

ATTUALITÀ

FRANCESCO ALVINO

I mobili confini della corrispondenza e le (in)coerenze - attuali e futuribili - di sistema: scenari e prospettive *de lege ferenda* in materia di acquisizioni digitali

Il contributo sottopone a esame critico la sentenza della Corte costituzionale intervenuta nel procedimento relativo alla Fondazione Open e tenta un diverso inquadramento, tra i beni costituzionali, dell'acquisizione della corrispondenza archiviata sui dispositivi telefonici portatili; quindi si sofferma ad analizzare criticamente il disegno di legge Zanettin-Bongiorno, attualmente all'esame della Camera dei Deputati, che introduce una inedita regolamentazione, nel codice di rito, in materia di sequestro ed analisi dei dati giacenti sui devices elettronici.

The mobile boundaries of correspondence and the (in)coherences - current and future - of the system: scenarios and perspectives de lege ferenda in the field of digital acquisitions

The contribution critically examines the Constitutional Court's ruling in the Open Foundation case and offers an alternative framing of the acquisition of correspondence filed on portable telephone devices, within the context of constitutional goods. It then provides a critical analysis of the Zanettin-Bongiorno bill, currently under review by the Chamber of Deputies, which introduces an unprecedented regulation in the criminal procedure code regarding the seizure and analysis of data held on electronic devices.

SOMMARIO: 1. Digitalizzazione delle comunicazioni e procedimento penale: prove di equilibrio - 2. Devices e corrispondenza dopo Corte cost. 27 luglio 2023 n. 170: un caso chiuso? - 3. L'acquisizione dei contenuti dei devices e lo sguardo all'Europa: non solo "corrispondenza" - 4. Il disegno di legge Zanettin-Bongiorno: criticità e opportunità

1. *Digitalizzazione delle comunicazioni e procedimento penale: prove di equilibrio.* È osservazione di comune esperienza che la digitalizzazione delle interazioni e la disponibilità di dispositivi portatili in grado di memorizzare quantità di fatto inesauribili di dati abbia ampliato a dismisura la obiettiva documentabilità delle informazioni, anche relative a dati personalissimi, dell'utente digitale; i *devices* telefonici e informatici, in particolare, per la portabilità dei dispositivi, le innumerevoli funzionalità e la immediata fruibilità, si pongono di fatto quali strumenti di espressione e, quindi, di archiviazione della quotidianità di vita, così capillarmente "intrusivi" da poter restituire, nell'insieme, una proiezione affidabilissima e "filologica" della personalità stessa dell'individuo, tale da rendere riduttiva e verosimilmente superata la nozione di domicilio informatico pure per essi coniata¹.

¹ Come si avrà modo di osservare, invero, la proposta di legge allo stato al vaglio della Camera incuba una disciplina che, nel regolare la materia delle acquisizioni digitali, introduce -anche solo con riguardo alla previsione dell'intervento, in sede autorizzativa, di un giudice- garanzie di maggiore ampiezza e rigore rispetto a quelle riferibili al domicilio tradizionalmente inteso. Quanto al domicilio informatico,

L'analiticità, la quantità e la profonda eterogeneità delle informazioni riversate sui comuni *devices* - riflesso della versatilità dei dispositivi, che possono essere esemplificativamente utilizzati quali strumenti di comunicazione, di navigazione, di geolocalizzazione, di pagamento - restituiscono intuibilmente e specularmente un'imperativa istanza di tutela, rispetto agli accessi non assentiti ai relativi contenuti, in specie da parte delle autorità titolari dei poteri di investigazione penale, che rimanda, nella trama dei valori costituzionali e sovranazionali, alla riservatezza, quale macrocategoria assiologica, la cui duttilità è tale da espanderne gli spazi applicativi in ideale e sincronico raccordo rispetto al progredire tecnologico e all'evoluzione dei sistemi di memorizzazione e stoccaggio dei dati², elevandosi a controlimite astrattamente idoneo a porsi quale argine e parametro di bilanciamento rispetto all'intrusività propria degli atti di indagine preliminare.

L'elaborazione giurisprudenziale di legittimità e costituzionale³, nel silenzio del legislatore processuale, a fronte di un principio ordinamentale e sovraordinamentale tanto sfuggente nella stessa enunciazione quanto fluido - e potenzialmente macrofago - nelle accezioni concrete, espressivo, conseguentemente, di una precettività non immediatamente intellegibile, non ha codificato, almeno sino a tempi recenti, uno statuto di garanzie universale con riguardo agli atti investigativi - sia tipici che atipici - che attentino alla sfera della riservatezza del soggetto, preferendo agire sulle leve delle disposizioni costituzionali che tutelano le tradizionali libertà negative (libertà personale, di domicilio e di corrispondenza), verificando la compatibilità dei singoli strumenti

cfr. tra gli altri PICCA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 66, e TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020, 127.

² Discorrono tra gli altri della riservatezza quale diritto fondamentale nell'ordinamento italiano - indipendentemente dal richiamo all'art. 2 Cost.- presidiato dall'art. 8 C.E.D.U., quale norma interposta, in applicazione del noto schema combinatorio inaugurato dalle cc.dd. sentenze gemelle della Corte costituzionale (nn. 348 e 349 del 2007), BACCARI e CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 711, nonché SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2019. Il quadro normativo peraltro è arricchito anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, negli artt. 7 e 8, proclama il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, sottolineando la declinazione bidimensionale del diritto alla riservatezza, che tutela non il solo *right to be alone* ma anche la possibilità di un effettivo controllo in merito alla circolazione delle informazioni che riguardino il soggetto: in tema, cfr. LUPARIA DONATI, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1453.

³ Il riconoscimento della riservatezza quale diritto fondamentale al rispetto della vita privata dei cittadini è affermato, in specie, da Corte cost., 22 aprile 2009, n. 173: in tema, cfr. CESARI, *Su captazioni e dossieri illeciti, un intervento non risolutivo*, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 3537, nonché SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni "illegali" rende indispensabile il "ritorno" al legislatore*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4659.

investigativi rispetto alle garanzie espressamente codificate dal legislatore costituente: un esercizio ermeneutico affinato negli anni che sembra rispondere a cadenze argomentative ormai rodute e schematizzabili che riguardano in prima battuta la natura e/o il contesto di estrazione dell'informazione oggetto di acquisizione, e, quando l'esito di tale valutazione prospetti una materia costituzionalmente sensibile, in quanto incidente sulle libertà oggetto di diretta tutela costituzionale, ne approfondiscono l'iter procedurale di acquisizione per approdare, nella battuta conclusiva, al giudizio di legittimità e di utilizzabilità - o meno - del dato, con particolare riguardo, quanto al sindacato finale, alla violazione dei principi di riserva di legge o di giurisdizione⁴ e alla valutazione - anch'essa evidentemente preliminare ad un giudizio di radicale illegittimità - della elusività delle modalità acquisitive concretamente seguite rispetto ai moduli procedurali tipizzati dal legislatore per l'acquisizione di dati omologhi. La casistica è ormai ampia e spazia, esemplificativamente, dalla ritenuta neutralità costituzionale delle attività di pedinamento elettronico - in quanto non direttamente incidenti sui profili attinenti alla libertà e segretezza delle comunicazioni né alla inviolabilità del domicilio -, come tali liberamente esperibili dalla polizia giudiziaria, anche in assenza di un provvedimento autorizzativo da parte dell'Autorità giudiziaria⁵, al rilievo costituzionale dell'acquisizione dei dati di traffico telefonico, quali dati contigui alla riservatezza delle comunicazioni, in quanto tali apprensibili esclusivamente su provvedimento dell'Autorità giudiziaria⁶, alla ritenuta illegittimità delle videoriprese di contenuti non comunicativi all'interno del domicilio, in assenza di norme attuative della riserva di legge e giurisdizione che presidiano l'inviolabilità del domicilio⁷, e ancora alla illegittimità del ricorso al modulo procedurale

