



Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di Studi Linguistico-Letterari, Storico-Filosofici e Giuridici

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione - XXXV ciclo

**LA PROPORZIONALITÀ NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE COME
PRINCIPIO GENERALE**

(s.s.d. IUS/16)

Tesi di dottorato di:

Dott. Francesco Sanvitale

Coordinatore del corso

Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

Tutore

Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

A.A. 2022/23 (A.Y. 2022/23)

INDICE

Introduzione	5
1. Posizione della domanda di ricerca	5
2. Una definizione di “principio generale del diritto”	8
3. Ambito di ricerca e programma di lavoro	12
 I. La proporzione codificata	 16
1. Origini e struttura del principio di proporzionalità	16
2. Il carattere carsico della proporzionalità nel procedimento penale italiano: un’incongruenza rispetto al settore della cooperazione giudiziaria europea	20
3. La proporzionalità e le misure cautelari	27
3.1. <i>La proporzionalità come criterio di scelta delle misure</i>	30
3.1.1. La forza espansiva della proporzionalità come criterio di scelta delle misure cautelari	34
3.1.2. Le misure precautelari: un ulteriore campo di estensione della proporzionalità cautelare?	40
3.1.3. La prevalenza del mandato di arresto europeo nelle indagini transfrontaliere: un problema di proporzionalità	45
3.2. <i>Il legame tra cautela e sanzione: altre valutazioni di proporzionalità, in concreto e in astratto</i>	49
3.2.1. “Il problema della proporzionalità” nel mandato di arresto europeo	55
3.3. <i>La tutela dei diritti fondamentali tra proporzionalità e mutuo riconoscimento in ambito cautelare</i>	58
3.3.1. Una riserva di giurisdizione imposta dalla proporzionalità per la tutela dei diritti fondamentali compressi dalle misure cautelari?	68
3.4. <i>Conclusioni</i>	71
4. L’evoluzione della proporzionalità nell’ordine europeo di indagine penale	72
4.1. <i>Valutazioni di proporzionalità a monte</i>	72
4.2. <i>Doppia valutazione: la definitiva affermazione della proporzionalità</i>	77
4.3. <i>Una sproporzione evidente: imponenti apparati, impotenti difese</i>	84
4.4. <i>Conclusioni</i>	88

II. La proporzione inespresa: misure investigative e diritti fondamentali	90
1. Un principio pervasivo nel procedimento penale?	90
2. Prelievi e accertamenti medici coattivi: un importante banco di prova	93
3. Ispezioni, perquisizioni e sequestro probatorio: valutazioni legislative da riconsiderare?	103
3.1. <i>Ispezioni e perquisizioni: garanzie decrescenti</i>	104
3.2. <i>Il sequestro probatorio tra teoria e prassi</i>	110
3.3. <i>Ispezioni, perquisizioni e sequestri informatici: nuove tecnologie, nuovi diritti, vecchie regole</i>	115
4. La proporzionalità e la tutela della vita privata	123
4.1. <i>La proporzionalità delle intercettazioni rispetto allo scopo: il quadro normativo interno</i>	126
4.1.1. Il nodo della tutela della riservatezza dopo l'autorizzazione delle intercettazioni: la selezione delle conversazioni e comunicazioni captate	135
4.1.2. Le potenzialità intrusive delle moderne tecnologie	142
4.2. <i>Il trattamento dei dati personali: un cambio di paradigma imposto dalla giurisprudenza europea</i>	150
4.2.1. La conservazione dei dati: presupposti, estensione e termini di durata	161
4.2.2. La proporzionalità in astratto tra gravità dell'ingerenza e gravità dei reati per cui si procede	164
4.2.3. La proporzionalità in concreto: le limitazioni riguardanti le caratteristiche oggettive e soggettive dell'accesso	168
4.2.4. La legittimazione all'accesso: garanzia giurisdizionale e parità delle parti	170
4.2.5. Notevoli passi avanti e persistenti criticità in materia di acquisizione dei dati non comunicativi in Italia	173
4.3. <i>Gli analoghi problemi posti dalla banca dati nazionale del DNA</i>	176
4.4. <i>Conclusioni</i>	184
III. La proporzionalità come principio generale del diritto processuale penale?	186
1. I caratteri comuni alle disposizioni esaminate	186
2. L'inquadramento della proporzionalità nel procedimento penale rispetto alle tipizzazioni del principio	195

