

## QUESTIONI APERTE

---

### Sequestro probatorio

#### La decisione

**Sequestro probatorio - *Fumus commissi delicti* - *Periculum in mora* - Principio di proporzionalità** (C.E.D.U., art. 8; TUE, art. 5; Cost. art. 117; C.p.p., artt. 253 e 321).

*Il decreto che dispone il sequestro probatorio del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato deve essere corredato di specifica motivazione che consenta un adeguato controllo sulla legalità dell'atto e sulla durata del provvedimento stesso. Inoltre, il giudice deve motivare in ordine alla sussistenza del rapporto di proporzionalità tra le finalità probatorie-cautelari e la tutela dei diritti individuali coinvolti.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 29 maggio 2024 (ud. 22 febbraio 2024), n. 21089 - CALVANESE, *Presidente* - SILVESTRI, *Estensore*.

#### La proporzionalità ha fatto carriera<sup>1</sup> (anche tra le misure ablative)

Il dato informatico costituisce un bene giuridico suscettibile di sequestro, ne deriva la legittima aspettativa dell'interessato al rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità. La sentenza in commento ha offerto uno spunto per esaminare i recenti approdi della Suprema Corte di Cassazione sull'argomento, puntando il riflettore sul ruolo del giudice, il quale è chiamato ad un esame rigoroso nell'applicazione di misure profondamente invasive della sfera della riservatezza dell'individuo.

*Proportionality has moved up (even among ablative measures)*

*The digital data represents a legal interest susceptible to seizure, hence the legitimate expectation of the interested party to the respect of the principles of proportionality, adequacy and graduality. The judgment in review offered a cue to examine the Supreme Court of Cassation's recent landmarks on the subject, casting the spotlight on the role of the judge, who is called upon to rigorously evaluate the application of measures that are profoundly invasive of an individual's privacy.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso. 2. La disciplina applicativa dei sequestri. 3. Il principio di proporzionalità. 4. Osservazioni conclusive: indagini, dati digitali e proporzionalità.

1. *Il caso.* La nota a sentenza riguarda una recente pronuncia della Sesta sezione penale della Suprema Corte di Cassazione la quale, sulla scia di una rinsaldata giurisprudenza, ha censurato l'eccessiva genericità di due provvedimenti di sequestro aventi ad oggetto diversi apparecchi informatici, convalidati dal Tribunale di Pescara nell'ambito di un procedimento per i reati di calunnia, diffamazione e minaccia.

---

<sup>1</sup> SHLINK, in *Proportionality*, in *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, 2013, 727.

Le doglianze difensive riguardavano la valutazione compiuta dal Tribunale sul requisito del *fumus* e la corretta applicazione dei criteri di proporzionalità e adeguatezza in relazione ai dati digitali necessari per le indagini.

Si evidenziava, tra l'altro, che i decreti del pubblico ministero non facevano neppure menzione del nesso di pertinenza tra i beni sequestrati e i reati per cui si procedeva. Era altrettanto assente la specificazione delle operazioni tecniche a cui sarebbero stati sottoposti gli apparecchi informatici, così come l'indicazione dei tempi indispensabili per effettuare la selezione dei dati di interesse per la vicenda. Il caso ha offerto significativi spunti su cui soffermarsi, tra cui la decisione dell'annullamento con rinvio.

1.2 *La scelta dell'annullamento con rinvio.* Il Collegio ha, difatti, ritenuto che i provvedimenti in questione dovessero essere annullati in considerazione di un palese *vulnus* motivazionale e per colmarlo rinviava ad un nuovo giudizio del Tribunale per l'applicazione dei principi consolidati in materia.

L'esame delle censure consente *in primis* una puntualizzazione, in quanto sussiste un interesse inderogabile a prevenire, in casi di tale specie, una prassi oltremisura incentrata sul fatto specifico<sup>2</sup>. Si consideri che i Giudici di legittimità avevano già risolto questioni dal simile tenore con l'annullamento senza rinvio, ordinando pure il dissequestro dei beni avvinti<sup>3</sup>. Così la stessa Corte<sup>4</sup>, con riguardo ad un provvedimento cautelare ordinante gli arresti domiciliari, aveva escluso di pronunciare l'annullamento con rinvio, giacché in ossequio al principio della ragionevole durata del processo, l'ulteriore sacrificio della libertà personale sarebbe rimasto ingiustificato alla luce dei principi sanciti dall'art. 13 Costituzione.

Confortanti, in questo senso, alcune voci della dottrina secondo cui, in via del tutto generale, innanzi al Tribunale del riesame in sede di rinvio, non si po-

---

<sup>2</sup> Osserva, BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, Napoli, 2022, 26 che occorre evitare di affidare alla magistratura «*l'esorbitante e, dunque, inaccettabile potere di compiere scelte di natura meramente politica*».

<sup>3</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. II, 27 novembre 2019, Esposito, n. 7258, Rv. 278509. Cass., Sez. V, 20 ottobre 2017, n. 51900, Rv. 271413. Cass., Sez. II, 4 ottobre 2023, n. 46130, Rv. 285348.

<sup>4</sup> Cass., Sez. II, 5 ottobre 2018, n. 52488, Rv. 275066. Analogamente in dottrina, CAPRIOLI, *L'annullamento delle ordinanze limitative della libertà personale: tra logiche di conservazione dell'efficacia del provvedimento annullato e regole costituzionali*, in *Cass. Pen.*, 2022, 2, 726.

trebbero integrare motivazioni assenti *ab origine*<sup>5</sup>, ma solo apparati argomentativi lacunosi. Al riguardo, però, non si possono trascurare le peculiarità della fase in cui si innestano i provvedimenti in esame e neppure da minimizzare è il ruolo svolto dalla giurisprudenza nel tentativo di approntare un pacchetto imprescindibile di tutele per bilanciare gli effetti collaterali dei provvedimenti di natura ablatoria.

