formante giurisprudenziale il quale, però, lavora *contra tenorem legis* e, cioè, in conflitto con la specifica disciplina del sequestro.

7. *La funzione di garanzia del divieto d'uso: una lettura che ne garantisca l'effettività.* Peraltro, anche sul piano della tutela dei diritti, il *dictum* giurisprudenziale non sembra rassicurante nemmeno alla luce della considerazione in forza della quale affida la tutela del legittimo operare del sequestro alla fruibilità dei momenti conoscitivi emergenti solo dalla c.d. copia "fine". È, infatti, ben noto come il profilo della inutilizzabilità della prova sia vissuto in sede operativa con momenti culturali di ostilità, che tendono a recuperare il contenuto conoscitivo ad altro fine<sup>43</sup>.

---

della catena di conservazione del dato» (p. 4). Pertanto, senza l'accertamento delle concrete modalità di estrazione, duplicazione e conservazione dei dati non può ritenersi garantita in alcun modo la "catena di custodia" e, se ciò avviene, secondo gli enunciati della Corte di giustizia si deve «ricordare in particolare che un organo giurisdizionale, qualora consideri che una parte non sia in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito a un elemento di prova idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti, deve constatare una violazione del diritto ad un processo equo ed escludere tale mezzo di prova al fine di evitare una violazione di questo tipo [v., in tal senso, sentenza del 2 marzo 2021, Prokuratuur (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche) C-746/18, EU:C:2021:152, punto 44]». Così ancora GAITO, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da Blackberry a Sky - ECC)*, cit., 14. In sostanza, solo attraverso il solido richiamo ai diritti si evita un'imposizione tecnologica al di fuori dei medesimi.

<sup>42</sup> Come spesso accade, le creazioni giurisprudenziali originano da inerzie legislative o dalla plurivocità del testo normativo. Casi, questi, in cui il "diritto vivente" deve comunque fornire delle risposte e non può trincerarsi dietro agnosticismi decisionali.

<sup>43</sup> In più occasioni, in sede giurisprudenziale si è precisato che il dato conoscitivo inutilizzabile può soccorrere come notizia di reato o addirittura essere posto a fondamento di una richiesta il cui accoglimento è in grado di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo.

Si è infatti affermato che «in tema di intercettazioni di conversazioni telefoniche o comunicazioni, ciascun decreto autorizzativo è dotato di autonomia e può ricevere impulso da qualsiasi notizia di reato ancorché desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili». Così Cass, Sez. VI, 20 ottobre 2015, n. 3027, Rv., n. 266496; nella stessa linea di tendenza si è precisato che «la notizia di reato alla base del decreto autorizzatorio delle intercettazioni può essere desunta anche da precedenti intercettazioni inutilizzabili, in specie quando da un'intercettazione erroneamente autorizzata in presenza di gravi indizi dei reati di omicidio colposo e di epidemia colposa emergano gli estremi di un delitto di corruzione». Così, Cass., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 22390, in *Dir. e giust.*, 2023. Sull'argomento cfr. SANTORIELLO, *L'inutilizzabilità presa sul serio*, in *Arch. pen. web*, 2024, 3, 6.

Si generano in tal modo fattispecie sostitutive non contemplate, con l'effetto di sanatoria<sup>44</sup> in ordine ad un vizio che per legge è insanabile.

In questa direzione non si dimentichi come, sul piano operativo, a fronte di meccaniche estrapolative dei dati da un supporto informatico con modalità diverse da quelle suggerite in sede giurisprudenziale, pur affermandosi la illegittimità del sequestro, se ne rilevi il solo vizio di motivazione. Si fa, cioè, riferimento a quella categoria funzionale cui è affidata l'effettività del controllo in ordine alla inosservanza del principio di proporzionalità<sup>45</sup>. Sia ben chiaro, non si è in presenza di una negazione dell'operare del divieto d'uso ed anzi la prescrizione di restituire la copia integrale contenente i dati non costituenti parte della copia "fine" depone per una sua rilevabilità. Circostanza, questa, che sembrerebbe trovare conferma sul piano naturalistico, prima ancora che sul piano giuridico, posto che vi è un divieto di trattenere la *res* anche sotto forma di copia. Non è un caso, quindi, che con riferimento alle evenienze in cui si era provveduto alla restituzione del supporto informatico trattenendo però copia del contenuto, le Sezioni Unite ebbero a riconoscere la persistenza dell'interesse ad impugnare<sup>46</sup>.

In ogni caso, l'impossibilità giuridica di trattenere copia del contenuto della *res* che deve essere restituita esprime una intrinseca volontà di vietarne l'uso ai fini del conoscere giudiziale. Tuttavia, anche a prescindere da tale considerazione, deve rilevarsi come l'ipotesi analizzata configuri una violazione dei modi acquisitivi. Circostanza, questa, che rimanda alla sfera di azione dell'art. 191 c.p.p.. In quella sede, infatti, si impone il divieto d'uso per le prove acquisite in presenza di un divieto di legge. E sul punto si è rilevato come il divieto in questione ricorre non solo quando è costruito in termini di proibizione secondo formule linguistiche come "è vietato", "non sono ammesse" o "non sono consentite"<sup>47</sup>, ma anche quando è espresso attraverso la previsione di presupposti e condizioni della fattispecie probatoria.

---

<sup>44</sup> E cioè di quella fattispecie complessa a carattere sussidiario a cui sono ricollegati gli stessi effetti dell'atto perfetto. Sul tema si rimanda agli insegnamenti di CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1972, 50.

<sup>45</sup> In genere, con riferimento all'incidenza sui diritti della persona del principio di proporzionalità cfr. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano, 2019, 55.

<sup>46</sup> Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 40963, in *Cass. pen.*, 2018, 131.

<sup>47</sup> Cfr. artt. 62, 64, 2° comma, 197, 220, 2° comma, 234, 3° comma, 251, 1° comma, c.p.p..

In tale contesto, ai divieti espressi si aggiungono quelli costruiti nella forma della “permessione”, che ricorrono quando la norma subordina il compimento o l’uso di un atto alla presenza di presupposti che vanno ad integrare lo schema tipico della fattispecie.

L’assenza di uno di tali requisiti pone la “condotta probatoria” al di fuori del consentito, integrando il relativo divieto<sup>48</sup>.

Quanto al tema in analisi, basti considerare che la fattispecie “sequestro”, disciplinata dall’art. 253 c.p.p., autorizza l’esercizio del potere ablativo solo su cose costituenti corpo del reato o pertinenti ad esso. E tali non possono essere considerate quelle di cui se ne dispone la restituzione postuma alla operazione di selezione del materiale rilevante.

Definita la dimensione “statica” del “divieto di legge” occorre analizzarne le proiezioni “dinamiche”. Ed in relazione alle stesse bisogna rilevare come il medesimo operi non solo sull’*an*, ma anche sul *quomodo* delle prove<sup>49</sup>. Infatti, se è vero che secondo l’originaria opinione dei compilatori l’inutilizzabilità era stata concepita con riguardo al solo momento dell’ammissione della prova, mentre «la nullità (sarebbe stata) riservata alla violazione delle forme degli atti»<sup>50</sup>, è altrettanto vero che tale simmetria non è stata confermata nel testo definitivo dove, non a caso, si rinvengono fattispecie normative in cui la sanzione dell’inutilizzabilità, od il correlativo precetto costruito come divieto, risultano dettati anche per le modalità di acquisizione-formazione della prova<sup>51</sup>. Ed è in questo contesto che va apprezzato l’emendamento apportato all’art. 191 c.p.p. che ha sostituito all’originaria locuzione “prove ammesse” quella di “prove acquisite”<sup>52</sup>. Il riferimento all’acquisizione impone di considerare la formula come volutamente non restrittiva<sup>53</sup>. Per convincersene è sufficiente

<sup>48</sup> Così NOBILI, *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, a cura di Chiavario, Torino, 1990, 441.

<sup>49</sup> Da ultimo, sul tema v. ancora SANTORELLO, *L’inutilizzabilità presa sul serio*, in *Arch. pen. web*, cit., 4. Con riferimento ai limiti di utilizzo degli atti compiuti in assenza di una condizione di procedibilità si rimanda alle considerazioni di GAITO, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, II, agg., Milano, 1998, 750.

<sup>50</sup> Cfr. *Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, 61.

<sup>51</sup> V. ad esempio gli artt. 271, 1° comma, 350, 6° comma, 251, 1° comma, c.p.p.. Sul punto cfr. già in questi termini NOBILI, *Art. 191*, cit., 412.