2.1. <i>Proporzionalità legislativa vs proporzionalità giurisprudenziale</i>	196
2.2. <i>Retrospective proportionality vs Prospective proportionality</i>	199
2.3. <i>Proporzionalità ordinale (o relativa o comparativa) vs proporzionalità cardinale (o assoluta o non comparativa)</i>	201
2.4. <i>Il collegamento tra la proporzionalità e l'extrema ratio</i>	203
3. Dal particolare al generale: la costruzione della proporzionalità nel procedimento penale come canone unitario attraverso uno <i>stress test</i>	206
3.1. <i>Definizione</i>	206
3.2. <i>Funzioni</i>	211
3.2.1. Le funzioni di efficienza, giustificazione e legittimazione dei provvedimenti	211
3.2.2. La funzione di coerenza del sistema processuale	213
3.2.3. La funzione di garanzia	217
4. I confini della proporzionalità	226
5. La proporzionalità come principio generale del diritto processuale penale	231
Bibliografia	237

Introduzione

1. Posizione della domanda di ricerca

Il principio di proporzionalità permea ormai buona parte dei settori dell'ordinamento¹ ed è frequentemente impiegato dai giudici in funzione interpretativa e integrativa delle norme. La Corte costituzionale ritiene che il legislatore vi sia vincolato². Di recente, poi, stimolato da un'importante pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu)³ e dall'evoluzione sul tema della giurisprudenza della Corte costituzionale⁴, è tornato in auge il dibattito attorno al principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria (e non solo nel diritto penale *stricto sensu*)⁵. La proporzionalità trova espresso riconoscimento, in diverse accezioni, nelle più alte fonti europee e costituisce un

¹ Lo rimarca, tra i tanti, A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 5, Giuffrè, 2006, p. 4643.

² Sul punto si rimanda a M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione predisposta per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 25 ottobre 2013.

³ Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*. Si vedano a commento, tra i tanti, F. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 351 ss.; G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto di ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469 ss.; P. FIMIANI, *Market Abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U.*, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2017; R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio in cerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3837 ss.

⁴ Il riferimento è all'indirizzo giurisprudenziale che ha superato la necessità di individuare, se non nel momento successivo nel quale si deve stabilire la "nuova" pena per quel dato reato, un *tertium comparationis* al fine di dichiarare l'illegittimità di una pena in quanto non proporzionata alla gravità del reato. Tale orientamento è stato inaugurato da Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Cass. pen.*, 2017, p. 508 ss., con nota di E. APRILE. A commento, v. anche E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; D. PULITANÒ, *La misura della pena, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 48 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 61 ss.

⁵ Per la proporzionalità della pena, v., per tutti, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020 e F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021. Per la proporzionalità della risposta sanzionatoria anche al di là della sola sanzione penale, v., tra i tanti, S. TESORIERO, *Processo penale e prova multidisciplinare europea in materia di illeciti finanziari*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1526 ss. e A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss.

principio generale del diritto dell'Unione europea⁶. Non stupisce, dunque, che sia stato definito un «grande principio costituzionale di carattere generale»⁷. In altri termini, pare che si tratti di un principio generale del diritto.

Tuttavia, un principio generale del diritto non necessariamente opera in tutti i settori dell'ordinamento interno. A definire tale categoria è infatti un criterio qualitativo, più che quantitativo, pur potendo anche quest'ultimo assumere un certo rilievo. Con ciò intende dirsi, come si vedrà meglio fra breve, che un canone assurge al rango di principio generale in ragione non solo e non tanto del suo operare in una moltitudine di settori, quanto del suo porsi quale elemento essenziale di un ordinamento⁸.

Sicché, è lecito domandarsi quale sia il ruolo del principio generale di proporzionalità nel procedimento penale, al fine di rispondere alla fondamentale domanda se operi - e con quali tratti essenziali - nel diritto processuale penale. La dottrina processualpenalistica italiana si è già posta un simile quesito⁹. Il presente lavoro è debitore di quell'importante e fortunata riflessione ed intende raccoglierne l'implicito invito ad approfondire ulteriormente la linea di ricerca indicata.