Si noti, pure, come il distinguo tra motivazione insufficiente ed apparente, tanto più se elevato a criterio ultimo tra le due soluzioni alternative, produrrebbe scenari ancora più incerti ed imprevedibili. La questione converge sul ruolo della struttura motivazionale del provvedimento decisorio, assurgendo a fenomenologia decifrabile del convincimento del giudice autorizzatore<sup>6</sup>. *Ergo* l'esito dell'annullamento con rinvio pare comprensibile alla luce della funzione di garanzia e di controllo del giudice, chiamato a colmare le eventuali lacune investigative che ostano al trattenimento dei beni, e così consentire l'esplicazione delle esigenze tipiche del giusto processo, tra cui la ragionevole durata e il diritto di difesa.

2. *La disciplina applicativa dei sequestri.* Tutti i sequestri, benché differenzialmente disciplinati, sono accomunati dalle conseguenze ablatorie sui beni interessati e dalla intrinseca funzione strumentale, consistente nella paralisi dello *status quo* processuale, prevenendo in tal modo la potenziale ineffettività della decisione finale. Per ciò che concerne la materia d'interesse è utile precisare che la scelta di non provvedere da parte del legislatore ad una disciplina organica dei provvedimenti *de libertate* e delle misure incidenti sulla proprietà e sulla libertà di iniziativa economica privata (artt. 41 e 42 Cost.) ha generato un fitto mosaico di pronunce. In effetti, non è dubitabile che la proprietà

<sup>5</sup> In tal senso, DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002.

<sup>6</sup> CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilius curiae*, Milano, 2021, 321 ss. secondo cui «Convergenndo su tale istituto, l'ideale circuito democratico disegnato dalla Carta costituzionale si chiude, per poi riaprirsi e rigenerarsi di nuovo, senza soluzione di continuità. La legge (il potere legislativo), generalmente ispirata dalle direttive governative (potere esecutivo) ed emanata dall'organo di massima rappresentanza dei cittadini (sovranità popolare), viene discrezionalmente applicata dal giudice (potere giudiziario), che su di essa si basa e di ciò redde rationem nella parte motiva del provvedimento adottato, al termine dello svolgimento di un processo corredato dalle garanzie di cui all'art. 111 Cost. Tramite la giustificazione della decisione, sia le parti in giudizio sia l'opinione pubblica possono controllare l'operato dell'autorità giudiziaria. [...] In questo movimento circolatorio di atti, attività e poteri, la macchina statale si auto-alimenta senza posa».

privata, in quanto condizione essenziale per il raggiungimento dell'indipendenza personale e familiare, al pari delle altre libertà costituzionali, se irragionevolmente compressa incide negativamente sulla dignità umana<sup>7</sup>. Sotto tale profilo, si consideri peraltro che le misure ablativo reali possono affliggere anche beni di terzi estranei alla vicenda criminosa, non essendo per nulla trascurabile l'irrazionale effetto afflittivo-sanzionatorio conseguente ad un provvedimento eventualmente sfornito delle dovute garanzie.

In virtù di quanto finora esposto, la giurisprudenza di legittimità<sup>8</sup> ha deciso per un'estensione applicativa dei canoni di adeguatezza, proporzionalità e gradualità - disciplinati dall'art. 275 c.p.p.- ai provvedimenti reali sulla scorta di ragioni sistematiche e della omogeneità dei rimedi predisposti<sup>9</sup>. Un riconoscimento alla graduabilità delle misure cautelari reali si ravvisa, del resto, nell'art. 324, co. 7 c.p.p. il quale prevede che, laddove in sede di riesame venga accertata una violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, il tribunale possa individuare il corretto punto di equilibrio tra scopi cautelari e compressione del diritto dell'interessato<sup>10</sup>.

Nello specifico, quanto al versante applicativo, al giudice è imposta una verifica dei seguenti requisiti: a) *fumus commissi delicti* b) pertinenza del bene al reato c) finalità concreta perseguita mediante il vincolo.

Sul primo, in assenza di confortanti indicazioni legislative<sup>11</sup> e a fronte di opinioni variegata della dottrina<sup>12</sup>, è intervenuta inizialmente la Corte costituzio-

---

<sup>7</sup> MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 18.

<sup>8</sup> Recentemente, Cass., Sez. II, 28 maggio 2019, n. 29687, Rv. 276979.

<sup>9</sup> In dottrina, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21 s.

<sup>10</sup> In questi termini CALÒ, *Proporzionalità e cautele reali*, in *Giust. pen. della post-modernità*, 2022, 17.

<sup>11</sup> Sul punto, PORCU, *Variazioni cromatiche del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1343 ss.

<sup>12</sup> V. per esempio, BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, 143 equipara le misure cautelari reali a quelle personali concludendo per la necessità di verificare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Ancora, RAMAJOLI, *Le misure cautelari personali e reali nel codice di procedura penale*, Padova, 1996, 202 ritiene sufficiente la sussistenza dei "precisi indizi di reato" e "la coincidenza tra fattispecie concreta e fattispecie legale ipotizzata".

nale<sup>13</sup> mettendo un freno alla totale omogeneità dei presupposti necessari per le misure cautelari reali e quelle personali. I Giudici delle leggi hanno, infatti, ritenuto non contrastante la disciplina dei sequestri con l'art. 24 Costituzione, soppesando in particolar modo il differente valore costituzionale delle libertà compromesse.

Per comprendere il significato di tali assunti emblematica è stata la sentenza a Sezioni unite Gifuni<sup>14</sup>, che indicava quale unico presupposto per l'emanazione delle misure reali la "pericolosità" della cosa, potendo, pertanto, il vaglio giurisdizionale prescindere *in toto* dalla colpevolezza dell'interessato e così introducendo delle fattispecie a "fumus" presunto<sup>15</sup>. Questo assetto interpretativo è stato progressivamente abbandonato<sup>16</sup>, con la doverosa intenzione di evitare indiscriminate limitazioni dei diritti reali<sup>17</sup>, fino ad approdare alle importanti conclusioni delle Sezioni unite Botticelli<sup>18</sup>; le quali hanno stabilito, sotto pena di nullità del decreto di sequestro, uno specifico onere di motivazione con riferimento alla valutazione fattuale dell'ipotesi di reato contestata. Gli stessi interpreti hanno affinato, nel tempo, i contorni del requisito richiedendo una verifica fedele alle concrete risultanze processuali sulla base dell'effettiva situazione emergente dagli elementi a disposizione. Senza pretesa di completezza, rientrano in tale prognosi quei fattori che

<sup>13</sup> Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, con cui la Consulta ha escluso con riguardo all'applicazione del sequestro preventivo e dunque al riesame «ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi» di cui all'art. 273 c.p.p.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 25 marzo 1993, n.4, Gifuni, la quale partendo dall'assunto secondo cui per le misure cautelari reali non fosse necessaria la sussistenza di un quadro probatorio pari a quello necessario per le misure personali, richiedeva per l'emanazione del provvedimento cautelare l'astratta sussumibilità del fatto ipotizzato all'interno di una determinata ipotesi di reato.