⁴ Tale riscontro non è sempre di immediata soluzione, come testimoniato dalla annosa vicenda dell'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni, al cui principio si colloca la sentenza della Corte costituzionale 26 febbraio 1993 n. 91 che, come noto, in una condizione di apparente anomia, quanto all'acquisizione dei tabulati, ne ha di contro ravvisato il fondamento legislativo -rispettoso della riserva di legge- nell'art. 256 c.p.p. e il rispetto della riserva di giurisdizione -con cadenze argomentative in certa misura tautologiche- nella immediata precettività riconosciuta all'art. 15 Cost.

⁵ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. II, 18 settembre 2024, n. 37395, Rv. 286949; Cass., Sez. VI, 9 marzo 2023, n. 15422, Rv. 284582. In tema, cfr. BENE, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Le indagini atipiche*, a cura di SCALFATI, Torino, 2019, 443.

⁶ La materia ha trovato un'apparente stabilizzazione, frutto delle reiterate sollecitazioni della giurisprudenza convenzionale, con il d. l. 30.9.2021 n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, conv., con modificazioni, con L. 23.11.2021 n. 178; in tema, cfr., da ultimo, LANDOLFI, *Data retention, tra continui sviluppi e nodi irrisolti*, in *Leg. pen.*, 7 novembre 2024.

⁷ Corte cost., 7 maggio 2008, n. 149, in *Giur. cost.*, 2008, 1828, con note di LAMARQUE, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, e CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte*

delle intercettazioni ex artt. 266 e ss. c.p.p. al fine di acquisire i contenuti della corrispondenza cartacea dei detenuti, giudicato in aperta elusione della disciplina - e delle garanzie di “visibilità” dell’atto - posta dagli artt. 254 e 353 c.p.p. e delle formalità stabilite dall’art. 18 ter ord. pen.⁸

In anni recenti, tuttavia, la riflessione giurisprudenziale ha arricchito lo schema argomentativo descritto, con specifico riguardo ai sequestri probatori, accordando ingresso - in ideale raccordo con le indicazioni del legislatore eurounitario e in specie con quanto previsto dall’art. 52 CDFUE - a valutazioni di proporzionalità che, seppur non la citino espressamente, hanno progressivamente riconosciuto la riservatezza quale controinteresse non preteribile nella valutazione comparativa e quindi nel reciproco bilanciamento tra istanze contrapposte, le une attente a preservare la proficuità delle investigazioni, quale momento centrale nella provvista degli elementi informativi utili ai fini della prevenzione e repressione dei reati, le altre attente ad assicurare il rispetto della sfera personale del destinatario dell’atto intrusivo, tanto più se estraneo al novero dei soggetti formalmente oggetto di indagine⁹. Il principio, nella sua enunciazione iniziale vocato - in accordo con la tradizionale configurazione della naturale afflittività dei provvedimenti di sequestro, quali misure limitative della disponibilità materiale e giuridica del bene - alla verifica della eccedenza dei provvedimenti di sequestro rispetto alle prerogative dominicali incise dall’ablazione, è stato quindi trasferito al campo delle investigazioni digitali e in specie al sequestro dei *devices*, impegnando il pubblico ministero - e simmetricamente il giudice eventualmente investito dell’impugnazione - a valutare e a dar corpo nel provvedimento delle ragioni specificamente sottese alla indiscriminata apprensione dei dati giacenti sul dispositivo oggetto di sequestro ovvero alla predeterminazione dei contenuti apprensibili o all’indicazione degli eventuali criteri di selezione, pena l’illegittimità del provvedimento acquisitivo per violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza¹⁰: il

costituzionale l’uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva.

⁸ Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 28997, Rv. 252893; in tema, cfr. INGENITO, *Il controllo della corrispondenza del detenuto: impossibili prassi d’indagine incostituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1345, e RENOLDI, *Inapplicabilità della disciplina delle intercettazioni alla corrispondenza dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2013, 963.

⁹ L’esonazione del principio di proporzionalità dalla *sedes materiae* degli incidenti cautelari -dove è espressamente codificato nel riferimento all’adeguatezza e proporzionalità delle misure limitative della libertà personale o dei diritti reali- agli strumenti di acquisizione probatoria si deve a Cass., Sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, Rv. 273549.

¹⁰ Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 6623, Rv. 280838; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2024, n. 17312, Rv. 286358. Cfr. in tema, CURTOTTI, *Brevi note in tema di proporzionalità del decreto di sequestro probatorio*, in *Giur. it.*, 2024, 2700 e ss.; PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisi-*

distacco di tale inedito statuto di garanzia dalla tradizionale prospettiva reale, che valorizzava la componente ablatoria del sequestro e prefigurava, attraverso il setaccio delle impugnazioni, le condizioni per la eventuale declaratoria di illegittimità del provvedimento acquisitivo strumentale alla restituzione del bene, appare evidente nelle correnti affermazioni giurisprudenziali, per cui la restituzione del *device*, del quale sia stata effettuata la copia forense, non esaurisce l'interesse al successivo riesame della misura¹¹, nell'implicito riconoscimento della riservatezza dei dati quale controinteresse non "risarcibile" dalla restituzione del *device* e concretamente azionabile nei confronti di iniziative di acquisizioni massive di dati non sorrette dal preliminare vaglio dell'adeguatezza e proporzionalità dell'atto rispetto alle finalità e all'oggetto dell'accertamento¹².

2. *Devices e corrispondenza dopo Corte cost. 27 luglio 2023 n. 170: un caso chiuso?* All'acquisizione dei dati riversati sui dispositivi telefonici e informatici era estranea, generalmente, la problematica relativa al rispetto della libertà e segretezza della corrispondenza eventualmente archiviata sul *device*: la non interferenza era invero ratificata dall'orientamento, più che consolidato, espresso dalla giurisprudenza di legittimità per cui i messaggi rinvenuti sul *device* erano acquisibili al procedimento quale prova documentale, ex art. 234 c.p.p., e quindi soggetti alla comune disciplina, quanto al sequestro, nella ritenuta inapplicabilità delle modalità acquisitive previste dall'art. 254 c.p.p., modalità riferibili esclusivamente alla "corrispondenza" rettamente intesa e quindi ai soli messaggi in corso di spedizione o comunque avviati dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito¹³.

zioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus; in www.sistemapenale.it, 14 gennaio 2021; NICCOLINI, *Proporzionalità e adeguatezza in tema di sequestro probatorio anche informatico*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 536; UBERTIS, *Prova penale e proporzionalità*, *ivi*, 23 gennaio 2025.