L'affermazione dell'esistenza di un principio di proporzionalità specifico del diritto processuale penale, con caratteristiche sue proprie rispetto al generale principio di proporzionalità, potrebbe determinare la possibilità di un suo impiego al di là dei settori processuali in cui è espressamente previsto, nonché di un suo utilizzo in ipotesi di lacune normative, in funzione di *analogia iuris*. I giudici di merito, poi, potrebbero invocarlo

⁶ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996, p. 134 ss.; E. HERLIN-KARNELL, *General principles and EU criminal law*, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles in EU Law*, a cura di K.S. ZIEGLER - P.J. NEUVONEN - V. MORENO-LAX, Edward Elgar, 2022, p. 526; M. HJÄRTSTRÖM - J. NOWAG, *General principles of EU law in EU antitrust*, ivi, pp. 428-429; J. KOKOTT - C. SOBOTTA, *The Evolution of the Principle of Proportionality in EU Law—Towards an Anticipative Understanding?*, in AA.VV., *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, a cura di S. VOGENAUER - S. WEATHERILL, Hart, 2017, p. 167; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, 2^a ed., Oxford EC Law Library, 2006, p. 136 ss. V. anche, tra le tante, Corte di Giustizia, Grande Sezione, 20 settembre 2022, *SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*, in *Giustizia insieme*, 23 settembre 2022, § 59, con nota di F. RESTA, *La Corte di giustizia europea torna ancora sulla data retention*.

⁷ G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. XII. Sul punto, v. anche V. MANES, *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro Treccani dell'anno 2013*, Ist. Enciclopedia Italiana, 2013, p. 104.

⁸ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 24, Treccani, 1991, p. 5.

⁹ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 143 ss.

direttamente, senza passare per una questione di costituzionalità o per un rinvio pregiudiziale, in caso di normative contrastanti per le quali sia possibile un'interpretazione conforme. Tale principio potrebbe operare oltre i confini attualmente indicati dalla dottrina, che ne distingue l'ambito applicativo a seconda che la normativa interna abbia recepito quella dell'Unione europea ovvero manchi tale collegamento: nel primo caso il controllo troverebbe applicazione ogniqualvolta venga in rilievo il rapporto tra potere invasivo dello Stato e sfera individuale, nel secondo invece solo qualora vengano in gioco diritti inviolabili dell'individuo¹⁰. Ciò in quanto non avrebbe ancora assunto a livello prettamente interno la centralità che lo caratterizza a livello europeo, tanto nelle fonti normative quanto nella giurisprudenza. In effetti, la proporzionalità si va imponendo nel nostro ordinamento proprio su impulso del contesto sovranazionale e alcuni dei più importanti riferimenti espressi al canone si trovano proprio nel diritto europeo e in quello interno di derivazione europea.

Ad ogni modo, in realtà, già l'interpretazione che vorrebbe il principio applicabile in ogni caso in cui vengono in gioco diritti inviolabili dell'individuo¹¹ supera quella tradizionale più restrittiva. Quest'ultima, infatti, in modo condivisibile ma parziale, prendendo le mosse dal legame tra principio di colpevolezza e presunzione d'innocenza, descrive la proporzionalità come il principio che assicura il bilanciamento tra il dovere di trattare da innocente chi sia sottoposto al procedimento penale e le esigenze che giustificano l'anticipazione di effetti tipici della pena¹².

Superare questa più angusta prospettiva per l'operatività del principio produrrebbe immediate ricadute concrete, che si studieranno nel corso del lavoro. In tanti casi l'impiego della proporzionalità intesa in senso più ampio ha già condotto alla risoluzione di nodi interpretativi complessi. A titolo esemplificativo, si consideri la giurisprudenza in tema di mandato di arresto europeo, che proprio ragionando in termini di proporzionalità ha, di fatto, ampliato le ipotesi di rifiuto dell'esecuzione del mandato da parte dell'autorità dell'esecuzione e stimolato l'introduzione di un vaglio circa la gravità del reato per cui si

¹⁰ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., pp. 150 e 160.

¹¹ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 148.

¹² D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, p. 8 ss.; R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Giuffrè, 2000, p. 132 ss. Richiama tali autori anche M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., pp. 146-147.

procede in capo all'autorità emittente. Allo stesso modo, la proporzione ha imposto un vero e proprio cambio di paradigma, seppure ancora parziale, in materia di garanzie nell'acquisizione di dati del traffico telefonico e telematico, la cui invasività era in precedenza reputata *a priori* inferiore a quella delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Un'estensione del perimetro applicativo della proporzionalità determinerebbe ulteriori effetti. Ad esempio, in tema di accertamenti medici coattivi, il canone *de quo* sembrerebbe consentire il superamento di tutte le incertezze derivanti da un dato normativo caratterizzato da un evidente (ma inevitabile in tema di prova scientifica) *deficit* di tassatività, ponendo al centro l'obbligo in capo a chi proceda all'accertamento di individuare il mezzo più appropriato a raggiungere il risultato probatorio senza compromettere le prerogative dell'interessato.