<sup>15</sup> Cfr. in questo senso, Cass., Sez. V, 17 aprile 2009, n. 30596, Rv. 244476, con nota critica di PIERDONATI, Fumus in re ipsa nel delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1004.

<sup>16</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. II, 12 novembre 2004, n. 44399, Rv. 229899; Cass., Sez. II, 19 dicembre 2003, n. 48785, Rv. 229000.

<sup>17</sup> In dottrina a favore del requisito di una prognosi di probabile condanna, MONTAGNA, *In tema di presupposti per il sequestro preventivo di una casa ubicata in zona di diversa destinazione urbanistica*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1992, 1191, secondo la quale «sebbene l'art. 321 non faccia alcun espresso riferimento alla sussistenza dei gravi indizi (diversamente da quanto disposto dall'art. 273 c.p.p. per le misure cautelari personali), questi ultimi devono intendersi quale presupposto implicito nell'idea stessa di cosa pertinente al reato».

<sup>18</sup> Cass., Sez. un., 19 aprile 2018, Botticelli, cit.

indichino, tra gli altri, la prescrizione del reato prevista prima dell'esercizio dell'azione penale<sup>19</sup>, l'evidente assenza del nesso di causalità tra la condotta e l'evento<sup>20</sup>, la configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto<sup>21</sup> ed ancora il difetto *ictu oculi* dell'elemento soggettivo del reato<sup>22</sup>.

Altro requisito demandato al controllo del giudice è il *periculum in mora*, ovvero la pertinenza della cosa oggetto di sequestro al reato contestato. Al pari del *fumus* anche per questo la Suprema Corte, promuovendo un'interpretazione garantista, insiste sulla necessità dei caratteri di concretezza e attualità<sup>23</sup>, in modo tale che venga dimostrato un legame funzionale essenziale, e non occasionale, fra il bene e la possibile commissione di ulteriori reati o l'aggravamento o la prosecuzione di quello per cui si è instaurato il procedimento<sup>24</sup>.

Tali assunti rappresentano il risultato di una operazione imposta dalla lettura combinata delle disposizioni del codice di rito - artt. 253, 316 e 321 c.p.p. - e degli art. 42 Cost. e art. 1 del Prot. n. 1 addizionale C.E.D.U.<sup>25</sup>

Ciò detto, riguardo al *periculum* l'argomentazione motiva del decisore deve includere anche il rapporto di pertinenza tra il bene vincolato e la condotta criminosa. In altre parole, la strumentalità del bene rispetto alla condotta criminosa svolge un ruolo fondamentale ai fini dello scrutinio della pertinenza, posto che i riferimenti legislativi riguardanti le condizioni integranti il *periculum* non posseggono confini precisi. Si deve osservare, appunto, come pure per il criterio della strumentalità sia necessario il richiamo ai principi di ade-

<sup>19</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 19 maggio 2016, n. 35131, Rv. 267534.

<sup>20</sup> Così, Cass., Sez. II, 22 novembre 2011, n. 7734, Rv. 252219.

<sup>21</sup> Cass., Sez. III, 8 ottobre 2019, Morale, n. 8989, Rv. 278415.

<sup>22</sup> Cass., Sez. III, 5 aprile 2019, n. 26007, Rv. 276015.

<sup>23</sup> Recentemente, Cass., Sez. III, 2 dicembre 2022, n. 2627, Rv. 284059. Cass., Sez. VI, 7 novembre 2018, n. 56446, Rv. 274778.

<sup>24</sup> In questi termini, Cass., Sez. III, 8 aprile 2019, n. 42129, Rv. 277173.

<sup>25</sup> A tal proposito, MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, cit. Tra le pronunce dei giudici alsaziani, si veda Corte EDU, *Gogiditze e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, ha ribadito che il sacrificio del diritto di proprietà (art. 1 Prot. n.1 C.E.D.U.) deve essere proporzionato allo scopo perseguito, richiedendo un *fair balance* tra l'interesse generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali, §97.

guatezza e proporzionalità<sup>26</sup>. Preso atto della fluidità della disciplina in esame<sup>27</sup> soltanto una corretta tecnica argomentativa consente di vigilare sul rispetto delle libertà costituzionali<sup>28</sup>, data la finalità endo-processuale perseguita e la provvisorietà da cui è caratterizzata<sup>29</sup>. La segnalata esigenza di un robusto schema argomentativo nell'immediatezza dell'acquisizione di un dato probatorio da un punto di vista individual-garantistico si conferma, pertanto, essenziale per arginare il pericolo di scelte arbitrarie e non prevedibili<sup>30</sup>. Ovviamente, va puntualizzato che non è millimetricamente definibile il *quantum* motivazionale a sostegno di ciascun provvedimento privativo della sfera di libertà. Al riguardo, il canone della proporzionalità consente, tuttavia, di scandire il percorso argomentativo in compartimenti valutativi lineari fornendo dunque una decisione intellegibile.