¹¹ Cass., 3 febbraio 2022, n. 17878, Rv. 283302; Cass., 5 luglio 2024, n. 40145, inedita: la progressiva valorizzazione della riservatezza, quale attributo che attiene alla persona più che alla natura dell'informazione violata, condurrà verosimilmente al superamento di quel filone giurisprudenziale ad avviso del quale, dato il sequestro probatorio di un dispositivo elettronico, contenenti dati informatici, già restituito all'avente diritto in esito all'estrazione di copia forense, si reputa ammissibile la richiesta di riesame finalizzata alla verifica della proporzionalità del mezzo di ricerca della prova rispetto ai dati personali non rilevanti a fini investigativi nel solo caso in cui sia dimostrata la sussistenza di un interesse concreto ed attuale alla disponibilità esclusiva dei dati contenuti nella copia estratta (cfr., tra le altre, Cass., 10 settembre 2024, n. 37409, Rv. 286989; Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 40963, Rv. 270497).

¹² Intuibili, peraltro, le difficoltà applicative di un tale vaglio da parte della polizia giudiziaria che si trovi ad operare d'iniziativa nelle condizioni descritte, ad es., dagli artt. 352 e 354 c.p.p.

¹³ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 25 novembre 2015, n. 928, Rv. 265991; Cass., 12 novembre 2019, n. 1822, in

Nell'orizzonte segnato dal diritto vivente, l'intervento della Corte costituzionale, chiamata, come noto, a giudicare del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, con riguardo all'acquisizione da parte della procura della Repubblica di Firenze di messaggi riferibili a un senatore della Repubblica, in apparente violazione delle garanzie codificate dall'art. 68 Cost., ha rappresentato un radicale mutamento prospettico, estendendo espressamente - e in termini generali, indipendentemente quindi dal "soccorso" delle prerogative parlamentari - la tutela accordata alla corrispondenza ex art. 15 Cost. ai messaggi - e alla posta elettronica - già pervenuti al destinatario, letti e archiviati su un dispositivo, «*almeno fino a quando, per il decorso del tempo, la comunicazione non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento storico*»¹⁴.

La perentoria affermazione, pur salutata con favore dai commentatori, non sembra tuttavia sottrarsi a taluni rilievi critici, in quanto introduce un elemento obiettivamente dissonante nel sistema procedurale, compromettendone l'intima coerenza e intaccandone, attraverso una lettura ampliativa di garanzie costituzionali destinate a coabitare e dialogare con un tessuto procedurale ipernormato, alcune terminazioni nevralgiche. Nell'argomentare della Corte costituzionale è invero esplicita e ribadita l'estensione al contenuto stesso della corrispondenza delle garanzie tipizzate dall'art. 15 Cost.¹⁵, non limitabili alla sola fase della trasmissione dello scambio comunicativo, se non al prezzo di una inammissibile interpretazione riduttiva della disposizione costituzionale, inapplicabile alle più recenti forme di corrispondenza telematica in cui «*all'invio del messaggio segue immediatamente - o comunque senza uno iato temporale apprezzabile - la ricezione*» da parte del destinatario; ne consegue, nell'argomentare della Corte, la doverosa applicabilità delle modalità disciplinate, quanto all'apprensione dei contenuti comunicativi, dall'art. 254 c.p.p., quale norma attuativa della duplice riserva costituzionale, di legge e giurisdizione.

Rv. 278124; Cass., 16 marzo 2022, n. 22417, Rv. 283319. In dottrina, tra i più recenti contributi che riprendono questa impostazione, cfr. CORVI, *Le modalità di acquisizione dei dati informatici trasmessi mediante posta elettronica e applicativi di chatting: un rebus non ancora del tutto risolto*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2023, 220; TORRE, *WhatsApp e l'acquisizione processuale della messaggistica istantanea*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2020, 1283.

¹⁴ Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170: la sentenza riecheggia le parole di BARILE - CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 744. Tra i primi commenti, cfr., tra gli altri, DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, in *questa Riv.*, 2024; FONTANI, *La svolta della Consulta: la "corrispondenza telematica" è pur sempre corrispondenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1312.

¹⁵ A tacer d'altro, non altrimenti che con riguardo al contenuto della corrispondenza è dato apprezzarne l'attualità o meno, e, quindi, le "condizioni di escussione" delle garanzie poste dall'art. 15 Cost.

zione¹⁶.

Il principio affermato dal Giudice delle Leggi tuttavia, nella sua assolutezza, non sembra sottrarsi a taluni rilievi critici: nel quadro delineato dalla Corte, permeato dalla segretezza della corrispondenza - e, come detto, dei relativi contenuti -¹⁷, garanzia di diretta ed esplicita ascendenza costituzionale, non derogabile se non su *input* dell’Autorità giudiziaria ex art. 254 c.p.p., dovrebbe, per evidenti ragioni di coerenza di sistema, essere inibito alla polizia giudiziaria, così come al difensore in sede di investigazioni difensive, acquisire informazioni testimoniali da parte dell’uno degli interlocutori in merito a circostanze di cui sia venuto a conoscenza grazie alla corrispondenza intrattenuta con altri, quando di tali contenuti l’Autorità giudiziaria non sia già venuta a conoscenza nel rispetto delle modalità acquisitive di cui all’art. 254 c.p.p.: se è vero che la deposizione testimoniale non è equiparabile, nella capacità e profondità informativa, all’apprensione materiale della messaggistica, appare di immediata evidenza come la “testimoniabilità” - e la doverosità della prestazione della testimonianza¹⁸ - si traduca in una aperta violazione della segretezza del contenuto della corrispondenza, sguarnendo di effettività quella garanzia, pur solennemente proclamata dal Giudice delle leggi, e dimidiandone la portata fino a vanificarne di fatto la stessa azionabilità.

Ma, ampliando lo spettro visivo, l’affermazione della Corte costituzionale sembra alimentare ulteriori sospetti di irragionevolezza nel raffronto con la vigente disciplina procedurale; da un lato, appare evidente la dissimmetria tra il veicolo procedurale di acquisizione della corrispondenza, individuato dalla stessa Corte nell’art. 254 c.p.p., e le modalità di acquisizione dei cd. dati esteriori delle comunicazioni, soggetti a un iter procedurale incomparabilmente più garantito - sia con riguardo alla delimitazione dei reati che consentono l’acquisizione dei dati, che alla perimetrazione temporale del periodo di con-

¹⁶ La giurisprudenza di legittimità, all’indomani della pronuncia in commento, ha invero immediatamente richiamato la disciplina posta dall’art. 254 c.p.p. quale norma di riferimento ai fini del sindacato in merito alla legittimità o meno dell’acquisizione della messaggistica giacente sui *devices*: cfr., tra le altre, Cass., Sez. II, 15 maggio 2024, n. 25549, Rv. 286467; Cass., Sez. VI, 11 settembre 2024, n. 39548, Rv. 287039.

¹⁷ Invero una volta cessata la comunicazione, non sembra dubitabile che il principale interesse dei “corrispondenti” sia quello di preservarne la segretezza.