<sup>52</sup> V. *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, Roma, 1988, 181.

<sup>53</sup> In questa direzione, sulla consapevolezza che l’operazione acquisitiva costituisce un momento successivo all’ammissione con la conseguenza di tutelare la legalità della prova durante l’intero procedimento probatorio, v. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 74.

porre mente alle caratteristiche del procedimento probatorio<sup>54</sup>: questo, com'è noto, si compone di tre distinti momenti della progressione procedimentale<sup>55</sup> costituiti dall'ammissione, dall'acquisizione-formazione ed infine dalla valutazione.

Pertanto, se la disciplina pone un divieto di utilizzo di un risultato conoscitivo, il riferimento di tale divieto anche al momento acquisitivo rivela la volontà di ricomprendere nell'alveo dell'inutilizzabilità ogni violazione dell'intero procedimento probatorio; le caratteristiche di quest'ultimo<sup>56</sup> conducono alla conclusione che la tutela del momento acquisitivo implica e presuppone quella del precedente momento ammissivo.

Tale realtà è stata colta e ribadita anche in sede giurisprudenziale, laddove si è affermato che per prova si intende tanto il mezzo, lo strumento, il veicolo di conoscenza di un fatto dedotto nel processo, quanto il risultato gnoseologico offerto alla percezione del giudice. Si è, infatti, precisato come il valore polisemantico del termine prova riceva, in sostanza, sul piano della disciplina normativa, configurazione unitaria nella ricostruzione della vicenda probatoria in termini di «sequenza o di successione di atti destinati a fornire la conoscenza dei fatti dedotti nella *res iudicanda* ed a determinare il convincimento del giudice in ordine agli stessi [...]; è ormai consolidato il riferimento alla figura del procedimento probatorio, all'analisi delle fasi in cui esso si articola ed al nesso funzionale che lega i vari momenti i quali, pur nell'autonomia strutturale, sono proiettati verso la decisione finale»<sup>57</sup>.

L'enunciato appare tanto più rilevante ove si consideri che funge da premessa alla conclusione secondo la quale «l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. opera su un duplice piano: come divieto di acquisizione e come divieto d'uso della prova» precisandosi che, sotto il primo profilo, «l'inutilizzabilità impedisce l'ammissione e l'assunzione del mezzo di prova colpito dal divieto»<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Sul tema cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 53.

<sup>55</sup> Sulle caratteristiche progressive del procedimento cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, rist., 1982, 131; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 11.

<sup>56</sup> Come tutti i procedimenti anche quello probatorio è caratterizzato dalla nota dell'obbligatorietà, in forza della quale il rapporto tra gli atti è di implicazione, nel senso che quello precedente obbliga alla realizzazione dell'atto successivo. Sul punto, cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 134.

<sup>57</sup> Così la non più recente ma sempre attuale Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Citaristi, in *Cass. pen.*, 1999, 112; Id., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, 1951.

<sup>58</sup> In tal senso ancora Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit..

Dunque, la modifica operata all'art. 191 c.p.p. mediante la sostituzione del termine "ammissione" con il termine "acquisizione" non determina solo l'estensione dell'operatività del vizio dell'atto probatorio anche alla fase precedente al "processo"<sup>59</sup>, ma consegue il risultato di tutelare espressamente con una norma di garanzia l'intero procedimento probatorio.

Del resto, il riferimento alle prove acquisite implica, anche sul piano grammaticale, la copertura del divieto d'uso pure al momento della valutazione della prova. Basti pensare all'utilizzo del participio passato che segnala un'operazione già realizzata. Ed allora, se la prova illegittima è già stata acquisita alla conoscenza di chi deve decidere, l'inutilizzabilità non potrà che riguardare il momento valutativo.

Di qui l'inutilizzabilità del materiale sequestrato al di fuori del conclamato perimetro costituito dal corpo del reato o cose ad esso pertinenti.

La conclusione raggiunta non risulta scalfita da quegli orientamenti giurisprudenziali che tendono ad escludere la violazione delle modalità acquisitive dal perimetro di azione del vizio<sup>60</sup>. Sul punto, si è visto come non solo i lavori preparatori, ma lo stesso significato del testo di legge, soprattutto se analizzato anche alla luce delle modifiche apportate durante la sua gestazione, portino a concludere che non può ritenersi ininfluyente ai fini dell'inutilizzabilità della prova il vizio dei modi acquisitivi. L'opinione contraria in violazione del significato oggettivo del comando giuridico, a tacere d'altro, determinerebbe un cortocircuito non emendabile.

Se si ritiene, infatti, che l'inutilizzabilità possa conseguire solo a fronte di un divieto di legge che rende la prova *ex se* illegittima, si condannerebbe alla non operatività una sanzione di garanzia ogniqualvolta si verta in tema di c.d. prova innominata. La mancata codificazione dello strumento conoscitivo, infatti, condurrebbe alla non operatività del vizio in un settore dell'ordinamento do-

---

<sup>59</sup> In sede di relazione al testo definitivo al codice si era precisato come la modifica normativa in questione rispondesse all'esigenza di evidenziare che le disposizioni in tema di prova sono rivolte «a regolare anche l'attività della fase investigativa e non solo quella della decisione». Cfr. *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, cit., 181; per una ricostruzione dell'evoluzione delle modifiche legislative cfr. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 117, dove correttamente a supporto dell'operatività del divieto d'uso del dato conoscitivo anche nella fase preliminare, si evidenzia l'ulteriore variazione apportata nel passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo consistente nella eliminazione del riferimento al giudice.

<sup>60</sup> V. Cass., Sez. III, 3 marzo 2022, n. 5234, Rv., n. 284277-04; Id., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 12204, Rv., n. 278730.

ve, in ragione degli ampi poteri discrezionali affidati al giudice, più avvertita è l'esigenza di un controllo di legalità.

8. *L'inutilizzabilità di derivazione costituzionale.* Anche a prescindere dalle conclusioni raggiunte in termini di operatività dell'art. 191 c.p.p., occorre rilevare come la soluzione non cambi se solo si prende contezza che la materia dei sequestri involge diritti riconosciuti direttamente dalla Costituzione, e non pare potersi dubitare che l'apprensione coattiva di una *res*, se operata al di fuori dei casi di legge, risulta lesiva di quei diritti. Se è vero che il diritto fondamentale solitamente è caratterizzato dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione, riserva che comunque, nel caso di specie, presidia la materia, è anche vero che la Corte costituzionale ha ritenuto che il diritto possa considerarsi inviolabile quando «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»<sup>61</sup>. Le metodiche di accertamento, essendo deputate a garantire il “giusto processo” il cui esito ha inevitabilmente ricadute sullo sviluppo della personalità del soggetto, non può risultare materia estranea alla tutela costituzionale<sup>62</sup>. La presa di posizione origina dall'emergere di una crisi della legalità processuale<sup>63</sup>. Circostanza questa, che imponeva una rigida soluzione proprio con riferimento ai mezzi di ricerca della prova dove maggiormente i diritti individuali risultano sacrificati alla funzione gnoseologica del dato conoscitivo *acquisendo*<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Così Corte cost., 10 luglio 1991, n. 366.

<sup>62</sup> La conclusione potrebbe avviarsi alla considerazione secondo cui la clausola dell'art. 111 Cost., laddove prevede il “giusto processo regolato dalla legge”, consiglia una disciplina espressa dei diritti inviolabili. Così, SPANGHER, “*E pur si muove*”: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, 2827.

<sup>63</sup> In tal senso GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1993.

<sup>64</sup> Sul tema cfr. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 64, laddove evidenzia la drammaticità del conflitto sotteso al tema delle prove incostituzionali nel processo penale. In tale contesto, infatti, l'interprete è chiamato a stabilire se una prova, forse anche decisiva, della colpevolezza dell'imputato debba essere ammessa nonostante l'illegittimità degli atti che hanno portato al suo rinvenimento, o se, invece, la sfera di libertà del cittadino, anche colpevole, vada comunque rispettata dagli organi preposti alla tutela della legge. Si tratta insomma di attribuire un valore prioritario o «all'interesse pubblico alla repressione dei reati, oppure all'interesse, ugualmente pubblico, alla tutela delle libertà dei singoli contro ingiustificate invasioni da parte dei pubblici poteri».