2. Una definizione di “principio generale del diritto”

Occorre, in via preliminare, chiarirsi su cosa si intenda per principio generale del diritto *tout court*.

Un principio, secondo un approccio positivista, altro non sarebbe che una norma implicita ricavata osservando una proprietà comune a un certo numero di disposizioni esplicite¹³. L'interprete, seguendo un procedimento astrattivo-induttivo, dovrebbe selezionare le norme da esaminare e trovarne i caratteri comuni, che costituirebbero, appunto, il principio¹⁴. L'operazione, invero, si potrebbe anche guardare all'inverso, cioè come una ricerca di quel tratto comune che è il seme del principio in una serie selezionata di disposizioni, allo scopo di validare l'esistenza dell'ipotesi formulata¹⁵. Il metodo, benché mirante ad estrapolare un principio che si ritiene già sotteso al tessuto normativo, resta comunque arbitrario: è l'interprete a selezionare le norme da esaminare ed è l'interprete, in ultima istanza, a “creare” il principio¹⁶.

¹³ R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, p. 23 ss. V. anche A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *I principi generali del diritto. Atti dei convegni lincei (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia nazionale dei lincei, 1992, pp. 21-22.

¹⁴ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1942, p. 159. Su tale procedimento induttivo v. anche V. MORENO-LAX - K.S. ZIEGLER, *Autonomy of the EU legal order—a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles*, cit., p. 234.

¹⁵ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., p. 159. Sul punto, v. anche S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. 35, Giuffrè, 1986, p. 531.

¹⁶ G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Giuffrè, 1968, pp. 195-196. V. anche S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 525 ss.

Secondo un approccio giusnaturalista i principi, al contrario, esisterebbero *a priori* e anche al di fuori di un certo comparto normativo, dovendosi individuare nei valori fondanti di un ordinamento, non necessariamente identificabili a partire dall'analisi del diritto positivo¹⁷.

Una teoria intermedia la si può rintracciare nel concetto di “inferenza alla spiegazione migliore”, secondo cui il principio sarebbe l'ipotesi che meglio spiega la presenza di certe caratteristiche comuni a un numero selezionato di norme¹⁸.

Queste riflessioni ben si prestano ad essere applicate ai contesti in cui, in anni recenti, il discorso sulla natura dei principi generali ha ripreso vigore. Sicuramente, la Corte Edu ricorre alla categoria con una certa disinvoltura, creandoli a partire da un caso concreto per poi rifinirli nei successivi giudizi o, viceversa, affermandoli sulla base di una serie di precedenti concordanti¹⁹. Altre volte, poi, i giudici di Strasburgo fanno riferimento a principi conformi allo spirito della CEDU e ai valori immanenti alla stessa senza realmente approfondirne l'origine²⁰.

Più interessante la posizione assunta dalla Corte di Giustizia²¹. Almeno apparentemente, essa aderisce a un'interpretazione positivista: i principi generali dell'Unione europea sarebbero quelli ricavabili da norme con caratteristiche comuni presenti in tutti gli Stati membri²². La realtà è però ben diversa: raramente i giudici di

¹⁷ Tale è l'idea che emerge, per esempio, dal celebre saggio di G. DEL VECCHIO, *Sui principî del diritto - Prolusione al corso di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma, letta il 13 dicembre 1920*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2017, n. 8, p. 15 ss. Per la distinzione tra l'approccio giusnaturalista e quello positivista, v. C. SEMMELMANN, *General Principles of EU Law. The Ghost in the Platonic Heaven in Need of Conceptual Clarification*, in *Pittsburgh Papers on the European Union*, 2013, n. 1, p. 14 ss.

¹⁸ A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, 2005, p. 68 ss.; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, p. 150 ss.

¹⁹ J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 41 ss.

²⁰ J. GERARDS, *General Principles*, cit., pp. 59-60.

²¹ In generale, sull'assimilabilità di fondo tra principi generali del diritto e principi generali dell'Unione europea, v. P.J. NEUVONEN - K.S. ZIEGLER, *General principles in the EU legal order: past, present and future directions*, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles*, cit., p. 8.

²² Si tratta di un'idea sviluppatasi a partire dall'art. 340 paragrafo 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che contiene un riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri». Sul punto v., per tutti, G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato: contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, Giappichelli, 2013, p. 29 ss. Per un approfondimento sul rapporto tra principi generali dell'Unione europea e normative degli Stati membri, v. X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, 2006, p. 17 ss. e G. MARTINICO, *General principles of EU law and comparative law*, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles*, cit., p. 82 ss.