¹⁸ A meno di ipotizzare l’opponibilità, da parte del “corrispondente” escusso, di un segreto, di cui non vi è traccia nel sistema processuale, e che si giustificerebbe in ragione delle modalità, sia pur legittime, di provvista di un’informazione e non della natura dell’informazione - come di contro accade, ad esempio, con riguardo al segreto professionale, d’ufficio, di Stato, la cui opponibilità, e il dato appare significativo, è contemplata dal legislatore in ogni esperimento accertativo, dalle escussioni testimoniali ai mezzi di ricerca della prova -.

servazione dei dati stessi e alla previsione dell'autorizzazione all'acquisizione da parte del giudice -, a dispetto della minore invasività delle relative informazioni rispetto al disvelamento dei contenuti stessi della corrispondenza, apprensibili di contro nelle forme - semplificate - codificate dall'art. 254 cit. D'altro lato, per intuibili ragioni di coerenza sistematica, il principio affermato dalla Consulta dovrebbe estendersi anche alla corrispondenza cartacea già pervenuta e aperta dal destinatario¹⁹, in quanto anch'essa espressiva di un contenuto oggetto di immediata tutela costituzionale, ma non appare di agevole comprensione la ragione per cui l'evoluzione tecnologica nel campo delle comunicazioni - e le lacune che essa apre nel sistema di garanzie che assistono la corrispondenza telematica - giustifichi tale estensione.

La stessa nozione di corrispondenza posta dalla Corte costituzionale appare peraltro eccessivamente ampia: inquadrando sotto le insegne della corrispondenza «ogni comunicazione di pensiero umano tra due o più persone determinate attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza», vi sarebbero necessariamente riconducibili anche le comunicazioni a distanza che si realizzino attraverso lo scambio di biglietti ritirati ad intervalli concordati e in luoghi prestabiliti e riservati dai due corrispondenti così come il recapito di messaggi scritti che gli “interlocutori” affidino a un latore di fiducia. In realtà, una esatta delimitazione della nozione di corrispondenza, almeno ai fini che qui interessano, non può non valorizzarne il requisito, implicito, rappresentato dalla necessità che lo scambio comunicativo si realizzi tramite un operatore - sia esso postale, telefonico o telematico - e attraverso modalità che assicurino adeguate garanzie di riservatezza²⁰; in tale prospettiva, invero, si coglie pienamente la coerenza delle soluzioni legislative che, nel disciplinare le interferenze rispetto alla libertà e segretezza della corrispondenza, hanno costantemente avuto riguardo al momento della “trasmissione” dello scambio comunicativo da parte di un operatore, evidentemente ritenuto, nella complessiva

¹⁹ Corrispondenza che, quindi, non potrebbe essere sequestrata dalla polizia giudiziaria nelle ipotesi in cui proceda d'iniziativa, ma che dovrebbe essere trasmessa al pubblico ministero perché ne valuti la sequestrabilità. Cfr., quanto all'affermazione per cui non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p. bensì quella ordinaria in materia di sequestro, con riguardo a lettere o pieghi non ancora avviati dal mittente al destinatario o già ricevuti da quest'ultimo, Cass., Sez. I, 23 aprile 2014, n. 24919, Rv. 262303.

²⁰ Non è del resto inopportuno ricordare come lo stesso diritto eurounitario distingua i due momenti - quello dinamico, della “trasmissione” della corrispondenza, e quello statico, della conservazione dei relativi contenuti da parte dell'utente-, disciplinandone gli aspetti procedurali in due distinti plessi normativi, quali, per l'uno, la direttiva 2002/58, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e per l'altro, la direttiva 2016/680, sulla quale cfr. *infra* nel testo.

dinamica comunicativa, il momento di maggiore vulnerabilità, quanto all'indebita apprensione dei contenuti oggetto di comunicazione, e quindi di maggiore criticità, quanto alla violazione dell'affidamento riposto dal mittente nella riservatezza della comunicazione: la disciplina posta dagli artt. 266 e ss. c.p.p., in materia di intercettazione di comunicazioni telefoniche e telematiche, al pari di quella posta dall'art. 254 c.p.p., quanto al sequestro della corrispondenza postale, appaiono emblematiche della polarizzazione legislativa sul momento dinamico della fattispecie comunicativa, quale solo momento di potenziale frizione con il presidio costituzionale della inviolabilità della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione. In altri termini, il legislatore, nell'attuare le garanzie costituzionali in materia, le ha riferite alle sole condizioni di esercizio delle relative libertà, assicurandone l'inviolabilità, al contempo disinteressandosi di introdurre eventuali clausole di riservatezza, in merito ai contenuti oggetto dello scambio comunicativo, una volta che questo sia terminato, nella implicita consapevolezza che la relativa diffusione da parte degli interlocutori sfugga generalmente al nucleo delle garanzie costituzionali²¹. La stessa disciplina in materia di acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni telefoniche sembra del resto inquadrarsi coerentemente entro la descritta prospettiva funzionale, volta, come detto, a preservare da ingerenze l'azione comunicativa riguardata nel suo svolgersi: i dati di traffico, invero, sono automaticamente generati - e quindi conservati dall'operatore - contestualmente alla comunicazione, interessando, quindi, il momento di maggiore criticità dello scambio comunicativo, attentandone alla segretezza - sia pure con riguardo alla sola identificabilità delle utenze interessate - circostanza che se da un lato giustifica il particolare rigore della disciplina che ne regola l'acquisizione, dall'altro sembrerebbe giustificare, teoricamente, la previsione di modalità diverse di acquisizione di quegli stessi dati, quando non si realizzino attraverso la consultazione degli archivi dell'operatore telefonico ma, ad es., attraverso la consultazione del registro delle chiamate presente sul *device*. La maggiore invasività delle "intrusioni" che interessino il momento comunicativo, colto nel suo svolgimento, rispetto a quelle che si limitino a sequestra-

²¹ In tal senso, appaiono quanto mai attuali le considerazioni di Cass., Sez. un, 28 maggio 2003, n. 36747, non massimata sul punto, ad avviso delle quali, con riguardo alle conversazioni telefoniche, una volta «*esauritosi il rapporto tra il comunicante ed il destinatario, residua solo un fenomeno di diffusione della notizia da parte di chi legittimamente l'ha acquisita, il quale potrà, salvo che una specifica norma dell'ordinamento gliene faccia divieto, comunicare a terzi la notizia ricevuta e, più specificamente, nell'ambito del processo, potrà deporre come testimone su quanto gli è stato riferito*»; l'affermazione è stata reiteratamente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. tra le più recenti Cass., Sez. II, 18 dicembre 2024, n. 108, inedita; Cass., Sez. VI, 26 maggio 2024, n. 26260, inedita.

re i contenuti comunicativi pregressi e giacenti sui *devices*, rende i due atti acquisitivi, a dispetto dell'apparente affinità, profondamente dissimili, le prime, consentendo una presa di cognizione in tempo reale da parte dell'autorità investigante dei contenuti comunicativi e all'insaputa dei soggetti interlocutori, realizzano una forma di intrusione - anche con riguardo alle immediate iniziative investigative che le attività captative in essere possono sollecitare - certamente più invasiva e proficua rispetto all'acquisizione, successiva e palese, dei contenuti delle comunicazioni - che peraltro potrebbero essere irrimediabilmente cancellati dal dispositivo acquisito -: apparirebbe quindi francamente discutibile, in ragione della ontologica incomparabilità dei due strumenti acquisitivi, l'estensione alla generalità dei consociati dell'argomento *ad absurdum* speso dalla Corte costituzionale che, nell'estendere, con riguardo alle prerogative parlamentari, alla messaggistica giacente sui *devices* le tutele di cui agli artt. 15 e 68 Cost., giustificava tale conclusione alla luce della considerazione per cui sarebbe altrimenti «agevole per gli organi inquirenti eludere l'obbligo costituzionale di autorizzazione preventiva [ex art. 68 Cost.]: anziché captare le comunicazioni nel momento in cui si svolgono, basterebbe attenderne la conclusione (che nel caso dei messaggi elettronici è peraltro pressoché coeva), per poi sequestrare il dispositivo in cui vi è traccia del loro contenuto»²².