3. *Il principio di proporzionalità*. Il principio di proporzionalità garantisce che ogni limitazione di un diritto fondamentale trovi una giustificazione nella salvaguardia di un altro diritto, a patto che ciò avvenga nella maniera meno invasiva possibile. Esso funge da parametro all'attività normativa del legislatore, così che la legalità processuale aderente al canone sia a disposizione del giudice nel momento della verifica sul rispetto del criterio di necessarietà. Dal punto di vista normativo, il principio di proporzionalità è espressamente disciplinato nei par. 3 e 4 dell'art. 5 TUE<sup>31</sup> e dagli artt. 49, par. 3 e 52 della

---

<sup>26</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. III, 8 aprile 2019, n. 42129, per cui «*In tema di sequestro preventivo impeditivo, il periculum in mora deve presentare i requisiti della concretezza e attualità e richiede che sia dimostrato un legale funzionale essenziale, e non meramente occasionale tra il bene e la possibile commissione di ulteriori reati o l'aggravamento o la prosecuzione di quello per cui si procede.*»

<sup>27</sup> Sul punto si evidenzia che nella fase delle indagini «*la ridotta determinazione descrittiva quanto alle condizioni per l'esercizio del potere [...] permette un eccesso di fluidità nell'uso di strumenti pervasivi*», così SCALFATI, *Giustizia penale e sistema produttivo: non prevalga solo l'idea di accorciare i tempi del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 505.

<sup>28</sup> Al riguardo della motivazione CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 110, parla di «*garanzia delle garanzie*».

<sup>29</sup> SANTORIELLO, *Motivazione (controlli sulla)*, in *Dig. Pen.*, IV Agg., Torino, 2008.

<sup>30</sup> Sulle diverse accezioni del principio di legalità - e della prevedibilità del diritto - si rinvia a MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 205 ss.

<sup>31</sup> Sul tema, HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, 158 ss.

Carta di Nizza<sup>32</sup>. L'esplicita previsione all'interno dei Trattati ne conferma il valore di criterio generale nell'estrinsecazione delle competenze dell'Unione<sup>33</sup>. Esso, infatti, offre un linguaggio comune<sup>34</sup> per i giudici europei e nazionali, garantendo una solida piattaforma a cui ancorare la salvaguardia dei diritti umani. Un esempio perspicuo di quanto affermato, con specifico riferimento al profilo sanzionatorio, è stato offerto dalla Corte di Lussemburgo<sup>35</sup>, la quale ha di recente riconosciuto efficacia diretta al requisito di proporzionalità delle sanzioni<sup>36</sup>. In breve, l'Unione esige dagli Stati membri l'adozione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive<sup>37</sup>, dovendo in particolare rimarcare come tale garanzia si estenda ad ogni intervento che abbia carattere *lato sensu* afflittivo.

Non solo per l'ordinamento UE, ma anche nel sistema convenzionale la proporzionalità costituisce una premessa essenziale per il diritto costituzionale applicato<sup>38</sup>. Pur non essendo espressamente disciplinata nella Convenzione<sup>39</sup>,

---

<sup>32</sup> La Carta di Nizza ha segnato una tappa cruciale per la difesa delle libertà della persona, la quale «*espressamente indica nella proporzionalità (art. 52 CDFUE) il baluardo per evitare ingiustificate lesioni delle prerogative individuali*» in questi termini, BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, cit., 47. Cfr. pure MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso-Picotti-Sicurella, Milano, 2011.

<sup>33</sup> KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1192 definisce il principio la «*chiave di volta*» del diritto europeo.

<sup>34</sup> In questi termini, PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, 541 ss.

<sup>35</sup> Corte giust. UE, 8 marzo 2022, NE, C-205/20. Sul punto, BRANCATI, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire dalla sentenza C-205/20*, in *Arc. pen.*, 2022, n. 2, 633 ss.

<sup>36</sup> La pronuncia è meritevole di attenzione, *in primis*, perché ha ribaltato un precedente (*Link Logistic*), in cui la Corte aveva espressamente negato che il requisito di proporzionalità delle sanzioni avesse effetto diretto. E ancora, per la conclusione secondo cui «*il principio del primato dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto dall'art. 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate*», cfr. §57.

<sup>37</sup> Principio affermato per la prima volta con la pronuncia Corte giust. UE, 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, C-68/88, nota come sentenza del «*mais greco*».

<sup>38</sup> Si tratta di una definizione ripresa dalla dottrina tedesca, cfr. in tema HASSEMER, *Prefazione*, in *Giudice delle leggi e diritto penale*, a cura di Belfiore, Milano, 2005, XIII.

<sup>39</sup> Cfr. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 53 ss.

per intrusioni nella riservatezza della vita privata e familiare, nella libertà di pensiero, di espressione e di riunione, le fonti sovranazionali principiando dalla necessità di una espressa previsione di legge<sup>40</sup> richiedono poi lo scrutinio di compatibilità degli strumenti invasivi con i principi basilari di una società democratica.

Alla luce di tale clausola, la Corte di Strasburgo ritiene di legittimare soltanto quelle ingerenze imposte da un bisogno sociale imperativo<sup>41</sup> e comunque compendiate da garanzie sufficienti contro qualsivoglia forma di arbitrarità, pur riconoscendo agli Stati contraenti un rilevante margine di discrezionalità nella valutazione<sup>42</sup>.

In tale contesto, i giudici alsaziani<sup>43</sup> con riferimento alla libertà personale, l'equo processo e la tutela della proprietà privata hanno affinato un modulo argomentativo basato sulla verifica del mezzo più lieve (ovvero meno compressivo della sfera di libertà) mediante il quale garantire il necessario livello di soddisfazione dell'interesse pubblico<sup>44</sup>.

Le difficoltà interpretative connesse all'individuazione della "compressione necessaria in uno stato democratico" si risolvono, nella prospettiva convenzionale, nel metodo casistico parametrato alle circostanze del caso concreto nel garantire una protezione effettiva dei diritti. Vi è di più, infatti, pure laddove non siano immediatamente coinvolti diritti fondamentali, indicazioni

---

<sup>40</sup> Il principio di legalità inteso quale requisito di precisione, determinatezza e prevedibilità della norma di legge consente l'individuazione dell'idonea base legale del provvedimento limitativo di ogni diritto fondamentale coinvolto, sul tema cfr. Corte EDU, Adzhigovich c. Russia, 8 ottobre 2009. In proposito all'equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge v. DI GIOVANE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, 1, 159 ss.

<sup>41</sup> Con riferimento alla tutela della proprietà privata, Corte EDU, Jokela c. Finlandia, 21 maggio 2002.

<sup>42</sup> Cfr., ex multis, Corte EDU, Sommer c. Germania, 27 aprile 2017, §53.