Lussemburgo stabiliscono l'esistenza e le caratteristiche di un principio all'esito di una dettagliata ricostruzione normativa di tipo comparato²³. Molto più spesso, magari prendendo spunto dalla legislazione di uno Stato membro, elevano a principio regole che paiono essere particolarmente "progressive" ed in linea con i valori dell'Unione²⁴. In sostanza, si delinea un positivismo di facciata, in fondo mirante ad ampliare la lista dei principi generali del diritto, a discrezione delle Corti, orientate a rafforzare la tutela dei diritti individuali.

Proprio a fronte del crescente impiego dei principi generali del diritto per risolvere casi concreti, non accompagnato da una riflessione chiara sulla loro origine, sembra importante ragionare sulla natura di tale categoria e, soprattutto, sul metodo più corretto da impiegare per affermarne l'esistenza e definirne i caratteri²⁵.

Intanto, si impone una precisazione: non deve confondersi la qualificazione dei principi come espressi ovvero inespressi con il loro carattere implicito. La prima differenziazione attiene all'espressione o meno del principio in una disposizione di legge²⁶. Il carattere implicito è invece proprio di ogni principio²⁷. Ogni principio, infatti, è caratterizzato «da un'eccedenza di contenuto deontologico»²⁸, ossia da una forza di espansione assiologica che va oltre la sua eventuale formulazione. Pertanto, anche in presenza di una sua formulazione espressa, come è nel caso della proporzionalità in ambito

²³ C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Edward Elgar, 2018, p. 29; P. CRAIG, *General principles of law: treaty, historical, and normative foundations*, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles*, cit., p. 44; G. MARTINICO, *General principles of EU law*, cit., p. 85; G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato*, cit., p. 31 ss. Interessante la visione di C. SEMMELMANN, *General Principles of EU Law*, cit., p. 25, per cui studi comparativi, il più delle volte assenti nelle pronunce della Corte, si possono invece rintracciare, quasi a parziale compensazione, nelle opinioni degli Avvocati Generali, nei lavori della Direzione della Ricerca e Documentazione della Corte, nelle argomentazioni della Commissione e delle altre parti.

²⁴ G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato*, cit., p. 39 ss. G. MARTINICO, *General principles of EU law*, cit., pp. 90-91 prende ad esempio di tale metodo proprio l'elevazione del principio di proporzionalità, di origine tedesca, a principio generale dell'Unione europea.

²⁵ Nello stesso senso P.J. NEUVONEN - K.S. ZIEGLER, *General principles in the EU legal order*, cit., p. 15.

²⁶ Risale a V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., p. 47 ss. il fondamentale insegnamento relativo alla sostanziale irrilevanza, dal punto di vista dogmatico, della distinzione tra principi espressi e inespressi, ben potendo coesistere entrambe le ipotesi nell'ordinamento.

²⁷ F. MODUGNO, *Principi generali*, cit., p. 3.

²⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2ª ed., Giuffrè, 1971, p. 316. Nello stesso senso, con riguardo ai principi generali dell'Unione europea, G. MARTINICO, *General principles of EU law*, cit., p. 83 e P.J. NEUVONEN - K.S. ZIEGLER, *General principles in the EU legal order*, cit., p. 14.

cautelare interno e nelle fonti sovranazionali, il giurista non è esentato dall'accertare l'esistenza di un principio e il suo eventuale carattere generale²⁹.

La formula “principio generale”, dunque, sta ad indicare una proposizione di particolare importanza per il sistema che si pone alla base di più norme. I principi generali, dunque, si connotano, a livello “strutturale”, per essere astratti e per trovare esplicazione in più norme; dal punto di vista “funzionale”, per risultare idonei a essere applicati a una serie potenzialmente indefinita di fattispecie; a livello, per così dire, “ontologico”, per essere fondamentali per l'ordinamento, nel senso che le relative norme devono tendenzialmente conformarvisi³⁰.

²⁹ Non si concorda, quindi, con chi sostiene che l'aumento di norme scritte conduca ad una riduzione nell'impiego dei principi (C. SEMMELMANN, *General Principles of EU Law*, cit., p. 30). Così T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 10.