Alla luce delle criticità esposte, appare soluzione interpretativa non agevolmente praticabile slegare il *dictum* della Corte costituzionale dalla sede che gli era propria - quale momento di composizione di un conflitto tra poteri dello Stato, nella cui economia decisoria, in effetti, assumeva un rilievo centrale l'attualizzazione delle guarentigie parlamentari -, e trarne conclusioni generalizzabili - ed applicabili *erga omnes* - nel segno della estensione delle garanzie poste dall'art. 15 Cost. alla corrispondenza pregressa e giacente sui *devices*, estensione che peraltro esporrebbe il sistema a un pericoloso vuoto normativo, in quanto non sembra rinvenirsi nella trama del codice procedurale una disposizione che traduca effettivamente in atto la riserva di legge e di giurisdizione codificata dalla norma costituzionale, non potendo soccorrere, a dispetto di quanto ritenuto dalla stessa Corte costituzionale - e dalla giurisprudenza di legittimità successiva²³ -, la disciplina di cui all'art. 254 c.p.p. che, all'evidenza, è norma dettata per la corrispondenza cartacea in corso di spedizione e non sembra estensibile alla corrispondenza elettronica già archiviata

²² Corte cost., 27 luglio 2023, cit.

²³ Cass., Sez. VI, 11 settembre 2024, n. 39548, Rv. 287039; Cass., Sez. II, 15 maggio 2024, n. 25549, Rv. 286467.

dagli interlocutori se non al prezzo di una interpretazione analogica, poco agevole in una materia coperta da riserva di legge - e di giurisdizione- .

Peraltro, l'esatto "ancoraggio" costituzionale dell'acquisizione dei contenuti comunicativi memorizzati sui *devices* non è tema di esclusivo interesse teorico, derivandone conseguenze disciplinari di non poco momento, con riguardo, ad esempio, alla praticabilità o meno di iniziative acquisitive d'ufficio da parte della polizia giudiziaria, iniziative, che, come noto, l'art. 15 Cost. - a differenza di quanto previsto per le ingerenze domiciliari o le limitazioni della libertà personale²⁴ - non contempla e che esporrebbero a un plausibilissimo sospetto di costituzionalità le iniziative legislative che - come il disegno di legge Zanettin-Bongiorno (cfr. *infra*) - le prevedessero.

3. *L'acquisizione dei contenuti dei devices e lo sguardo all'Europa: non solo "corrispondenza"*. L'acquisizione dei contenuti comunicativi giacenti sui *devices* è in ogni caso un tema che non può essere eluso, attese le correnti e comuni prassi investigative, e che anzi merita di essere riguardato da una prospettiva più ampia che consideri l'intera messe di dati giacenti sui dispositivi informatici e telefonici e non solo i dati relativi alle comunicazioni intrattenuate e di cui il dispositivo abbia conservato memoria²⁵.

Le specificità dei *devices* invero attengono da un lato alla insostituibilità che, nella società digitale, hanno assunto, quali mezzi di espressione della persona-

²⁴ La specificità si giustifica, ad avviso di autorevole dottrina, in ragione della fisionomia degli interventi limitativi della libertà e della segretezza delle comunicazioni, che, da un lato, coinvolgono sempre altri soggetti oltre all'inquisito, e, dall'altro, avvengono all'insaputa di quest'ultimo: CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 2; CARETTI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubb.*, 1989, 202; LOSURDO, *Nucleo essenziale della libertà di comunicazione e riserva di giurisdizione. Esiste un "diritto al mezzo"?*, in *Giur. cost.*, 2023, I, par. 4. Accanto a queste ragioni, che pure paiono condivisibili, non sembra estranea alla scelta del costituente anche la considerazione per cui ben difficilmente l'apprensione della corrispondenza in transito, nella fisionomia eminentemente cartacea che allora assumeva, avrebbe potuto manifestare ragioni di urgenza, nella repressione e prevenzione dei reati, giustificative di interventi *in continenti* della polizia giudiziaria, assimilabili a quelli per contro previsti con riguardo alle limitazioni della libertà personale e domiciliare.

²⁵ La capacità informativa dei dati riversati sui *devices*, invero, è tale, nelle iniziative investigative, da renderne l'acquisizione una soluzione spesso indispensabile e di maggiore proficuità anche rispetto al più invasivo degli strumenti acquisitivi codificati, quali le intercettazioni, posto che le comunicazioni spesso avvengono, soprattutto in contesti di criminalità organizzata, attraverso piattaforme non vulnerabili in tempo reale dagli inquirenti attraverso le comuni tecnologie captative, lasciando tuttavia traccia di sé sui dispositivi utilizzati: delle difficoltà di violare le conversazioni scambiate su piattaforme criptate vi è sensibile eco nella giurisprudenza di legittimità in materia di criptofonini, giurisprudenza al momento stabilizzatasi a seguito di Cass., Sez. un., 29 febbraio 2024, nn. 23755 e 23756: in tema, cfr. DANIELE, *Le sentenze "gemelle" delle sezioni unite sui criptofonini*, in www.sistemapenale.it, 17 luglio 2024, nonché PUJIA, *L'acquisizione della messaggistica criptata conservata su server straniero tra classificazioni concettuali e divergenze giurisprudenziali*, in *questa Riv. web*, 2024.

lità e di fruizione delle applicazioni che hanno digitalizzato l'esperienza quotidiana di vita di ciascun utente, in ragione delle innumerevoli possibilità di interazione comunicativa, ricreativa, lavorativa e professionale che i dispositivi offrono, dall'altro, alla capacità di stoccaggio dei dati, tale da restituire, come ricordato, una fedele campionatura della personalità dell'utente²⁶: i due aspetti, evidentemente connessi, sottolineano la duplicità degli interessi sottesi al tema della sequestrabilità dei dispositivi, la cui ablazione compromette la disponibilità, da parte dell'interessato, di uno strumento di interazione digitale, al contempo consegnando agli inquirenti una "fotografia" della personalità stessa dell'utente. Dei due interessi, il solo che sembra rilevare, in quanto interessa immediatamente e intuibilmente la pretesa all'invulnerabilità della propria sfera di riservatezza da parte del destinatario del provvedimento ablativo, è il secondo; la - invero momentanea - indisponibilità del *device* è, di contro, un pregiudizio che si traduce comprensibilmente in un disagio per l'utente ma che non sembra discostarsi dalla comune afflittività dei sequestri, quali atti di spossessamento, tanto più che le funzionalità del dispositivo sequestrato ben possono essere ripristinate attraverso un nuovo dispositivo che sostituisca il primo²⁷. Può quindi affermarsi che le - sole - ragioni di tutela attengano al contenuto infungibile del dispositivo e non al dispositivo in quanto tale. In tale prospettiva sembra di poter affermare che l'acquisizione dei *devices* - e in specie dei dispositivi telefonici - prospetti criticità almeno in parte sovrapponibili alle tradizionali intrusioni domiciliari: in entrambe le fattispecie si consuma una frontale violazione degli "spazi" in cui si organizza e si esprime la personalità del soggetto, nell'impossibilità, peraltro - in particolare per quanto riguarda le acquisizioni dei dispositivi -, di filtrare l'acquisizione e limitarla ai soli contenuti rilevanti ai fini della prova del reato per cui si procede²⁸; tali

²⁶ Si è efficacemente osservato come il sequestro dello smartphone aggredisca l'intimità individuale, morale e, più ampiamente, la dignità della persona: MURRO, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Milano, 2024, 208.