<sup>43</sup> V. Corte EDU, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia, 20 settembre 2011. Corte EDU, Natali c. Italia, 2002.

<sup>44</sup> Sul concetto di necessità della misura restrittiva della libertà fondamentale, tra le prime applicazioni v. Corte EDU, Sunday Times c. Regno Unito, 26 aprile 1977. Più recentemente, Corte EDU, Dragojevic c. Croazia, 15 gennaio 2015, ha accertato una violazione convenzionale nel provvedimento del giudice nazionale che autorizzava l'intercettazione dell'utenza telefonica del ricorrente poiché "non vi era altro modo per condurre le indagini" senza effettuare alcun riferimento a fatti specifici emergenti del fascicolo che facessero ritenere la commissione del fatto di reato da parte dell'interessato e alla possibilità di procedere con l'ausilio di mezzi meno invasivi.

essenziali per misurare l'equità della soluzione adottata nel caso specifico provengono da questa giurisprudenza, dovendo in via esemplificativa considerare le specifiche esigenze investigative, gli effetti dell'ingerenza sulla sfera giuridica dell'interessato e di terzi, i mezzi utilizzati dalle autorità giudiziali, nonché l'effettività ed operatività dei rimedi processuali interni<sup>45</sup>.

Lo scenario convenzionalmente declinato, infatti, richiede che le condizioni per l'applicazione di una misura coercitiva non determinino alcun automatismo o presunzione<sup>46</sup>, ma risultino massimamente aderenti alle esigenze specifiche della causa per cui si procede.

Sotto tale profilo, il principio di determinatezza<sup>47</sup> impone disposizioni chiare e sufficientemente dettagliate, in modo da scongiurare prassi allarmanti che si incuneino tra le lacune normative amplificando gli spazi di manovra per attività invasive efficaci a corroborare l'ipotesi accusatoria<sup>48</sup>. Parimenti, non ci può essere proporzionalità controllabile, in grado di fungere da vincolo effettivo, nel caso in cui una norma pecchi di chiarezza e precisione.

L'ascesa del principio<sup>49</sup> ha subito un potenziamento per effetto del fenomeno di europeizzazione dei sistemi penali sempre più corrispondenti all'ideale del *fair trial*<sup>50</sup>. Quanto sopra riferito è sufficiente per esaminare la proporzionalità anche nel sistema italiano<sup>51</sup>. Siffatto canone rappresenta, infatti, uno strumento essenziale per contenere entro l'indice di legalità i mezzi internamente

<sup>45</sup> Corte EDU, 7 aprile 2020, OOO Avrora Maloetazhnoe Stroitelstvo c. Russia, §69 in Arch. pen. web,

<sup>46</sup> Cfr. sul punto, Corte EDU, Airey c. Irlanda, 9 ottobre 1979, in tema di gratuito patrocinio con riferimento all'art. 6.1 C.E.D.U.

<sup>47</sup> DINACCI, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in Arch. pen., web, 2019, 3.

<sup>48</sup> Corte EDU, Jalloh c. Germania, 11 giugno 2006, con la pronuncia in questione è stata censurata la pratica di sottoporre l'indagato a misure sanitarie e coattive che determinano trattamenti inumani e degradanti che intaccano la dignità umana. Nel caso di specie si trattava della somministrazione al soggetto accusato dalla polizia di un emetico in grado di provocarne il rigurgito per verificare se avesse ingerito sostanze stupefacenti.

<sup>49</sup> Utilizzando una espressione di SHLINK, la proporzionalità «*ha fatto carriera*», cit.

<sup>50</sup> Corte EDU, X e Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985, pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 1987.

<sup>51</sup> Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, Rv. 279949 con nota di MAGLIULO, *Illegittimo il trattamento prolungato della copia integrale dei dati informatici in caso di sequestro probatorio*. La dottrina definisce il fenomeno in questione “*spillover*”, vale a dire l'utilizzo da parte dei giudici nazionali del principio in questione prescindendo dall'*humus* “europeo” nel quale esso si è consolidato. Per un approfondimento, GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo*, 2019, 923.

predisposti per esercitare la *vis* punitiva dello Stato<sup>52</sup>. La Corte costituzionale, prima dell'apertura agli orientamenti d'oltralpe, ha utilizzato il principio riconducendolo al canone della ragionevolezza<sup>53</sup>, per mezzo di un rapporto di *species a genus*. Merita attenzione, d'altra parte, una recente controtendenza, imputabile alla diffusione degli schemi europei, che promuove un utilizzo maggiormente strutturato del concetto in questione. A ben vedere, il canone di proporzionalità, atteggiandosi a «barriera di autodifesa»<sup>54</sup>, si focalizza sull'esclusiva tutela delle libertà e dei diritti dell'indagato, viceversa la ragionevolezza avendo carattere bidirezionale funziona quale strumento di armonizzazione di valori considerati paritari<sup>55</sup>.

Nella nota pronuncia sul caso Ilva<sup>56</sup>, la Consulta ha avuto modo di focalizzarsi sull'ampiezza del criterio di proporzionalità, specificando che non è consentito il sacrificio del nucleo incompressibile di alcuna delle istanze in conflitto, che si identifica in un'area di intangibilità senza la quale esse diventerebbero irrimediabilmente vuote<sup>57</sup>.

Siffatto arresto consente di soffermarsi pure sulla critica<sup>58</sup>, mossa al principio in esame, di assurgere ad una funzione erosiva dei diritti fondamentali. Ciò in quanto, in considerazione della faticosa affermazione dei diritti inviolabili, essi verrebbero essenzialmente svuotati del proprio peso per mezzo del calcolo

<sup>52</sup> In proposito, la Consulta ha definito l'esigenza repressiva come «*l'interesse pubblico primario*», Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366.

<sup>53</sup> Corte cost., 29 maggio 1995, n. 220, nel pronunciare l'infondatezza della questione sollevata, statuiva «*il primo [il principio di proporzionalità] - che rappresenta diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.), (...) implica che il potere deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve essere necessariamente valutato e ponderato (...) per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità*», §4 *Considerato in diritto*.