Non è un caso quindi che i primi accenni all'inutilizzabilità della prova incostituzionale emergano con riferimento ad un *corpus* normativo in cui la legalità dell'accertamento risultava affidata ad evanescenti sanzioni di nullità. L'insufficienza della capacità "reattiva" dell'ordinamento, a fronte di abusi delle norme disciplinanti i mezzi di ricerca della prova, induceva ad intravedere, negli stessi, profili sanzionatori non disciplinati<sup>65</sup>. In tale ottica di adeguamento si inserì la Corte costituzionale, la quale riteneva dapprima che la regola secondo la quale al giudice è consentito apprezzare in base alla sua esperienza il valore del materiale probatorio presupponga non trattarsi di "prove vietate dalla legge"<sup>66</sup>; per poi precisare che «le attività compiute in dispregio di fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»<sup>67</sup>.

Il principio, nel corso degli anni, si è stratificato risultando ribadito, sia pur con una varietà d'impostazioni, da più decisioni del Giudice delle leggi<sup>68</sup>, cui si è adeguato l'organo nomofilattico che, nella sua più alta composizione, dopo aver riconosciuto che l'art. 191 c.p.p. si applica anche alle prove incostituzionali perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, ha precisato come tali prove risultino colpite dall'inutilizzabilità «a prescindere dal fatto che la legge contenga divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario, infatti, che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta Costituzionale, che disciplinano le attività processuali»<sup>69</sup>. In sostanza, si estende la portata operativa dell'art. 191 c.p.p. a tutte le ipotesi che, ancorché non disciplinate, realizzino la violazione di un diritto costituzionalmente protetto. Del resto, tra le regole poste a presidio dell'inutilizzabilità e dei valori costituzionali emerge una comunanza operativa e contenutistica in forza della quale sarebbe sufficiente

<sup>65</sup> Nel senso che la perquisizione compiuta al di fuori delle condizioni di legge costituisce un'ipotesi d'inesistenza dell'atto che si comunica al successivo sequestro. Cfr. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, 153.

<sup>66</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 175 del 1970.

<sup>67</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 34 del 1973.

<sup>68</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 81 del 1993 in tema di sequestro di tabulati telefonici; Id., sent. n. 229 del 1998 in tema di sequestro degli appunti predisposti dall'indagato in vista dell'interrogatorio.

<sup>69</sup> Così Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2595, 1419; negli stessi termini Id., Sez. Un., 21 febbraio 2000, Tammaro, *ivi*, 2000, 3259, 1763; Id., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, *cit.*; Id., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3272.

effettuare, in tema di utilizzabilità delle prove, un'esegesi costituzionalmente orientata senza necessità di riscontrare nella Carta dei valori la matrice diretta dei divieti probatori. In sostanza, il "divieto di legge", se correttamente interpretato, rispecchia già di per sé il valore dei limiti costituzionali, posto che è diretto a garantire il rispetto della legalità della prova anche allorquando il suo procedimento acquisitivo abbia assunto non solo connotazioni diverse da quelle consentite, ma la difformità è rivelatrice di una lesione concreta o potenziale dei diritti soggettivi oggetto di specifica tutela costituzionale. In tale prospettiva, la formulazione dell'art. 191 c.p.p. si pone quale elemento di tutela dei principi generali dell'ordinamento, costituendo la trasposizione processuale delle esigenze d'inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto<sup>70</sup>. Pertanto, la mancata osservanza del divieto di legge e dei valori costituzionali ad esso connessi giustifica la reazione dell'ordinamento in termini di inutilizzabilità.

9. *La neutralizzazione conoscitiva di origine eurounitaria.* Approdo quest'ultimo condiviso nel metodo e nel risultato anche dalla giurisprudenza eurounitaria. Quest'ultima, infatti, con specifico riferimento all'acquisizione di tabulati telefonici ha precisato che «confligge con la disciplina comunitaria l'ipotesi di una normativa nazionale che renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico telefonico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale»<sup>71</sup>.

In sostanza, si ribadisce la necessità che il settore sia affidato ad un organo terzo<sup>72</sup> e, per dissipare ogni equivoco terminologico, si è precisato che tale

---

<sup>70</sup> Nella prospettiva indicata Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 2094.

<sup>71</sup> Corte giust., Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit.. Decisione richiamata anche dalla recente pronuncia della Corte di giustizia del 7 settembre 2023 nella causa *A.G. c. Lituania*, laddove si è ritenuto incompatibile con l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58 «che dati personali relativi a comunicazioni elettroniche che sono stati conservati, in applicazione di una misura legislativa adottata ai sensi di tale disposizione, dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica e che sono stati successivamente messi a disposizione, in applicazione della medesima misura, delle autorità competenti ai fini di lotta alla criminalità grave, possano essere utilizzati nell'ambito di indagini per condotte illecite di natura corruttiva».

<sup>72</sup> In realtà la Corte impone anche la previsione dei reati che possono consentire l'acquisizione dei tabulati. Soluzione recepita in sede legislativa con d.l. 30 settembre 2021, n. 132 convertito in l. 23 novembre 2021 n. 178, con cui si è proceduto alla modifica dell'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003.

non può essere considerato l'organo coinvolto nella conduzione delle indagini penali<sup>73</sup>.

Sul punto, però, occorre precisare come la Grande sezione della Corte di giustizia abbia anche ricordato l'esigenza di rispetto del principio di effettività. In forza di quest'ultimo, le «norme nazionali relative all'ammissibilità e all'utilizzazione delle informazioni e degli elementi di prova hanno come obiettivo, in virtù delle scelte operate dal diritto nazionale, di evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo arrechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di aver commesso dei reati». Tale obiettivo, precisa la pronuncia, può essere «raggiunto non solo mediante un divieto di utilizzare» informazioni ed elementi di prova, ma anche attraverso norme e prassi nazionali che «disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova o addirittura tenendo conto del loro carattere illegittimo in sede di determinazione della pena»<sup>74</sup>. Si è al cospetto dell'esplicita enunciazione di un'inutilizzabilità di derivazione comunitaria<sup>75</sup> che, all'evidenza, si affianca a quelle scaturenti dalla violazione dei principi costituzionali. Non a caso la sentenza in discorso, dopo aver ribadito la «necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione», evidenzia come l'utilizzo di dati conoscitivi così acquisiti si rifletta in termini di violazione del principio del contraddittorio e del processo equo. In particolare, *expressis verbis*,

---

<sup>73</sup> Cfr. Corte giust., Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit., par. 54-55, dove si è precisato che «il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare [...] impone che tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna. In particolare, in ambito penale, il requisito di indipendenza implica [...] che l'autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato, non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. Ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale. La circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo *status*, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento non può essere sufficiente per conferirgli lo *status* di terzo rispetto agli interessi in gioco».

<sup>74</sup> Così Corte giust., Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit.; Corte giust., Grande sezione, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e altri c. Premier ministre e altri*.

<sup>75</sup> Sul tema cfr. anche MARCOLINI, *Le indagini atipiche nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 775.

nell'ipotesi in cui un organo giurisdizionale riconosca che una parte «non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito ad un mezzo di prova rientrante in una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti», lo stesso deve constatare la violazione del diritto ad un processo equo; violazione che può essere esclusa solo attraverso il “divieto d’uso” di quel materiale conoscitivo. Ed infatti perentoriamente si conclude affermando che il «principio di effettività impone al giudice penale nazionale di escludere informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico [...] e all’ubicazione incompatibile con il diritto dell’Unione»<sup>76</sup>. A tale presa di posizione si affianca quella che ha stabilito come «il diritto dell’Unione (debba) essere interpretato nel senso che esso osta a che un giudice nazionale limiti nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità ad esso spettante, in forza del diritto nazionale». E ciò lo si è affermato nei confronti di quelle disposizioni interne che consentono agli operatori una conservazione generalizzata dei dati relativi al traffico telefonico ed al contempo autorizzano la circolazione di tali dati all’autorità competente in materia finanziaria «senza previa autorizzazione di un organo giurisdizionale o di un’autorità amministrativa indipendente»<sup>77</sup>; autorizzazione che può intervenire solo con riferimento alle «finalità di lotta contro la criminalità grave»<sup>78</sup>.

Si è, quindi, al cospetto di una giurisprudenza adottata costantemente dalla Grande sezione della Corte eurounitaria<sup>79</sup>.