²⁷ In effetti, il sequestro del dispositivo non intacca il "diritto al mezzo", sempre sostituibile, come invece accadeva nella disciplina in materia di cd. avviso orale rafforzato, per cui, in base all'art. 3, comma IV, cod. antimafia, il Questore poteva intimare al destinatario dell'avviso l'inibizione al possesso o all'uso di qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, espressione ricomprendente, nell'interpretazione del diritto vivente, anche i telefoni cellulari, disciplina ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale, in quanto non rispettosa della riserva di giurisdizione ex art. 15 Cost., interessando la libertà di comunicazione e comprimendone una delle principali modalità di esercizio (Corte cost., 12 gennaio 2023, n. 2, in *Giur. cost.*, 2023, 18 e ss.).

²⁸ In merito ai rischi di un sequestro *omnibus*, cfr. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *www.sistemapenale.it*, 14 gennaio 2021; DEL GIUDICE, *La Cassazione sul sequestro probatorio informatico: non si guardi al contenitore ma al contenuto*, in *Foro it.*, 2021, 416.

aspetti, ad avviso di chi scrive, sorreggono la conclusione per cui le cautele che doverosamente circondano l'acquisizione dei *devices* si giustificano in ragione del *quomodo* e quindi della indiscriminata pervasività delle modalità di intrusione nell'altrui spazio digitale che essa realizza²⁹ - superiori, se non altro per la vastità e l'ampiezza cronologica dei dati, rispetto all'invasività tipica delle tradizionali perquisizioni domiciliari - e non, se non indirettamente, per la riservatezza dei contenuti³⁰, rispetto ai quali quindi - rispondendo all'obiezione che si è poc'anzi mossa alla richiamata sentenza della Corte costituzionale - è certamente consentita la testimonianza di colui che li abbia legittimamente appresi, così come non è opponibile la inviolabilità del domicilio - e la riservatezza di quanto vi avviene - da parte del teste che sia venuto a conoscenza di una circostanza rilevante per avervi assistito all'interno di un ambiente domiciliare³¹. Il rilievo centrale delle modalità acquisitive ai fini dello statuto delle garanzie applicabili si apprezza, del resto, dallo stesso principio di proporzionalità, che, come noto, presiede al bilanciamento tra i diritti fondamentali e le ingerenze investigative³²: nella cogente indicazione a preferire il mezzo di minore intrusività, tra gli strumenti che manifestino il medesimo grado di idoneità quanto all'acquisizione dei dati informativi di interesse, si coglie - fermi, evidentemente, i limiti posti dalle norme in materia di segreto - il non prioritario rilievo del contenuto dei dati, i quali, per definizione, sono comunque attingibili attraverso il mezzo di minore dispendiosità, quanto al sacrificio dell'altrui sfera di riservatezza.

Nell'inapplicabilità, per le ragioni ampiamente esposte, delle tradizionali categorie costituzionali in tema di libertà e segretezza della corrispondenza e delle

²⁹ Non appare invero secondario il rilievo per cui le acquisizioni digitali di cui si discute, similmente del resto, alle intercettazioni, non consentono di norma una selezione preventiva dei contenuti rinvenibili che limiti l'effettiva acquisizione ai soli contenuti rilevanti ai fini investigativi, veicolando quindi al procedimento una mole di dati, in larga parte, non correlabili a esigenze probatorie.

³⁰ Del resto, a testimonianza del rilievo dell'atto "espropriativo", nell'economia funzionale del procedimento acquisitivo, soccorre la considerazione per cui, nel momento in cui si acquisisce il dispositivo, ne è ignoto il contenuto.

³¹ Tale prospettiva funzionale, del resto, sembra accordarsi con l'elaborazione giurisprudenziale eurounitaria che, nello scrutinare le condizioni in presenza delle quali gli atti investigativi devono essere assistiti dalle più stringenti garanzie della "riserva di legge e giurisdizione", richiamano, costantemente, il duplice profilo della ingerenza -intesa quale accesso a un "dominio" reale o virtuale espressivo delle libertà fondamentali del cittadino, quale nella specie la libertà digitale (cfr. *infra*)- e della natura e analiticità delle informazioni ricavabili dall'atto ingerente: in tema, cfr., di recente, PARODI, *La "gravità dell'ingerenza" nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di data retention*, in www.sistemapenale.it, 7 marzo 2025.

³² Sui rapporti tra proporzione e sequestri digitali cfr., per tutti, CASCONI, *Il sequestro informatico nel prisma del principio di proporzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 123.

altre forme di comunicazione - che guardano propriamente al momento dinamico della complessa fenomenologia comunicativa e che del resto si rivelerebbero insufficienti a “coprire” i dati non strettamente comunicativi presenti sui dispositivi -, l’acquisizione dei *devices* e in specie dei dispositivi telefonici, ad avviso di chi scrive, evoca l’inviolabilità della libertà digitale del soggetto e secondariamente - a fronte delle modalità intrusive tipiche dei provvedimenti acquisitivi - il rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali, quali interessi meritevoli di tutela in una prospettiva non solo costituzionale, in relazione all’art. 2 Cost., ma anche sovranazionale in relazione in specie agli artt. 7 e 8 C.D.F.U.E. - e 8 C.E.D.U. -³³. La dimensione interordinamentale della problematica interessa in specie, per quanto rileva nella presente sede, la direttiva (UE) 2016/680, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali; il tenore della direttiva denuncia la profonda inadeguatezza della disciplina domestica relativa all’acquisizione del contenuto dei *devices*, o almeno dei dispositivi telefonici, che, come ricordato, allo stato la giurisprudenza è ancora all’art. 254 c.p.p., e che - in una prevedibile riedizione del contrasto tra ordinamenti che si era aperto e che si era trascinato per anni con riguardo al limitrofo tema dell’acquisizione dei tabulati telefonici³⁴ - elude almeno due dei requisiti regolamentari discendenti dalla legislazione eurounitaria in riferimento, in specie, alla omessa previsione della natura o delle categorie dei reati che legittimano l’apprensione dei *devices* e alla omessa previsione dell’esclusiva competenza giurisdizionale quanto all’adozione del provvedimento acquisitivo³⁵.

4. *Il disegno di legge Zanettin-Bongiorno: criticità e opportunità.* In tale con-

³³ Appare istruttiva in materia l’esperienza dell’ordinamento tedesco, che, attraverso l’elaborazione giurisprudenziale, ha codificato e tipizzato, tra i nuovi diritti, quelli all’autodeterminazione informativa e all’uso confidenziale dei sistemi digitali, ponendoli alla base dei giudizi di proporzionalità che quella Corte costituzionale è stata chiamata a scrutinare con riguardo alle pratiche investigative che li comprimessero: NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle slide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 8.