<sup>54</sup> Utilizza tale espressione, MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1434, il quale parla anche di «*limite ultimo*».

<sup>55</sup> PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 12.

<sup>56</sup> Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85 ove è stato icasticamente affermato che nessun diritto è «*tiranno*» §9 *Considerato in diritto*. Un primo commento sulla pronuncia, SATÈ, «*Caso Ilva: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost. sent. n. 85/2013)*».

<sup>57</sup> BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, cit., 28 ss.

<sup>58</sup> In dottrina, ALEINIKOFF, *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale law journal*, vol 96, 1987, 943.

utilitaristico della proporzionalità e ragionevolezza tale da legittimare potenzialmente qualsivoglia limitazione<sup>59</sup>. È possibile, comunque, controbattere a tale impostazione nel senso che, da un lato, il bilanciamento dei diritti fondamentali è inevitabile perché necessitato dalla loro formulazione per principi<sup>60</sup> e, dall'altro, che, al fine di scongiurare le conclusioni teorizzate, è basilare disporre di un modello di proporzionalità adeguato che non finisca per depotenziare gli interessi coinvolti. Sul punto, di molto peso è la considerazione per cui «*dal fatto che i diritti sono comprimibili non segue necessariamente che i diritti debbano essere concepiti come indefinitamente comprimibili*»<sup>61</sup>. Stella polare della proporzionalità correttamente intesa è, perciò, l'impegno a realizzare gli scopi legittimi della giustizia penale con il minore sacrificio possibile per i diritti delle persone ad essa sottoposte<sup>62</sup>.

*3.2. Il test di proporzionalità.* Nell'ambito del sistema multilivello di protezione dei diritti dell'uomo<sup>63</sup> la giurisprudenza costituzionale italiana non ha mai impiegato uno *standard* di giudizio qualificabile alla stregua del cd. *test* di proporzionalità. Siffatto controllo, elaborato dalla dottrina costituzionale tedesca<sup>64</sup>, si articola in quattro fasi.

In particolare, la disposizione sottoposta al vaglio costituzionale, per superare il sindacato di proporzionalità, deve fornire esiti positivi per ogni fase in cui il suddetto test si scompone.

---

<sup>59</sup> Di questa opinione, WEBBER, *The negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, 2009. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, 120-145.

<sup>60</sup> Secondo PINO, *Proporzionalità, Diritti, Democrazia*, in *Diritto e Società*, 2014, 3, 610, le norme costituzionali che fondano i diritti fondamentali hanno solitamente la struttura di principi (norme caratterizzate da un elevato livello di genericità e indeterminatezza, sia nella loro fattispecie sia nelle loro conseguenze giuridiche) e non di regole (norme caratterizzate da un certo livello di precisione e determinatezza sia nella loro fattispecie che nelle loro conseguenze giuridiche).

<sup>61</sup> PINO, *ibid.*, 618.

<sup>62</sup> Così, NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 8.

<sup>63</sup> Per un approfondimento, CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

<sup>64</sup> In dottrina, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz und Co, 1981; BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their limitation*, Cambridge, Cambridge University press 2012, 243 ss.

Il primo passaggio (“legittimità”) prevede la verifica dell’obiettivo perseguito dal legislatore, così da vagliarne la legittimità dello scopo e la compatibilità con i principi costituzionali.

La seconda fase (“idoneità”) riguarda l’astratta compatibilità dei mezzi approntati rispetto alla finalità perseguita, in un’ottica di mera e anche solo parziale possibilità del raggiungimento di essa.

Il terzo passaggio (“necessità”) verifica che lo strumento prescelto abbia realizzato il minore sacrificio possibile dei diritti o interessi costituzionalmente garantiti coinvolti<sup>65</sup>.

Infine, l’ultima fase (“proporzionalità in senso stretto”) esamina gli effetti della disposizione mediante una comparazione per così dire di costi e benefici. Quest’ultima valutazione è quella che maggiormente coinvolge la conoscenza esperienziale del giudice, in quanto chiamato a farsi garante della ricerca di una soluzione che possa realizzare un equilibrio tra gli interessi in gioco.

Come ricordato, sebbene la Consulta non abbia mai elaborato una propria versione del *test* in questione, di recente pare aver ingranato una prassi sulla proporzionalità che si mostra più al passo con le esperienze di giustizia costituzionale d’oltralpe<sup>66</sup>. In particolare, in occasione della declaratoria di illegittimità costituzionale della legge elettorale n. 270/2015 (meglio nota come *Porcellum*)<sup>67</sup>, i Giudici delle leggi hanno impostato l’esame dello *standard* di proporzionalità scomponendolo nei confini di tre categorie: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

Di nuovo, la Corte ha condiviso un simile *iter* argomentativo in occasione di un giudizio avente ad oggetto l’attività di bilanciamento tra diritti costituzionalmente rilevanti quali la riservatezza dei dati personali e quello del libero

---

<sup>65</sup> LANG, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, 2020, sostiene che nonostante l’apparente rigidità della formulazione, tali passaggi non comportano dei controlli particolarmente penetranti.

<sup>66</sup> Tra le prime applicazioni di tale modello, Corte cost., 9 giugno 2010, n. 220, in tema di mandato d’arresto europeo, in cui la Corte ha affermato «*Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità consente sì di differenziare la situazione del cittadino di uno Stato membro dell’Unione rispetto a quella del cittadino di un altro Stato membro, ma la differenza di trattamento deve avere una giustificazione legittima e ragionevole, sottoposta ad un rigoroso test di proporzionalità rispetto all’obiettivo perseguito...*» §8 *Considerato in diritto*. In dottrina, ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d’arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2013, 250 ss.