Posizione, questa, che ha visto un ulteriore consolidamento proprio con quella decisione secondo cui la possibilità di accedere ai dati contenuti in un telefono cellulare è consentita solo se la normativa nazionale, nel rispetto della proporzionalità, prevede la “natura o le categorie” di reati che possono autorizzare una tale operazione, la quale, comunque, necessita di una “previa” autorizzazione di un giudice o di un organo amministrativo indipendente<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Così ancora Corte giust., Grande sezione, 2 marzo 2021, *H. K. c. Prokuratuur*, cit..

<sup>77</sup> In tal senso Corte giust., Grande sezione, 20 Dicembre 2022, *VD e SR c. Francia*, cit..

<sup>78</sup> La Corte di giustizia pretende quindi anche una previsione dei casi in cui sia giustificabile l’esercizio del potere acquisitivo.

<sup>79</sup> Occorre segnalare come la decisione presa in esame condivide la presa di posizione della Grande sezione del 2 marzo 2021, *H.K. c. Prokuratuur*, cit., nel punto in cui introduce un divieto d’uso di dati conoscitivi ottenuti in violazione dei principi regolati dai diritti dell’Unione.

<sup>80</sup> Così Corte giust., Grande sezione, 4 ottobre 2024, *CG c. Bezirkshauptmannschaft*, cit..

Sul tema deve essere anche rimarcato come la Corte di giustizia giustifichi la sua presa di posizione sul rilievo del materiale sensibile che può essere contenuto in un cellulare. In quella sede, infatti, si fa espresso riferimento, oltre ai dati relativi al traffico e alla localizzazione, «anche (alle) fotografie e alla cronologia di navigazione su internet effettuate (col) telefono o addirittura (ad) una parte del contenuto delle comunicazioni» conoscibili «consultando i messaggi» conservati nel dispositivo<sup>81</sup>.

Si tratta di temi che all'evidenza hanno una portata generale e, quindi, non possono essere circoscritti ai momenti acquisitivi di un dispositivo telefonico. Diversamente sarebbe difficile giustificare, sul piano della razionalità dell'ordinamento, una differente tutela dell'apprensione della medesima tipologia di notizie solo perché non contenute in un telefono cellulare. L'oggetto di tutela, infatti, non è il contenente, bensì il contenuto e, quindi, l'acquisizione dello stesso deve essere garantita allo stesso modo in qualsiasi sede sia conservato.

La conclusione trova particolare conforto in quel passaggio della decisione laddove si specifica che il presidio di tutela deve operare anche con riferimento a quelle informazioni che rivelano, anche solo "indirettamente" al termine di un'operazione intellettuale di deduzione e di concordanza, informazioni di questo tipo<sup>82</sup>. E, infatti, non si manca di evidenziare come tali informazioni, acquisite in violazione delle indicazioni di garanzia richiamate, darebbero luogo ad «un'ingerenza nei diritti fondamentali [...] grave se non addirittura particolarmente grave»<sup>83</sup>. Né pare che la presa di posizione possa essere svilita nella sua portata operativa dalla circostanza che la fattispecie concreta da cui trae origine la decisione afferisse ad un caso in cui l'attività di conoscenza delle informazioni contenute nel telefono fosse stata operata dalla polizia giudiziaria.

Al di là del caso concreto da cui origina la decisione, quel che conta è la generalità del principio affermato, che sarebbe riduttivo limitare al caso specifico. Del resto, non si dimentichi che allorquando la Corte ha ritenuto di specificare il significato del sintagma "organo terzo" ha espressamente escluso che

---

<sup>81</sup> Così Corte giust., 4 ottobre 2024, *CG c. Bezirkshauptmannschaft* cit., par. 92.

<sup>82</sup> Corte giust., 4 ottobre 2024, *CG c. Bezirkshauptmannschaft*, cit., par. 94, dove si richiamano in senso conforme altre decisioni della medesima Corte.

<sup>83</sup> Così ancora Corte giust., 4 ottobre 2024, *CG c. Bezirkshauptmannschaft*, cit., par. 95.

tale possa essere considerato l'organo che presiede alla conduzione delle indagini penali<sup>84</sup>.

10. *Il perimetro precettivo dei dicta della Corte di giustizia.* Si è, quindi, al cospetto di una giurisprudenza in relazione alla quale è difficile immaginare insubordinazioni applicative.

E ciò per più ordini di ragioni. In primo luogo, è nota l'efficacia precettiva delle pronunce della Corte di giustizia nell'ordinamento interno, cui consegue l'obbligo del giudice di disapplicare la disposizione normativa in contrasto con la disciplina comunitaria<sup>85</sup>. Soluzione, questa, condivisa dalla stessa Corte costituzionale laddove ha precisato che «per consolidata giurisprudenza (si vedano, in particolare, le sentenze n. 113/1985 e n. 389/1989), le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni»<sup>86</sup> e, in quanto tali, si inseriscono in quella sede «con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice *a quo*»<sup>87</sup>. Conclusione interpretativa accolta anche dall'organo nomofilattico, il quale ha avuto modo di evidenziare che «quanto ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, è pacifico che il primo sia fonte produttiva di

<sup>84</sup> Così Corte giust., Grande sezione, 2 marzo 2021, *H.K. c. Prokuratuur*, cit. parr. 54-55. Per completezza si segnala che anche la Corte EDU, con riferimento ai sequestri di dispositivi elettronici, richiede la previsione di un controllo giurisdizionale sui provvedimenti disposti dall'autorità inquirente «sia prima che dopo la loro esecuzione». Così Corte EDU, 23 gennaio 2025, *Reznik c. Ucraina*, cit.

<sup>85</sup> Così, Corte giust., Grande sezione, 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*. In dottrina cfr., *ex multis*, IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. pen.*, 2014, 808; COLOMBO, «Data retention» e *Corte di giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, 2705; FLOR, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 178. Con riferimento al caso specifico relativo all'acquisizione dei tabulati, in senso contrario v. SIGNORATO, *Indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, cit., 193, dove si afferma che «appare preferibile che la soluzione vada semmai ricercata in una eventuale declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 132 del Codice Privacy, per contrasto con l'art. 117 Cost. rispetto agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 8 CEDU».

<sup>86</sup> Cfr. Corte cost., n. 227 del 2010, in *Foro it.*, 2010, 2951; negli stessi termini Corte cost., n. 132 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 746; Corte cost., n. 389 del 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 565. Più di recente, Corte cost., n. 117 del 2019, in *Cass. pen.*, 2019, 3228.

<sup>87</sup> Così, Corte cost., n. 217 del 2021, in *Giur. cost.*, 2021, 6, 2477; Corte cost., n. 268 del 2005, *ivi*, 2005, 4. Negli stessi termini, cfr. Corte cost., n. 111 del 1985 e n. 385 del 1989, consultabili su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

norme immediatamente efficaci e vincolanti all'interno degli Stati aderenti: nelle materie riservate alla normazione della Comunità europea, il g.o. deve applicare direttamente la norma, la quale prevale sulla legge nazionale incompatibile, anteriore o successiva [...]. Tale principio deve essere rispettato non soltanto ove si tratti di disciplina prodotta dagli organi della Comunità mediante regolamento, ma anche di statuizioni risultanti da sentenze interpretative della Corte di giustizia<sup>88</sup>. E, sul punto, non pare dubitabile che si sia in presenza di provvedimenti che, nella misura in cui dettano dei parametri minimi di legittimità, costituiscono un momento interpretativo diretto ad indicare i requisiti di disciplina che, in tal modo, vengono enunciati per via esegetica<sup>89</sup>.

Secondariamente, non deve dimenticarsi come la giurisprudenza della Corte di giustizia, nell'enunciazione del principio di effettività, pretende che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo siano neutralizzati da un divieto d'uso. Ma non basta: il prospettato divieto di conoscenza giudiziale viene posto a fondamento della effettività di un processo equo, la cui violazione rischia di condurre alla vanificazione del risultato processuale attraverso il ricorso alla c.d. revisione europea per come declinata dall'attuale art. 628 *bis* c.p.p.<sup>90</sup>.

Da ultimo, anche eventuali tentativi di diluire l'efficacia precettiva delle decisioni della Corte di giustizia sul rilievo che il richiamo all'organo indipendente potrebbe rendere legittimo un provvedimento di acquisizione adottato dal

---

<sup>88</sup> Così, Cass., Sez. III, 7 maggio 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 4405. Negli stessi termini, cfr. Cass., Sez. III, 28 gennaio 2010, Rv., n. 246252; Id., sez. VII, 6 marzo 2008, *ivi*, n. 239958; Cass. civ., Sez. trib., 11 dicembre 2012, *Curti c. Agenzia entrate*, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 12, 1397.