³⁴ Sul punto, con riguardo alla varietà degli orientamenti emersi in sede applicativa, circa i riflessi delle pronunce del giudice eurounitario, cfr. per tutti LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in www.sistemapenale.it, 31 maggio 2021.

³⁵ Cfr. Corte giust., Grande sezione, 4 ottobre 2024, CG c. Bezirkshauptmannschaft, C-548/21; per un primo commento, cfr. DINACCI, *Sequestro di dispositivi informatici: imposizioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria*, in questa *Riv. web*, 2025 n. 1.

testo si coglie da un lato l'urgenza dall'altro l'insufficienza del disegno di legge Zanettin-Bongiorno - d.d.l. A.S. n. 806 -, licenziato dal Senato della Repubblica in data 10 aprile 2024 e attualmente all'esame della Camera, che introduce una specifica disciplina, destinata a regolare il sequestro di «*dispositivi e sistemi informatici o telematici e di memorie digitali*»³⁶; la proposta di legge, il cui *iter* subiva una inevitabile accelerazione e una sostanziale *emendatio* dei contenuti³⁷ a seguito della richiamata sentenza della Corte costituzionale, se per taluni aspetti conforma l'ordinamento interno alle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, perimetrando i reati in relazione ai quali è possibile procedere all'acquisizione dei contenuti comunicativi giacenti sui *devices* e riconoscendo al giudice - in via tendenzialmente esclusiva - la legittimazione attiva alla disposizione del sequestro dei dispositivi, d'altro lato denuncia la propria insufficienza rispetto al quadro regolamentare eurounitario in quanto, focalizzandosi, sulla scia dell'eco anche mediatica della ricordata pronuncia della Corte costituzionale, sull'apprensione dei contenuti comunicativi - e quindi della messaggistica giacente sui dispositivi - trascura di regolamentare adeguatamente l'apprensione dei contenuti non comunicativi, in quanto se pur prevede rispetto ad essi l'intervento del giudice - che valga ad assicurare, da un lato, il rispetto della proporzionalità e dall'altro a scongiurare che l'acquisizione risponda a finalità istruttorie puramente esplorative - non stila un elenco dei reati in relazione ai quali è consentita l'acquisizione di quei contenuti, richiamando esclusivamente il principio di proporzionalità (art. 254 *ter*, comma I, c.p.p., nel testo licenziato dal Senato)³⁸. Limitando l'esame della proposta di legge ai soli aspetti inerenti l'acquisizione dei contenuti comunicativi e in specie, guardando all'urto che essa produrrà nell'applicazione giurisprudenziale, emerge in primo luogo la ridondante laboriosità del relativo iter procedurale: la norma di cui all'art. 254 *ter* c.p.p., invero, prevede che al provvedimento di sequestro del *device* - come detto adottato dal giudice per

³⁶ Per un primo commento, cfr. MURRO, *Prospettive in tema di sequestro dello smartphone: le novità approvate dal Senato*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1619 ss.; ALBANESE, *La "nuova" corrispondenza nel processo penale, tra recenti sviluppi giurisprudenziali e scenari de lege ferenda*, *ivi*, 1517 ss.

³⁷ Il raffronto tra la versione originaria della proposta di legge e quella approvata dall'Aula è consultabile al link www.senato.it.

³⁸ Peraltro, se il principio di proporzionalità si declina, *in subiecta materia*, anche nella tendenziale preferenza per le iniziative investigative che, a parità informativa, assicurino una minore invasività, non sembra azzardato ritenere che la riformulazione della *regula iuris* sottesa al rinvio a giudizio, nel riferirsi alla ragionevole previsione di condanna, abbia introdotto una variabile non influente ai fini del giudizio di proporzionalità, in ragione della superiore affidabilità conoscitiva e dimostrativa - predittiva di un esito processuale ragionevolmente orientato nel senso della condanna - delle acquisizioni di cui si discute rispetto ai tradizionali mezzi di prova e, in specie, rispetto alle prove di natura testimoniale.

le indagini preliminari su impulso del pubblico ministero -³⁹ segua, a firma di quello stesso giudice e su nuova richiesta del pubblico ministero, a valle delle operazioni di duplicazione dei contenuti del *device*, un ulteriore provvedimento acquisitivo dei contenuti comunicativi eventualmente giacenti sul dispositivo; la norma richiama, quali parametri valutativi ai fini dell'acquisizione di quei contenuti, gli artt. 266, comma I, e 267, comma I, c.p.p.: se l'estensione della disciplina in materia di intercettazioni appare apprezzabile nella delimitazione dei reati, istituendo una piena corrispondenza tra i reati per cui possono essere disposte le operazioni di intercettazione e i reati per cui può procedersi al sequestro della messaggistica pregressa, non sembra di contro esente da critiche il richiamo, ai fini dell'acquisizione della messaggistica, alla gravità indiziaria; posto che il contenuto dei messaggi è noto agli inquirenti nell'atto in cui se ne chiede l'acquisizione al giudice per le indagini preliminari - in ragione delle pregressa duplicazione dei contenuti del *device* -, il solo criterio di ingresso di quei contenuti nel procedimento dovrebbe attere alla relativa rilevanza rispetto al reato per cui si procede, in linea del resto con l'impostazione seguita dal codice di rito, che, nella contigua materia delle intercettazioni, nel disciplinarne la circolazione extraprocedimentale, quanto alle captazioni già effettuate, contempla il solo requisito della rilevanza ai fini della prova del diverso reato e non anche la preesistente gravità indiziaria delle provviste probatorie (art. 270 c.p.p.): in altri termini, se la gravità indiziaria è requisito selettivo destinato ad operare nella fase in cui si discute della violabilità dell'altrui sfera di riservatezza, riparando dal rischio di intrusioni esplorative, nella diversa e successiva fase dell'utilizzabilità dei contenuti legittimamente acquisiti, dovrebbero rilevare i soli criteri di rilevanza dei dati acquisiti; non sembra quindi azzardato proporre una lettura riduttiva del richiamo che l'art. 254 *ter* c.p.p. opera all'art. 267, comma I, c.p.p., e riferirlo al solo requisito dell'assoluta indispensabilità⁴⁰ dei contenuti comunicativi ai fini della prova del reato *de quo*, e non anche alla grave provvista indiziaria rispetto a quello stesso reato. In ogni caso, la scarsa ragionevolezza del brutale innesto della disciplina specificamente destinata all'autorizzazione delle ope-

³⁹ In tale prospettiva, segnata sin dall'inizio dal provvedimento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari, non sembrano cogliere pienamente nel segno le critiche mosse al disegno di legge da autorevole dottrina, che denuncia l'irragionevolezza della previsione del solo decreto del pubblico ministero ai fini dell'acquisizione di dati che manifestino analogia se non superiore invasività -con riguardo, ad esempio, a files multimediali eventualmente riversati sul dispositivo- rispetto a quelli oggetto di corrispondenza: CAMON, *I confini mobili delle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 238.