<sup>67</sup> Corte cost., 4 dicembre 2013, n. 1.

accesso ai dati e alle informazioni in possesso della PA<sup>68</sup>. Sul ricorso, la Consulta ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'obbligo, gravante su ciascun titolare di incarichi dirigenziali, di pubblicare i dati di cui all'art. 14, co. 1 lett. c) del d.lgs. n. 33/2013, in quanto la possibilità di conoscere tali informazioni, da parte di ciascun cittadino, era «*ragionevolmente ed effettivamente connessa*» all'obiettivo della trasparenza amministrativa. Il consolidamento di tale *modus procedendi* è senza dubbio riconducibile, ancora una volta, alle elaborazioni giurisprudenziali europee, nello specifico si può richiamare quell'orientamento della Corte di giustizia dell'U.E. secondo cui le eventuali compressioni del diritto alla riservatezza sarebbero ammissibili solo a fronte dell'inapplicabilità di misure meno afflittive, sempre che siano in grado di contribuire «*in maniera efficace al raggiungimento dei confliggenti obiettivi di trasparenza*»<sup>69</sup>.

4. *Osservazioni conclusive: indagini, dati digitali e proporzionalità.* La fase delle indagini costituisce uno dei banchi di prova migliori per saggiare le conseguenze assiologiche del processo sulla sfera privata dell'interessato. Nell'odierno contesto di inarrestabile evoluzione tecnico-scientifica sono molteplici gli strumenti attraverso cui è possibile acquisire elementi a carico e all'insaputa dell'interessato.

Particolare attenzione merita, pertanto, il tema riguardante l'infinita ed eterogenea quantità di dati ipoteticamente sequestrabili, giacché oltre agli elementi potenzialmente rilevanti per le indagini divengono disponibili per i requisitori anche quelle informazioni cosiddette "sensibili"<sup>70</sup>.

Sotto questo aspetto, si noti che la riservatezza<sup>71</sup> viene esposta a rischi crescenti poiché, come evidenziato da attenta dottrina, con riferimento alle *digital*

<sup>68</sup> Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20. Per una lettura più approfondita della tecnica di bilanciamento, MORRONE, voce *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2008, vol. II, 185 ss.

<sup>69</sup> A tal riguardo, Corte giust. UE, 20 maggio 2003, O.R. e altri, C-465/00, C-138/01. Corte giust. UE, 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C-92/09, C-93/09.

<sup>70</sup> In proposito Corte EDU, 4 dicembre 2015, Zakharov c. Russia. Corte EDU, 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Paesi Bassi. Cfr. pure BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana, le prospettive di riforma*, nota a Corte EDU, 10 febbraio 2009, Iordachi e altri c. Moldavia, in *Cass. pen.*, 2009, 4021. Cfr. anche DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011.

<sup>71</sup> GIACOBBE, *Il diritto alla riservatezza in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1974. ORLANDI, *La riforma del processo penale tra correzioni strutturali e "tutela" progressiva dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

*evidence*<sup>72</sup>, si verifica una singolare inversione dell'ordinaria sequenza investigativa che, per l'appunto, normalmente è caratterizzata prima da un'attività di perquisizione e soltanto successivamente dall'emissione del provvedimento di indisponibilità sul bene<sup>73</sup>. D'altra parte, l'attitudine degli archivi digitali alla conservazione di indefiniti elementi utili all'accertamento giudiziario suggerisce di non limitarne eccessivamente l'accesso. Il principio di proporzionalità tutela, dunque, in tali ipotesi non solo e non tanto la libertà economica dell'individuo, ma soprattutto la pretesa alla disponibilità dei dati digitali oggetto di apprensione da parte degli inquirenti. L'acquisizione onnicomprensiva di materiale informatico è, infatti, consentita soltanto se giustificata, nella richiesta del pubblico ministero con il dovuto riferimento ai criteri di selezione, ricadendo su quest'ultimo la responsabilità di illustrare le difficoltà connesse all'identificazione *ex ante* dell'oggetto del sequestro<sup>74</sup>. In tal senso, al fine di scongiurare intrusioni arbitrarie nella *privacy* dell'interessato la ricerca deve essere svolta segnalando a monte i percorsi utili alla selezione dei dati, si pensi ad esempio all'indicazione di "parole chiave"<sup>75</sup>.

Sul tema, si segnala un interessante arresto della Sesta sezione penale della Cassazione, secondo cui l'oggetto del gravame espletabile in sede di riesame non si esaurisce alla restituzione del mero contenitore materiale al titolare,

---

2014, 1133 ss. GAITO e FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie alla riservatezza*, in *I principi europei nel processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 369. Secondo una lettura alternativa, il diritto alla riservatezza discenderebbe direttamente dal concetto di dignità umana, cfr. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999. Sulla stretta correlazione tra lo sviluppo delle tecnologie e i mutamenti del concetto di riservatezza, RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol. dir.*, 1974, 551.

<sup>72</sup> Per un approfondimento, TORRE, *Le indagini di digital forensics di iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Cybercrime - Trattato di diritto e procedura penale dell'informatica* (diretto da), CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, Torino, 2018.

<sup>73</sup> Sul tema, MONTAGNA, *Il rapporto tra perquisizione e sequestro*, in *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, cit., 191 ss.

<sup>74</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, cit. Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 6623, Rv. 280838. Cass., Sez. VI, 12 settembre 2018, n. 56733, Rv. 274781. Cass., Sez. V, 27 febbraio 2015, n. 13594, Rv. 262898. Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2023, Ricci, n. 222.

<sup>75</sup> Cfr. MOLINARI, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, 707 ss.

essendo necessaria una ricognizione che tenga conto del materiale acquisito e della sua utilizzabilità prospettica<sup>76</sup>.

Conformemente a tale orientamento, per un'altra simile vicenda la medesima sezione ha imposto l'espunzione degli elementi indiziari derivanti da un'ispezione telematica data l'inutilizzabilità patologica<sup>77</sup> degli stessi, poiché disposta successivamente all'annullamento del decreto di sequestro probatorio avente ad oggetto i *devices* contenenti tali dati<sup>78</sup>. Le osservazioni condotte dai giudici di legittimità confermano l'imprescindibilità del requisito epistemologico<sup>79</sup> sia dei mezzi di ricerca della prova che dei dati raccolti, sconfessando, in sostanza, il parere del rappresentante di Procura secondo cui l'acquisizione dei dati non sarebbe stata censurabile nell'ottica del principio "*male captum, bene retentum*". Stando, infatti, alla condivisibile prospettiva dei giudici di legittimità, la decisione del riesame e, dunque, l'ordine di restituzione del telefono all'avente diritto privava il Pubblico ministero del potere di incidere ulteriormente sul bene – non avendo né natura intrinsecamente criminosa, né essendo soggetto a confisca obbligatoria.