³⁰ Pare questo, in effetti, il significato più importante di definire “fondamentali” i principi generali: così V. MORENO-LAX - K.S. ZIEGLER, *Autonomy of the EU legal*, cit., p. 234 (sul carattere fondamentale dei principi generali, oltre al già citato F. MODUGNO, *Principi generali*, cit., p. 5, v. anche V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., p. 238 e P.J. NEUVONEN - K.S. ZIEGLER, *General principles in the EU legal order*, cit., p. 13). Più in generale, sono molteplici i riferimenti dottrinali su cui si basa la ricostruzione proposta. Per V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., p. 241, i principi generali sono «norme determinanti la posizione di altre norme», nonché «norme riassuntive del significato essenziale di più altre»; C. SEMMELMANN, *General Principles of EU Law*, cit., pp. 4-5 parla di una idea basilare, fondamentale, una proposizione di particolare importanza o peso che è sottesa al sistema in generale, strutturalmente generica, indeterminata, astratta, programmatica, non conclusiva, che di regola incorpora, valori o idee morali o politiche; T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 1 definisce i principi generali come proposizioni fondamentali di legge sottese a un sistema legale e da cui discendono regole o risultati concreti. P. CRAIG, *General principles of law*, cit., p. 41 riprende da T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 1 la caratteristica dell'astrattezza e da G. FITZMAURICE, *The General Principles Of International Law Considered from the Standpoint Of the Rule of Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92, 1957, p. 7 il concetto per cui il principio è qualcosa di sotteso alle regole, di cui costituisce la *ratio*. Si noti la scelta di non distinguere tra il significato del sostantivo “principio” e dell'aggettivo “generale”: a ben vedere, spesso si riferiscono caratteristiche dell'uno all'altro e viceversa. Ad esempio, V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto*, cit., p. 239 riferisce al termine “principio” il fatto che dal medesimo discendono altre norme e al termine “generale” il fatto che il principio sia comune a più norme e contenga più fattispecie; C. SEMMELMANN, *General Principles of EU Law*, cit., p. 5, dopo aver definito il principio come una proposizione di particolare importanza sottesa al sistema, distingue tre tipi di generalità: la mancanza di un contenuto ben definito, l'applicabilità in più settori del diritto, la possibilità di ricavare induttivamente il principio individuando il comune denominatore di una serie di norme; T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 1, definendo il principio come una proposizione di legge di una certa importanza da cui derivano regole concrete, riferisce la generalità al livello di astrazione maggiore rispetto alle regole specifiche, all'applicabilità in più aree del diritto e al grado di riconoscimento o accettazione. Si può notare, insomma, come una certa sovrapposizione sia inevitabile: se il termine principio implica che si tratti di una norma da cui ne discendono altre, allora include già i principali caratteri della generalità. Si concorda, dunque, con M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Sociologia del diritto*, 1983, n. 2, p. 9, secondo il quale poiché «tutti i principi sono generali, non si può individuare

In conclusione, sebbene non sia vero che un principio si debba necessariamente ricavare induttivamente dall'osservazione di una o più caratteristiche comuni a determinate disposizioni esplicite, è tuttavia vero che per definire un principio generale del diritto il metodo migliore sembra consistere nell'esame di uno o più enunciati giuridici diversi che paiano presupporlo o rappresentarne una specificazione³¹. Solo così si possono osservare l'estensione del principio, le sue possibili criticità applicative, il suo valore aggiunto nel sistema in cui opera e solo così si può verificare se davvero esso sia portatore di un carattere fondamentale per l'ordinamento.

Una volta stabilito se il principio si ponga quale *ratio* sottesa a certe disposizioni, un ulteriore elemento sintomatico dell'esistenza di un principio generale del diritto si può rintracciare in un suo eventuale impiego in via interpretativa e *lato sensu* analogica da parte della giurisprudenza.

Infine, pare importante confrontarsi con l'eventuale sussistenza di norme che confliggano con il principio³². Queste potranno essere interpretate quali elementi contrari all'esistenza del medesimo ovvero quali norme da sottoporre a interpretazione correttiva, verificando innanzitutto se siano o meno al servizio di confliggenti interessi o principi meritevoli di tutela³³.

3. Ambito di ricerca e programma di lavoro

Per rispondere alla domanda posta (esiste un principio generale di proporzionalità nel procedimento penale?) e nel tentativo di limitare l'arbitrarietà insita nella selezione

una differenza netta tra principi e i c.d. principi generali del diritto». Lo stesso Autore, a dire il vero, sostiene che i principi generali siano quelli ricavati mediante induzione e non tramite disposizioni legislative (*ibidem*). Egli accede, quindi, a un'interpretazione che, come detto, è stata superata dalla storia, con ciò dimostrando in realtà la correttezza dell'affermazione precedente, per cui una scissione netta tra i due concetti non è di fatto possibile.

³¹ Si esprime in questi termini V. CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., p. 160.