<sup>89</sup> Singolare è che, in sede operativa, non potendosi negare il contrasto tra norma interna ed obbligo comunitario, si sia affermato che l'invalidità della direttiva comunitaria «cui la legislazione interna aveva dato attuazione può solo imporre al legislatore dell'Unione (e agli Stati membri in seconda battuta) di dettare una nuova disciplina in materia, rispettosa della necessità di più stringenti condizioni per la conservazione, l'accesso ai dati e il loro utilizzo» (così, Corte app. Milano, Sez. II, 18 luglio 2014, n. 970). Al di là di ogni considerazione sulla primazia del diritto comunitario, anche a voler seguire l'interpretazione sostenuta, diretta a privare il diritto dell'Unione del suo carattere cogente per gli Stati aderenti, non può negarsi un obbligo di interpretazione conforme, che avrebbe dovuto indurre a sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'allora vigente art. 132 del Codice Privacy e dell'art. 254 *bis* c.p.p. attraverso il richiamo alla norma interposta di cui all'art. 117 Cost. In genere, sul tema della gerarchia delle fonti con riferimento ad obblighi sovranazionali, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

<sup>90</sup> Sul tema in generale cfr. LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628 bis c.p.p.*, in *Sist. penale*, 27 aprile, 2023, 1.

pubblico ministero, sembrerebbero, almeno secondo una ortodossa interpretazione, destinati all'insuccesso. E ciò non solo perché la Corte di giustizia è chiara nell'escludere tra gli organi che possono procedere all'acquisizione di dati dei dispositivi informatici colui che è deputato all'attività di indagine; ma anche perché, se è vero che nel linguaggio del costituente il riferimento all'autorità giudiziaria non consente di distinguere tra pubblico ministero e giudice, è ancora più vero che le scelte codicistiche sono tutte orientate a declinare i richiami costituzionali all'autorità giudiziaria in termini di giurisdizione. Si badi bene che quel codice aveva l'obbligo di attuare i principi della Costituzione così come sancito dalla legge di delega<sup>91</sup>. Ma anche a prescindere da tali non insignificanti considerazioni, non si comprende quale garanzia di razionalità dell'ordinamento potrebbe fornirsi laddove si dessero "letture" diversificate rispetto a situazioni corrispondenti. Ma, oltre a ciò, non deve trascurarsi come la Corte costituzionale, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., abbia chiarito la prevalenza delle norme eurounitarie, e della interpretazione che delle stesse ne fornisce la relativa Corte, sulle norme costituzionali<sup>92</sup> con eccezione, ovviamente, dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e dei diritti inviolabili della persona<sup>93</sup>.

11. *Il sequestro tra atto dovuto e presidio di legalità probatoria.* La conclusione raggiunta in termini di inutilizzabilità non pare possa essere posta in discussione da quella giurisprudenza la quale, non senza contraddizioni<sup>94</sup>, ha

<sup>91</sup> V. Art. 2, comma 1, L. 16 febbraio 1987 n. 81.

<sup>92</sup> V. Corte cost. n. 227 del 2010; Id., n. 127 del 1996; Id., n. 170 del 1984.

<sup>93</sup> In ragione di ciò resta ferma la possibilità per la Corte costituzionale di un sindacato sulle norme del Trattato UE attivando i c.d. "controlimiti" nell'ipotesi di contrarietà della norma eurounitaria ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Così Corte cost. n. 183 del 1973; Id., n. 24 del 2017; Id., n. 115 del 2018.

<sup>94</sup> La contraddizione la si rileva nel richiamo alle ipotesi di cui all'art. 253, comma 1, c.p.p.. Se infatti si afferma il principio secondo cui, a fronte di una perquisizione illegittima, il sequestro operato in esito alla stessa non è utilizzabile, non può porsi come eccezione l'ipotesi in cui il sequestro attinga non solo il corpo del reato ma anche le cose pertinenti al reato. Ed infatti, così facendo, si è di fatto legittimato il sequestro pur a fronte di una perquisizione illegittima, posto che non possono darsi modalità di apprensione della cosa laddove la stessa non rientri nella categoria indicata dall'art. 253, comma 1, c.p.p.. Nella medesima direzione cfr. pure Cass., Sez. II, 23 dicembre 2016, n. 15784, Rv. n. 269856, dove si è precisato che «l'illegittimità della perquisizione non invalida il conseguente sequestro, qualora vengano acquisite cose costituenti corpo di reato o a questo pertinenti, dovendosi considerare che il potere di sequestro non dipende dalle modalità con le quali le cose, oggettivamente sequestrabili, sono state reperite, ma è condizionato unicamente all'acquisibilità del bene e alla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema». Sull'argomento sia consentito il rinvio a DINACCI,

ritenuto che il sequestro del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti, costituendo un atto dovuto, renderebbe del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si è pervenuti<sup>95</sup>. La presa di posizione, come noto, traeva spunto da sequestri operati a seguito di perquisizioni illegittime. Tuttavia, ancorché il principio sia stato affermato con riferimento a diversa fattispecie rispetto a quella che si sta analizzando, occorre soffermarsi sul *dictum* secondo cui nei casi di corpo del reato e cose ad esso pertinenti il sequestro risulterebbe un atto dovuto e quindi con riferimento allo stesso, sarebbe ininfluenza il modo con cui si è pervenuti al medesimo. In quella sede l'organo nomofilattico ebbe a precisare come l'oggetto del sequestro «a causa della sua intrinseca illiceità ovvero per il rapporto strumentale che esso può esprimere rispetto al reato commesso, possa, per ciò solo, dissolvere quella connessione funzionale che lega la perquisizione alla scoperta e all'acquisizione di ciò che si cercava ma, si vuole soltanto precisare che, allorquando ricorrono le condizioni dell'art. 253, comma 1, gli aspetti strumentali della ricerca pur rimanendo partecipi del procedimento acquisitivo della prova non possono mai paralizzare l'adempimento di un obbligo giuridico»<sup>96</sup>.

In sostanza, ed in via di sintesi, una volta verificati i presupposti legittimanti l'ablazione del bene, si verte in tema di atto dovuto il quale, in quanto tale, risulta insensibile alla non ortodossia dei modi acquisitivi<sup>97</sup>.

Al di là dell'effettivo campo di azione di tale principio, non pare possa ipotizzarsi una sorta di “accertamento libero” subordinato al conseguimento dell'obiettivo conoscitivo. Soluzione, questa, in conflitto con le linee direttrici delle regole gnoseologiche attraverso le quali, occorre rammentare, l'introduzione del vizio della inutilizzabilità probatoria ha il compito di rendere effettiva la scelta ideologica che pretende una tutela massima non di una qualsiasi, ma di una legittima conoscenza giudiziale. Se questa è la prospettiva, già dal punto di vista delle linee di sistema apparirebbe non consentita una

---

*L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 1; da ultimo, v. pure SANTORIELLO, *L'inutilizzabilità presa sul serio*, in *Arch. pen. web*, cit., 7.

<sup>95</sup> In tal senso v. Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, cit..

<sup>96</sup> Così Sez. un. 27 marzo 1996, Sala, cit..

<sup>97</sup> In considerazione della chiarezza del pronunciato è da ritenere che la puntualizzazione secondo cui il sequestro del corpo del reato o alle cose ad esso pertinenti costituisce un “atto dovuto” si conferma nella sua attualità anche all'indomani di quell'intervento secondo cui anche per il sequestro delle cose che costituiscono il corpo del reato è necessaria una motivazione che dia conto della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti. Così Cass., Sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, cit..

qualsivoglia ipotesi di recupero conoscitivo dell'atto inutilizzabile. In caso contrario si conierebbe un non autorizzato "reimpiego" sanante della prova illegittima che, non lo si dimentichi, è caratterizzata dall'insanabilità.