⁴⁰ Ovvero alla sola necessità investigativa, con riguardo ai reati oggetto della procedura derogatoria delimitata dall'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con mod., nella L. 12 luglio 1991, n. 203.

razioni di intercettazioni in una materia non del tutto assimilabile ad essa sembra emergere anche dalla considerazione per cui i requisiti di ingresso della “prova comunicativa”, quanto al reato oggetto del procedimento principale, finiscono per essere più stringenti di quelli previsti per i reati diversi, in ragione dell’espresso richiamo alla disciplina di cui all’art. 270 c.p.p.: viene a comporsi, invero, un quadro regolamentare apparentemente schizofrenico per cui le conversazioni riferibili al reato “principale” sono acquisibili - ed utilizzabili - esclusivamente laddove consti la gravità indiziaria e l’assoluta indispensabilità dell’acquisizione dei contenuti comunicativi ai fini della prova, mentre, con riguardo ai reati diversi, le conversazioni potenzialmente rilevanti sono acquisibili laddove risultino rilevanti e indispensabili, indipendentemente dalla gravità indiziaria. Tale distonia non sembra, del resto, ricomponibile alla luce della considerazione per cui la disciplina posta dall’art. 270 c.p.p. è applicabile esclusivamente ai reati per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza - la cui gravità, quindi, giustifica in astratto una maggiore duttilità nell’alimentazione della relativa provvista probatoria -, attesa la pressoché integrale riconducibilità dei reati ad arresto obbligatorio al catalogo di cui all’art. 266 c.p.p. e, quindi, la non eccezionalità della disciplina di minor rigore. Come anticipato, le ragioni di tale aporia risiedono nella scelta del disegno di legge di trasferire i requisiti previsti in tema di autorizzabilità delle operazioni di intercettazione al distinto versante dell’utilizzabilità dei dati comunicativi acquisiti, smarrendo, quindi, il ragionevole equilibrio che il legislatore processuale ha, di contro, realizzato nella materia delle intercettazioni *stricto sensu* intese, la cui disciplina, come noto, detta regole diversificate quanto alle condizioni di autorizzabilità delle operazioni e alle condizioni di utilizzo dei risultati captativi, prevedendo, con riguardo all’utilizzo delle conversazioni, che esse siano utilizzabili ai fini della prova del reato principale - e di quelli ad esso connessi - quando non siano irrilevanti (art. 268 c.p.p.), e che siano invece utilizzabili, ai fini della prova dei reati diversi, quando siano rilevanti e indispensabili e si riferiscano a reati per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza (art. 270 c.p.p.), così compensando, quanto ai “reati diversi”, sul piano della gravità del reato e di più stringenti requisiti di rilevanza, il *deficit* di garanzia implicito nell’assenza di un precedente e specifico vaglio, da parte del giudice, circa le condizioni di autorizzabilità delle operazioni.

Ancora con riguardo alla gravità indiziaria, cui, come detto, nel disegno di legge è subordinata l’acquisibilità del materiale comunicativo probatoriamente rilevante, deve ritenersi che, in ragione della natura progressiva e bifasica del subprocedimento acquisitivo, essa possa apprezzarsi anche alla luce degli

elementi acquisiti in seguito all'analisi ed all'estrapolazione dei contenuti non comunicativi presenti sul dispositivo (ad es., dalla consultazione delle foto raccolte nella galleria delle immagini o dai dati di geolocalizzazione o di navigazione memorizzati sul *device*), che contrassegnano e concludono il primo stadio dell'esplorazione del dispositivo di interesse; la gravità indiziaria, del resto, è requisito probatorio che, in linea con l'analogo requisito in materia di intercettazioni, deve preesistere all'acquisizione dei contenuti comunicativi, non potendo discendere dal diretto apprezzamento del contenuto delle conversazioni acquisite, se non al prezzo di vanificare la portata selettiva del requisito.

A fronte di un subprocedimento a fasi progressive quale delineato dal disegno di legge, è prevedibile che la giurisprudenza, laddove il disegno di legge sia definitivamente approvato nel testo licenziato dal Senato, sarà chiamata a confrontarsi circa la legittimità o meno delle acquisizioni dei contenuti comunicativi giacenti sui dispositivi - per le quali, come detto, il legislatore indica i reati "procedibili", sia pure richiamando l'art. 266 c.p.p. - a valle di provvedimenti acquisitivi dei dispositivi che, pur a firma di un giudice, non rispettano i vincoli eurolunitari, in difetto, in particolare, della predeterminazione, da parte del legislatore, dei reati per i quali sia consentito procedere alla acquisizione del dispositivo stesso: sul punto, sembra sufficiente richiamare, a validare le acquisizioni dei contenuti comunicativi, la consolidata giurisprudenza di legittimità⁴¹ e financo costituzionale, in merito alla intrasmissibilità della sanzione della inutilizzabilità agli atti conseguenti a quelli affetti dal vizio⁴².

Dal confronto tra le versioni del disegno di legge che si sono succedute nell'elaborazione parlamentare del testo⁴³, spicca la totale espunzione di ogni riferimento - pure presente nella versione iniziale del disegno di legge - alla doverosità di una analitica esposizione, in seno al decreto di sequestro, dei dati e delle informazioni ricercande e dei criteri da seguire nell'analisi dei dati giacenti sul *device*; il silenzio del disegno di legge sul punto e la considerazione che il relativo profilo sia stato consapevolmente estromesso dal testo licenziato dall'Aula giustificano la conclusione che il legislatore abbia ritenuto le cautele introdotte con il disegno di legge un corredo di garanzie tali - nel richiamo al principio di proporzionalità (sia pure nella fase autorizzativa e non

⁴¹ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, Rv. 204643; in senso conforme, successivamente, *ex multis*, cfr. Cass., Sez. II, 10 gennaio 2020, n. 16065, Rv. 278996; Cass., Sez. III, 8 gennaio 2025, n. 5682, non massimata.

⁴² Così Corte cost., 9 maggio 2022, n. 116; Corte cost., 26 novembre 2020, n. 252; Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219.

⁴³ Cfr. il link in nota 37.

nella fase acquisitiva) e nella previsione dell'intervento del giudice - da rendere superflui gli accorgimenti che l'elaborazione giurisprudenziale sta progressivamente codificando sul piano della selezione e dei criteri di selezione dei contenuti "estraibili" dai dispositivi.

Infine, come ricordato, il testo licenziato dal Senato, nel riscrivere, parzialmente, gli artt. 352, 354 e 355 c.p.p., contempla espressamente la possibilità che al sequestro dei dati inerenti alle comunicazioni, conversazioni e corrispondenza possa procedere la polizia giudiziaria, nelle ipotesi ivi espressamente previste, con successiva trasmissione dei verbali al pubblico ministero perché entro le quarantotto ore successive all'esecuzione del sequestro investa il giudice ai fini della convalida e dell'emissione del decreto di sequestro: se la previsione di un intervento, nell'urgenza, da parte della polizia giudiziaria, non si espone a sospetti di legittimità costituzionale, nei limiti in cui si scorga nella riservatezza dello spazio di libertà digitale il "bene" violato dall'ingerenza della polizia giudiziaria, di contro, nella prospettiva interpretativa tracciata dalla Corte costituzionale, quella previsione si esporrebbe a plausibilissimi dubbi di legittimità costituzionale, interessando una libertà, quella di corrispondenza, che non sembra tollerare, per espressa previsione costituzionale, compressioni, neppure temporanee, da parte della polizia giudiziaria.