Nella pratica emerge, inoltre, l'urgenza di tracciare dei confini giuridici allo spazio informatico che, come risaputo, è dotato geneticamente di caratteri di illimitatezza. Sulla questione è stata recentemente adita la Corte di giustizia dell'U.E.<sup>80</sup>, per un caso riguardante l'ordine europeo di indagine (OEI)<sup>81</sup> e delle intercettazioni ottenute da criptofonini<sup>82</sup>. I giudici del Lussemburgo hanno confermato la necessità di tutela dei soggetti interessati dalle intercetta-

---

<sup>76</sup> Cass., Sez. un., 20 luglio 2017, n. 40963, Andreucci. In dottrina, TODARO, *Restituzione di bene sequestrato, estrazione di copia, interesse ad impugnare: revirement delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n.11, 157 ss.

<sup>77</sup> Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 15836, Rv. 284590 ha consolidato il principio secondo cui «rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le "prove oggettivamente vietate", ma anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla legge e, a maggior ragione, come in precedenza detto, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione».

<sup>78</sup> Cass., Sez. VI, 21 maggio 2024, Donnarumma, n. 31180.

<sup>79</sup> CONTI, *L'inutilizzabilità*, in *Le invalidità processuali*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 99.

<sup>80</sup> Corte giust. UE, 30 aprile 2024, M.N., causa C-670/22.

<sup>81</sup> Per l'analisi della direttiva OEI, 2014/41, KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018.

<sup>82</sup> Sotto il profilo della libertà di comunicazione, CAMON, *Le intercettazioni nel procedimento penale*, Milano, 1996, 108.

zioni, riconoscendogli il diritto di confrontarsi con i dati raccolti mediante la collaborazione, a pena di inutilizzabilità degli stessi. Dal punto di vista procedurale, tuttavia, va rilevato che la pronuncia apre alla possibilità che l'ordine europeo possa essere adottato da un soggetto diverso dal giudice, quale ad esempio il pubblico ministero. Vero è che, trattandosi l'OEI di uno strumento di cooperazione giudiziaria, è stato *ab initio* concepito per agevolare una sorta di «*roaming probatorio*»<sup>83</sup>, ciononostante l'accesso investigativo da parte di uno Stato nei *server* di un altro Paese impone, comunque, la predisposizione di un procedimento che non aggravi ulteriormente le conseguenze sui diritti fondamentali delle persone interessate<sup>84</sup>. Se, infatti, si concedesse nello spazio giuridico sovranazionale la massima libertà investigativa agli Stati, le conseguenze dannose sulle garanzie processuali diverrebbero inevitabili, del resto, sarebbe «*davvero poco confortante scoprire che una prova illegittima diventa utilizzabile solo perché è battezzata come "europea"*»<sup>85</sup>.

In definitiva, da tale ricostruzione sembra che il cuore delle garanzie esigibili sia costituito da un *iter* argomentativo che fornisca un'adeguata esposizione delle ragioni a fondamento della temporanea indisponibilità sulla cosa. E comunque, sul terreno della motivazione non è da ignorare che può risultare assai complesso rinvenire il livello di adeguatezza richiesto dalla giurisprudenza, in ragione dello stadio, generalmente, assai precoce dei procedimenti. Ciò in quanto, tra le più frequenti *malpractices* degli inquirenti si scorge quella di

---

<sup>83</sup> Espressione di MARAFIOTTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *L'ordine europeo di indagine. Critica e prospettive*, Torino, 2016, 24.

<sup>84</sup> Corte giust. UE, M.N., §§104-105 nella parte in cui interpreta l'art. 14, par. 7 direttiva 2014/41 laddove impone all'organo giurisdizionale «*qualora consideri che una parte non sia in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito ad 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*». Cfr. pure FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen. web*, 18 gennaio 2018. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in questa *Rivista*, 2017, 675 ss.

<sup>85</sup> In questi termini GERACI, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, 2020, 201. V. sul punto, AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, 552. Cfr. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3.

un'inversione dell'accertamento processuale in cui sono le stesse indagini a fornire gli elementi essenziali della *notitia criminis*<sup>86</sup>.

Nel contesto esaminato, è necessario allora valorizzare la funzione di garanzia e di controllo svolta dal giudice, essendo l'unico a cui spetta la verifica dell'effettiva sussistenza della fattispecie delittuosa. Di conseguenza, soltanto il principio di proporzionalità guida l'interprete nella valutazione dell'intervento più adatto rispetto all'ipotesi criminosa per cui è richiesto.

Tornando alla disciplina dei sequestri, allo scopo di fare buon governo dei principi sanciti nella sentenza annotata, si può tentare di stilare un riepilogo sintetico del modello giurisdizionalmente richiesto di motivazione.

In via preliminare, occorre operare un accertamento in concreto dei fatti oggetto del procedimento al fine di sussumerli entro i margini della fattispecie delittuosa astrattamente contestata (cd. *fumus commissi delicti*).

È, poi, necessario dar conto della relazione tra i beni sequestrabili e il reato ipotizzato alla luce della specifica finalità procedimentale perseguita (cd. *periculum in mora*).

Occorre, inoltre, operare un bilanciamento delle istanze in conflitto, *in primis* mediante il canone della proporzionalità, di modo da assicurare il minor sacrificio necessario dei diritti dell'interessato.

In particolare, nel caso in cui l'*iter* determini l'apprensione di apparecchi informatici, il principio citato deve orientare specialmente l'*an* e la durata delle attività di apprendimento delle *res*, precisando l'arco temporale del vincolo, i dati digitali d'interesse e le operazioni tecniche da svolgere.

ELISA DE PAOLIS

---

<sup>86</sup> In questi termini, MORSELLI, *Il "principio di autosufficienza" della fonte codicistica, in materia di perquisizione: il deficit della previsione del controllo giurisdizionale espone il mezzo di ricerca della prova al rischio di degenerazione in "tortura reale"*, in *Giust. pen.*, 2019, III, 632. VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Arch. pen. web*, 2019.