Del resto, non deve obliterarsi come la tipologia del vizio in questione, introducendo un "divieto d'uso" delle conoscenze veicolate, esprima quale effetto la neutralizzazione funzionale di natura conoscitiva dell'atto probatorio, il quale non è in grado di sprigionare alcuna efficienza causale. Si verte, in altre parole, in quell'ipotesi di inefficienza causale originaria che depriva l'atto di qualsivoglia capacità dimostrativa, e ciò a prescindere dalla sua attitudine a porsi quale elemento propulsivo del procedimento. Tale realtà è stata colta dalla ormai reiterata giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, collocando correttamente l'inutilizzabilità tra le regole di esclusione, ha riconosciuto come la medesima travalichi «il profilo del vizio dell'atto processuale [...] per incidere - attraverso l'autonomia della categoria [...] - non sull'atto processuale illecito in sé per sé considerato, ma direttamente sulla sua idoneità giuridica a svolgere funzioni di prova»<sup>98</sup>. In particolare, sempre il giudice delle leggi, pur ritenendo non "trasmissibile" il vizio dell'atto inutilizzabile agli atti che dallo stesso dipendono, ha avuto modo di precisare che con l'art. 191 c.p.p., secondo cui le «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate, il legislatore [ha] inteso introdurre un meccanismo preclusivo che dissolvesse la stessa "idoneità" probatoria di atti vietati dalla legge, distinguendo nettamente tale fenomeno dai profili di inefficacia conseguenti alla violazione di una regola sancita a pena di nullità dell'atto»<sup>99</sup>. In sostanza il vizio di uso illegittimo di una prova introduce una "interdizione" conoscitiva che incide direttamente sull'"idoneità" probatoria degli atti vietati dalla legge<sup>100</sup>. In sostanza l'eliminazione dall'orizzonte conoscitivo è garantita da quel che è stato definito «lo stesso effetto intrinseco dell'inutilizzabilità che, coniugato al principio d'autosufficienza che connota la sanzione, si esprime in sintesi nel concetto di relazione sottostante alla fattispecie»<sup>101</sup>. In altre parole, l'inutilizzabilità «non necessita di estensione, bastando l'illegittimità a funzionare da sbarramento all'atto cui inerisce senza

<sup>98</sup> Cfr. Corte cost. n. 332 del 2001.

<sup>99</sup> Così Corte cost. n. 116 del 2022; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 219 del 2019.

<sup>100</sup> V. Corte cost. n. 116 del 2022, cit.; Id., n. 252 del 2020, cit.; Id., n. 219 del 2019, cit.

<sup>101</sup> Così correttamente GALANTINI, *Alla ricerca della inutilizzabilità derivata*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, 158; Id., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 21.

che possa essere opposta l'insussistenza di un principio *ad hoc* ovvero la inapplicabilità di una regola prevista per la nullità»<sup>102</sup>. Il rilievo rappresenta la corretta presa di coscienza della ragione giuridica sottesa alla sanzione nel suo profilo effettuale conseguente al vizio di natura funzionale.

In questa dimensione ricostruttiva, l'affermazione secondo cui la caratterizzazione del sequestro del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti quale atto dovuto lo schermerebbe da forme di inefficacia funzionale conseguenti ad un vizio acquisitivo può avere un senso, peraltro non condivisibile,<sup>103</sup> solo con riferimento all'evenienza della derivazione del vizio da altro mezzo di prova.

Del resto, dalla pretesa doverosità di un atto non può legittimamente farsene derivare la liceità di agire al di fuori delle regole e in particolare di quelle regole poste a presidio del legittimo accertamento giudiziale in grado di incidere su una giusta decisione che costituisce il veicolo di un corretto sviluppo della personalità dell'individuo<sup>104</sup>

12. *Prova digitale e documento*. L'esigenza di presidiare con adeguate garanzie la prova digitale si impone anche a fronte di prese di posizione operative che sfruttano oltre il dovuto la sua naturale vocazione ad essere trattata come prova documentale. Categoria quest'ultima che si pone quale "eccezione" non solo con riferimento al principio di immediatezza istruttoria, ma anche avuto riguardo a quello del contraddittorio di cui ne costituisce parte<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Per tali considerazioni cfr. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013.

<sup>103</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, cit., 1.

<sup>104</sup> Occorre rilevare come il diritto ad una giusta decisione sia attratto nel nocciolo duro dei valori costituzionale e quindi occorre fornire, anche con riferimento alle regole funzionali a renderlo effettivo, una lettura compatibile con il suo riconoscimento.

<sup>105</sup> Da tempo si era rilevato come nel comma 3 dell'art. 111 Cost. si fosse precisato che la persona accusata ha «la facoltà davanti al giudice di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore [...]». Emerge come la condizione imprescindibile per la realizzazione del giusto processo sia costituita dal fatto che i poteri di esercizio del contraddittorio, riconosciuto davanti "al giudice" e non davanti ad "un giudice" rende ragione del fatto che il giudice a cui la norma fa riferimento non può che essere il giudice del processo. In tale prospettiva il giudice innanzi a cui si svolge il contraddittorio è lo stesso di quello che deve emettere la decisione». In tal senso, cfr. volendo DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo. Verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 169. La materia è sempre stata oggetto di vivaci e differenti prese di posizione giurisprudenziale.

La connotazione della prova documentale quale momento eccezionale del metodo probatorio imposto dalla Costituzione, impone all'interprete di fornire, della medesima, letture di stretta interpretazione. Non pare refutabile l'utilità che in alcuni casi la prova documentale può fornire in termini di apporto conoscitivo al processo; utilità che deriva dal fatto che appare l'unica in grado di storicizzare il fatto fissando nel tempo e nello spazio la rappresentazione del suo divenire<sup>106</sup>. Tuttavia, se ciò è vero, tanto più occorre attendere ad un'esatta perimetrazione del documento e in particolare della sua fruibilità gnoseologica nel processo. E questa può essere condivisa nella misura in cui non se ne dilati la relativa nozione. Percorso, questo, che inevitabilmente entrerebbe in rotta di collisione con il principio di oralità. L'indicato rilievo si allinea alla volontà dei *conditores*, laddove hanno focalizzato l'esigenza di garantire che il giudice adotti la decisione sulla base delle sole risultanze probatorie direttamente percepite durante il giudizio<sup>107</sup>, luogo privilegiato per la

---

Limitandosi all'essenziale in un primo tempo la Corte costituzionale rilevava che «ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare di regola una nuova audizione del testimone» precisandosi inoltre come il riesame del dichiarante «in presenza di una richiesta di parte [...] rappresentasse [...] la regola». (Così Corte cost., n. 205 del 2010). Successivamente il giudice delle leggi ebbe a sollecitare il legislatore ad introdurre «ragionevoli deroghe alla regola dell'identità tra giudice innanzi al quale si forma la prova e giudice che decide» puntualizzandosi che il principio dell'immediatezza può essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate «misure appropriate per assicurare che il nuovo giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio». (In tal senso Corte cost. n. 132 del 2019).

Tale decisione veniva adottata “in simultanea” con quella dell'organo nomofilattico il quale, pur prevedendo che la modificazione del giudice dà diritto alle parti di chiedere sia prove nuove che la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice diversamente composto, subordinava in questa seconda ipotesi il diritto alla rinnovazione alla indicazione specifica delle ragioni che impongono la rinnovazione. (V. Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, Bajrami, in *Cass. pen.*, 2020, 2, 1030).

Colto il vento giurisprudenziale, il legislatore con la c.d. riforma Cartabia ha ritenuto di poter risolvere il problema introducendo con l'art. 495, comma 4 *ter* c.p.p., una *fiction* di “immediatezza” ogniqualvolta l'istruzione dibattimentale innanzi al giudice sostituito sia stata documentata «integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva» salvo che la rinnovazione dell'esame risulti «necessaria sulla base di specifiche esigenze».

Senza volersi attardare in questa sede su un tema che meriterebbe ben altra trattazione, è sufficiente rilevare come l'art. 525, comma 2 c.p.p., continui a prevedere una nullità assoluta se alla deliberazione della decisione non concorrono «gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento».

Sembra in sostanza non essersi tenuto in adeguato conto, nel tentativo di eludere la funzione euristica dell'immutabilità, del fatto che la medesima risulta presidiata da un vizio insanabile e, quindi, non superabile con operazioni di ingegneria normativa tendenti ad eluderlo.

<sup>106</sup> Sul punto cfr. SABATINI, *Trattato di procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 662.

<sup>107</sup> In tal senso secondo una nozione di oralità in senso lato cfr. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, 282.

formazione della prova e non per il controllo di una precedente attività<sup>108</sup>. Di qui la conclusione secondo cui l'acquisizione di documenti si caratterizza per la sua eccezionalità<sup>109</sup> all'interno di un sistema congegnato al fine di garantire l'oralità e l'immediatezza del dibattimento<sup>110</sup>. E, proseguendosi nella stessa *ratio* legislativa, non si è mancato di precisare come la disciplina della prova documentale riguardi solo «i documenti formati fuori del processo nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso»<sup>111</sup>.