³² Tale linea per la ricerca del principio sotteso alle singole disposizioni è in parte ripresa dalle indicazioni di M. JORI, *I principi nel diritto*, cit., pp. 25-26.

³³ Certo, ci si rende ben conto di come si adoperi in questo caso un criterio più vicino all'«istinto scientifico del ricercatore» (K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der Modernen Naturwissenschaft*, Springer-Verlag, 1935, p. 64, citazione ripresa da G. BONIOLO - G. GENNARI, *Ahi Popper! Ripensando criticamente al suo mito fra i giuristi*, in *Sist. pen.*, 3/2022, p. 21) che a canoni rigorosamente logici. Tuttavia, nel valutare un insieme di enunciati, è inevitabilmente «il buon senso degli scienziati e non la logica, che in questo caso è del tutto impotente, a decidere quale sia l'enunciato che deve essere considerato falsificato e quale sia l'enunciato che deve essere tenuto perché si ha fiducia nella sua validità» (*ibidem*).

delle norme da osservare, si procederà innanzitutto all'analisi delle norme processuali che pongono espressamente il canone della proporzionalità.

Allora, occorre notare come l'unica disposizione del codice di procedura penale italiano che contenga un espresso riferimento alla proporzionalità sia l'art. 275 c.p.p., inerente ai criteri di scelta delle misure cautelari. Tuttavia, non si tratta dell'unica disposizione che è possibile individuare là dove si vada alla ricerca di norme processuali che contengano una formulazione espressa del canone. Viene in soccorso, infatti, il piano sovranazionale. Sicché, benché l'indagine terrà conto del sistema processuale italiano, ovviamente non si potrà prescindere dal contesto europeo, e dunque dai fondamentali articoli 52 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Si tratta infatti delle norme di rango più elevato, vincolanti per l'ordinamento italiano, che, con ricadute anche per il diritto processuale penale interno, enunciano la proporzionalità in modo espresso.

Solo successivamente, si passerà all'analisi del citato art. 275 c.p.p. e delle altre disposizioni ad esso connesse che, sempre nel settore cautelare, rappresentano specificazioni del principio di proporzionalità ivi enunciato.

Ma la proporzionalità, come noto, trova spazio in modo espresso anche in tema di mandato di arresto europeo, seppure solo nella normativa secondaria dell'Unione; e di ordine europeo di indagine, primo strumento di cooperazione giudiziaria penale rispetto al quale il legislatore europeo ha introdotto un esplicito riferimento alla proporzionalità, poi specificato ulteriormente a livello interno dall'art. 7 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108. Entrambi questi strumenti, appunto di derivazione europea, sono ormai parte integrante dell'ordinamento nazionale, in cui sono stati recepiti attraverso fonti di rango primario. Una loro piena comprensione, alla luce soprattutto della centralità della proporzionalità nelle relative discipline, pare imprescindibile per rispondere al quesito di ricerca.

Si passerà poi ad analizzare le norme che, in ipotesi, rivelino il principio in modo inespresso. È questo il momento nel quale, evidentemente, il tasso di discrezionalità dell'interprete si fa più elevato.

Al fine di selezionare gli istituti da considerare, si è cercato di trarre ispirazione dalla prima parte del lavoro, domandandosi perché la proporzionalità sia emersa nel settore cautelare e in quello della ricerca della prova. Per il settore cautelare, si può osservare come si tratti del momento del procedimento penale più vicino in assoluto, in termini di struttura e afflittività, a quello di applicazione della pena. La misura cautelare anticipa gli effetti

tipici dell'applicazione della pena, seppure sulla base di presupposti diversi. Così, sorge un'esigenza assimilabile a quella della proporzionalità della pena al fatto commesso.

Ma anche la fase della ricerca della prova è in qualche modo connessa all'applicazione della pena. È infatti in tale momento che si ricostruisce il fatto su cui si dovrà fondare l'esito del procedimento ed eventualmente parametrare la pena. Non solo: anche in quest'ambito possono risultare compressi, anche in modo significativo, diritti fondamentali dell'imputato. Emerge dunque una caratteristica intrinseca del principio di proporzionalità, che affiora nelle leggi ed è invocato dalle corti ogniqualvolta sia messo a repentaglio un diritto inviolabile, al fine di verificare la legittimità della compressione dello stesso alla luce degli interessi contrapposti perseguiti, assumendo così la funzione di fondamentale *standard* per la tutela dei diritti fondamentali³⁴.