Risulta, pertanto, evidente come il legislatore abbia inteso delimitare l'ambito operativo della prova documentale solo con riferimento a quegli atti che si formano fuori del procedimento e comunque non funzionali ad esso secondo un criterio di inquadramento sul piano effettuale<sup>112</sup>. La circostanza, già di per sé, induce ad escludere dalla categoria dei documenti tutti quegli atti a contenuto dichiarativo che potrebbero proiettarsi in un utilizzo processuale.

In tal senso pare deporre lo stesso testo di legge: l'art. 234 c.p.p. dichiara che è ammessa l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano *fatti, persone o cose* mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo. Si individua così la fattispecie proprio con riferimento ad una mera funzione “rappresentativa” che si contrappone a quella “dichiarativa”.

Pertanto, deve affermarsi che un documento contenente una dichiarazione può essere acquisito solo ed in quanto questa assuma rilevanza come fatto e non come rappresentazione del fatto. In sostanza, un documento composto da una dichiarazione di scienza non può essere utilizzato per quanto attiene il contenuto della dichiarazione; esso è suscettibile di utilizzazione limitatamente al fatto storico: e cioè attraverso quel documento potrà dimostrarsi che Tizio in quell'ora ha reso dichiarazioni; quindi era in vita, si trovava a quell'ora

<sup>108</sup> Cfr. *Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p.*, cit., 113.

<sup>109</sup> Così CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, 210; UBERTIS, *Documenti ed oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, II, Milano, 1991, 312; dello stesso cfr. pure *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, 2516, 1388; nello stesso senso, sia pure in termini problematici cfr. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, rist., Torino, 2000, 101.

<sup>110</sup> *Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p.*, cit., 67.

<sup>111</sup> *Relazione*, *op. loc.*, cit..

<sup>112</sup> Sulla specifica problematica in ordine all'individuazione di una categoria effettuale dell'atto processuale cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 71.

in quel determinato luogo e così via<sup>113</sup>. A ben vedere, l'art. 234 c.p.p., nel correlare l'oggetto della prova documentale a fatti, persone o cose, disegna una fattispecie di ammissibilità di quella prova; ne deriva che l'utilizzazione della prova documentale al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'art. 234 c.p.p. equivale ad un'acquisizione in violazione dei divieti stabiliti dalla legge<sup>114</sup>. La prospettiva ermeneutica delineata ancorché aderente all'oggettività della norma e alla volontà del legislatore è stata confutata dal Giudice delle leggi il quale ha eliminato la distinzione «tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni»<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Sul punto NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2000, 403; SQUASSONI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, 1990, 647; negli stessi termini v. già SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 622, precisando che documento «è la cosa in quanto rappresenta un fatto». In senso contrario, per la utilizzabilità di documenti contenenti dichiarazioni previo accertamento della credibilità dell'autore della dichiarazione cfr. TONINI, *La prova penale*, cit., 196; analogamente TURCO, *Il valore probatorio nel dibattimento dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Riv. pen.*, 1992, 819.

In giurisprudenza nel senso che «l'art. 234 c.p.p. che tipicizza la prova documentale, è relativo solo alla acquisizione nel processo dei documenti, ma non alla portata probatoria degli stessi, che andrà esaminata di volta in volta, tenuto conto del rapporto intercorrente tra il contenuto del documento ed il fatto da provare» cfr. Cass., Sez. VI, 17 novembre 1994, Provini, in *Riv. pen.*, 1996, 744.

Ed ancora nel senso che «il documento può fungere da prova solo in quanto la dichiarazione documentata abbia rilevanza essa stessa come fatto e non quando abbia rilevanza esclusivamente come rappresentazione di un fatto, come dichiarazione, cioè, che andrebbe acquisita e documentata nelle forme del processo» cfr. Cass., Sez. V, 13 aprile 1999, Gianferrari, in *Cass. pen.*, 2000, 409, 240.

<sup>114</sup> Né sul punto varrebbe l'obiezione secondo cui i divieti devono essere espressi: nel disciplinare i singoli mezzi di prova, il legislatore si è premurato di indicarne i presupposti e i limiti; si sono, in definitiva, costruite delle fattispecie la cui linea di confine delimita ciò che è consentito e ciò che è vietato. Se un'attività probatoria viene espletata al di fuori della linea di confine tracciata dalla norma, si realizza ciò che la legge vieta. Tanto basta a poter invocare l'inutilizzabilità della prova a causa della violazione di un divieto. (Per una costruzione del divieto probatorio in termini di "permissione" cfr. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna 1989, 154; ID., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 647; PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 145; SIRACUSANO, *Le prove*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, I, 1994, 375; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, Torino, VII, 1993, 246. Sul tema, sia pure con alcune differenziazioni, cfr. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 102).

<sup>115</sup> V. Corte cost., sent. n. 142 del 1992. Su tale scia si è inserita la Corte di cassazione, la quale, nel «dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 431 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 76, 24 e 97 della Costituzione, ha chiarito che l'art. 234 cod. proc. pen., nel consentire l'acquisizione nel processo come prove documentali "di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo" identifica e definisce il documento - così come precisato nella Relazione al progetto preliminare del nuovo codice - "in ragione della sua attitudine a rappresentare". E ciò senza discriminare tra i diversi mezzi di rappresentazione e le differenti realtà "rappresentate" e, in particolare, senza operare distinzioni tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni, con la conseguenza

Si tratta di un ulteriore intervento manipolativo diretto ad erodere più o meno consapevolmente il principio di oralità del dibattimento<sup>116</sup>; e comunque, poiché la sentenza della Corte è una c.d. interpretativa di rigetto, essa non appare in grado di esplicitare un effetto vincolante sui giudici di merito. In ogni caso, è sufficiente por mente alle cadenze argomentative laddove si afferma che l'art. 234 c.p.p. identifica e definisce il documento «in ragione della sua attitudine a rappresentare. E ciò senza discriminare tra i diversi mezzi di rappresentazione e le differenti realtà rappresentate e, in particolare senza operare una distinzione tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni»<sup>117</sup>. Forzature esegetiche decisamente stonate, che si sarebbero potute evitare attraverso una semplice lettura della disposizione normativa; tale doverosa operazione avrebbe reso palese che l'art. 234 c.p.p. limita i poteri di rappresentazione della prova documentale *ai fatti, alle persone ed alle cose*. Di qui l'inaccettabilità della soluzione proposta dalla Corte costituzionale con la conseguente riaffermazione del limite per la prova documentale a rappresentare dichiarazioni di terzi<sup>118</sup>.

Nonostante tale inconfutabile realtà occorre prendere atto di come in sede operativa si prediliga una non ortodossa valutazione del contenuto del docu-

---

che, in linea di principio, può costituire prova documentale e, come tale, può trovare ingresso nel processo penale, qualsiasi documento che riproduca, unitamente ad altri dati, dichiarazioni di scienza, fermo restando che la natura e l'attitudine del documento a rappresentare è cosa diversa dal contenuto della dichiarazione incorporata nel documento stesso e perciò dovendosi, secondo una accreditata impostazione dottrinale, distinguere tra il contenuto e il contenente, cioè tra il documento e la dichiarazione, distinzione che riesce sufficientemente facile quando si ricordi che la dichiarazione è un atto, mentre il documento è una cosa». Così Cass., Sez. III, 20 dicembre 2023 n. 2784, in CED Cass. pen., 2024, rv. 285742-01.

<sup>116</sup> La decisione si pone in una linea involutiva che ha caratterizzato la giurisprudenza della Corte costituzionale del 1992. In quell'anno, infatti, si è assistito ad un proliferare di decisioni che hanno costituito l'inizio di una vera e propria offensiva al principio dell'oralità del dibattimento. Sintomatiche in tal senso sono anche le sentenze n. 241, n. 254 e n. 255 del 1992.

<sup>117</sup> Così ancora Corte cost. n. 142 del 1992

<sup>118</sup> Sul punto cfr. volendo DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo. Verso nuovi equilibri*, cit., 276, dove si richiama una decisione inedita la quale, seppur non recente, è sempre attuale laddove afferma che «la definizione della prova documentale dal punto di vista letterale ex art. 234 c.p.p. appare assai ampia e peraltro generica cosicché occorre delimitarne la nozione in relazione ad uno dei principi fondamentali del processo accusatorio che è quello dell'oralità; ciò comporta che, al di là della distinzione tra prova costituita e prova costituenda, fra documento formato nel procedimento e documento formato fuori dal procedimento e atto del procedimento [...] pare più corretta la tesi secondo cui ciò che può essere provato mediante testimonianza non possa surrettiziamente essere provato mediante scrittura [...]». In tal senso, Trib. Pistoia, ord. 9 maggio 2001, Torrealta, inedita.

mento a discapito dei valori costituzionali che presidiano le forme acquisitive della prova.

Si è indiscutibilmente in presenza di uno “straripamento” operativo non osservante del comando giuridico e della sua necessità di allineamento con quello costituzionale.

Ne deriva quindi una naturale perimetrazione del valore conoscitivo del documento. Se si è rispettosi di tale realtà risulta difficile utilizzare processualmente i contenuti dichiarativi ricavati dai documenti estrapolati dal dispositivo elettronico posto sotto sequestro. Solo in tal modo si garantisce il rispetto della legalità probatoria e si prevencono *escamotages* conoscitivi *contra legem*; *escamotages* che troverebbero un particolare terreno di coltura nella prova digitale in considerazione del naturale connubio che la medesima evidenza con un mezzo di ricerca della prova e con la conoscenza documentale<sup>119</sup>. E proprio per evitare percorsi conoscitivi sdruciolevoli occorre fermezza per garantire una legalità probatoria che non consenta momenti di conoscenza giudiziale attraverso schemi giuridici diversi da quelli per essi contemplati dall’ordinamento<sup>120</sup>.

13. *Conclusioni.* Anche a prescindere dalla tematica e dalle conseguenze relative allo spazio di azione della prova documentale, può non piacere, ma il

---

<sup>119</sup> I pericoli di esondazioni operative vanno contenuti non solo per un doveroso rispetto per il comando costituzionale ma anche in ragione del fatto che molti dei dati ricavabili dai dispositivi elettronici sono costituiti da *chat*, che altro non sono che conversazioni tra persone. Sul tema, come è noto, la Corte costituzionale ha richiesto l’osservanza di parametri di cui all’art. 15 Cost. (Corte cost. n. 17 del 2023) ma, a parte tale tematica, (sul punto sia consentito il rinvio a DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o email: verso letture rispettose dei principi*, in *Arch. pen. web*, 2024, 1, 1-27.) appare evidente come sia palesemente contraria alle norme di legge quell’orientamento giurisprudenziale che tratta quale documento la *chat* laddove non sia colta nel suo momento dinamico. Come se non bastasse, l’acquisizione del dato “freddo” viene trattata ritenendo che dello stesso possa procedersi ad utilizzo processuale non solo del fatto rappresentato ma anche del contenuto rappresentativo, violandosi in tal modo i limiti epistemici imposti dalle norme positive e dalla stessa Costituzione. In tale direzione cfr. Cass., Sez. V, 28 maggio 2019, n. 28269, in *Cass. pen.*, 2020, 2, 734; Id., Sez. V, 6 gennaio 2018, n. 1822, in *Foro.it*, 4, 252.

<sup>120</sup> Come puntualizzato dal massimo organo nomofilattico, un mezzo di prova non può servire ad introdurre elementi che sarebbero vietati alla luce di altre norme sulla prova; e ciò in quanto il rispetto delle regole probatorie è imposto non solo a tutela dei diritti delle parti, ma anche per l’affidabilità stessa della conoscenza processualmente acquisita. In tale prospettiva, si è puntualmente ritenuto illegittimo qualsiasi «espediente per assicurare comunque al processo contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alla forma ortodossa di sondaggio della conoscenza del dichiarante». In tal senso cfr. Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit..

*plateau* normativo integrato delle sentenze della Corte di giustizia appare chiaro. L'acquisizione di dati da dispositivi informatici deve avvenire previo provvedimento autorizzativo giurisdizionale<sup>121</sup>. Si tratta di un obbligo precettivo la cui violazione, come si è visto, può condurre sotto diversi profili non solo all'inutilizzabilità del dato conoscitivo, ma anche alla violazione del "processo equo" con conseguente rischio di vanificazione del risultato processuale<sup>122</sup>. Non a caso il legislatore, consapevole di tale realtà, con riferimento al tema dell'acquisizione dei tabulati, interviene in via d'urgenza con un provvedimento<sup>123</sup> nel cui preambolo espressamente riconosce la «straordinaria necessità ed urgenza di garantire la possibilità di acquisire dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 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»<sup>124</sup>.

Nella medesima direzione si muove quel progetto di riforma legislativa il quale, proprio con riferimento alla possibilità di accedere ai dati contenuti in un cellulare, prevede la necessità di un provvedimento del giudice<sup>125</sup>.

A livello legislativo vi è quindi una piena consapevolezza della inadeguatezza di disciplina che presidia la materia e il suo operare concreto. Inadeguatezza tanto più avvertita se si considera la particolare capacità intrusiva dello stru-

<sup>121</sup> In tale direzione si muove anche la Corte EDU, 23 gennaio 2025, *Reznik c. Ucraina*, cit..

<sup>122</sup> In quanto si realizzerebbe una situazione che aprirebbe all'operatività dell'attuale 628 bis c.p.p..

<sup>123</sup> D.l. n. 132 del 30 settembre 2021.

<sup>124</sup> Occorre rammentare che la Camera dei deputati, nella seduta del 1° aprile 2021, aveva approvato un ordine del giorno (primo firmatario on. Costa) con cui impegnava il governo «ad adeguare la normativa italiana alle disposizioni di cui all'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche [...], come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, conformemente all'interpretazione datane dalla Corte di giustizia dell'Unione europea quanto alle condizioni soggettive e oggettive di applicabilità, apportando le opportune modifiche al codice di procedura penale e al codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 1996, prevedendo, tra l'altro, che l'accesso del pubblico ministero ai dati sia subordinato all'autorizzazione del giudice ovvero in caso di urgenza alla successiva convalida».

<sup>125</sup> V. d.d.l.S. n. 806 XIX Leg, intitolato *Modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi e sistema informatici, smartphone e memorie digitali*, dove però non si individuano reati in ordine ai quali è consentita l'apprensione della cosa così come richiesto dalla Corte di giustizia, Grande sezione, 4 ottobre 2024, *CG c. Bezirkshauptmannschaft*, cit..

mento acquisitivo in questione che consente di apprendere dati particolarmente sensibili. Tra essi in particolare si rinvencono anche le conversazioni emergenti dalla messaggistica, dalle mail e dalle chat in genere, che la stessa Corte costituzionale ha attratto nel presidio di tutela dell'art. 15 Cost.<sup>126</sup>. Se si ha contezza di tale realtà appare non solo sterile, ma anche controproducente, ogni forma di resistenza operativa ad esegesi che si allineano ai desiderata della Corte di giustizia. Tale atteggiamento, peraltro, oltre a costituire una forma di interpretazione *contra legem*, espone ad ipotesi di inutilizzabilità dei dati acquisiti e di vanificazione del risultato processuale.

Sul punto, anche le prese di posizione giurisprudenziali tendenti a generare una disciplina che meglio si possa adattare alle esigenze concrete dell'apprensione della prova tecnologica, ancorché dirette ad una migliore tutela delle garanzie, non risultano in grado di pervenire al risultato voluto. Troppi sono i vuoti di disciplina ma, in particolare, l'“esperimento esegetico” coniato in sede operativa ignora che il settore è specificamente disciplinato e quindi introdurre regole operative parallele non è operazione consentita, anche in ragione della riserva costituzionale che assiste la materia. Per evitare simili momenti di esondazione creativa sarebbe auspicabile che il legislatore accelerasse le iniziative legislative come già avvenuto in tema di acquisizione dei tabulati. In attesa, eludere i comandi nascenti dalle prese di posizione della Corte di giustizia e, nel contempo, svilire il valore di garanzia dell'inutilizzabilità significherebbe non mostrare la doverosa “osservanza” al dettato di legge. Tutto ciò conduce ad istinti di conservazione dell'esistente ma, persistere su tale via sulla base di una non giustificabile bulimia conoscitiva, determinerebbe una sconfitta dei “diritti” nel loro rapporto con la modernità. Occorre allora rendere chiara una irrinunciabile presa di posizione di ideologia legislativa: ben venga la modernità purché non sia l'occasione per derogare ai principi.

---

<sup>126</sup> Così Corte cost. n. 170 del 2023.