Pertanto, benché la proporzionalità venga nominata espressamente solo in tema di ordine europeo di indagine, sembra proprio il settore della ricerca della prova quello più indicato quale oggetto di approfondimento alla ricerca di tracce di un principio generale di proporzionalità. In tale fase, infatti, si cerca di ricostruire il fatto attraverso strumenti che incidono su diritti individuali³⁵ come la libertà personale, la proprietà, il domicilio, il diritto

³⁴ In questo senso v., per tutti, G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. FACHECHI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 193: «il principio di proporzionalità rappresenta la misura e il paradigma della limitazione dei diritti fondamentali». Nell'ambito del diritto processuale penale, v. L. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche applicative in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 559, per cui la proporzionalità è un «principio generale informatore del nostro ordinamento processuale penale relativo ad ipotesi nelle quali, per fini processuali, debba realizzarsi la compressione di una posizione giuridica costituzionalmente rilevante». Con riguardo al «genuino carattere di garanzia dell'individuo» insito nel principio di proporzionalità, v. D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 3 ss. Nello stesso senso, F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in AA.VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, tomo I, a cura di G. CONTE - S. LANDINI, Universitas Studiorum, 2017, p. 314. V. anche T.-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, n. 2, p. 165, per cui «the principle could be presumed to be accessory to rights». Ad ogni modo, tale aspetto sarà trattato approfonditamente nel capitolo III, paragrafo 3.2.3.

³⁵ La distinzione tra diritti fondamentali del processo penale e diritti fondamentali che vengono in rilievo nel processo penale è di G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, vol. 1, 4^a ed., Giuffrè, 2017, pp. 237-238. L'Autore rileva come i primi, oltre ad essere posti a salvaguardia delle parti, rivestano un ruolo cruciale come garanzie epistemologiche per l'ottenimento di una decisione giusta. I secondi, viceversa, vivono fuori dal processo e possono essere violati dal suo svolgimento, imponendo così l'utilizzo del canone della proporzionalità per definire in quali limiti e con quali modalità ciò sia giuridicamente consentito (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 238).

alla tutela della vita privata e dei dati personali. Tanto i mezzi investigativi quanto le misure cautelari possono farsi rientrare nella categoria dottrinarie degli atti “a natura bifronte”, i cui effetti cioè, in ragione della loro funzione, «fuoriescono dallo spazio formale del processo e incidono direttamente sulla sfera materiale del soggetto passivo, colpendone fondamentali beni della vita»³⁶. Dunque, l’indagine si concentrerà sulla disciplina dettata in tema di accertamenti medici coattivi, in quanto misura investigativa intrusiva della libertà corporale di un soggetto, e di mezzi di ricerca della prova (ispezioni, perquisizioni, sequestro probatorio, intercettazioni di comunicazioni o conversazioni e acquisizione di dati del traffico telefonico o telematico, con un *focus* altresì sugli analoghi problemi posti dalla banca dati nazionale del DNA), al fine di rinvenirne i caratteri comuni che potrebbero comporre il principio di proporzionalità nel procedimento penale.

Dopo aver provato a verificare, rispondendo al quesito in termini negativi, se la proporzionalità possa caratterizzare anche i diritti processuali (come il diritto di difesa, al contraddittorio o alla prova), si passerà alla definizione delle caratteristiche dell’ipotizzato principio e all’identificazione delle sue possibili funzioni, valutando altresì se l’eventuale proporzione inespressa emergente dalle disposizioni codicistiche in tema di mezzi di ricerca della prova sia la medesima sottesa alle norme che lo pongono in modo espresso o se, comunque, vi sia in qualche modo collegata. Preme specificare inoltre che si andrà alla ricerca di caratteristiche e funzioni strettamente connesse al procedimento penale, idonee a distinguere il principio generale di proporzionalità del procedimento penale dall’omologo principio generale del diritto, da cui pure deriverebbe.

Infine, si cercherà di fornire una risposta alla domanda se la proporzionalità sia un principio generale del procedimento penale.

³⁶ D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 7. L’Autore, al riguardo, richiama in nota l’elaborazione sugli atti processuali “a duplice rilevanza” di W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur Allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950, p. 126 ss.

I. La proporzione codificata

1. Origini e struttura del principio di proporzionalità

Il primo a usare il termine “proporzionalità” (*Verhältnismäßigkeit*) pare sia stato von Berg nel 1799¹, ma sembrerebbe che già precedentemente il concetto fosse impiegato per definire la legittimità degli interventi di polizia. Lo testimonierebbe l’adagio popolare secondo cui “la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni” (“*die polizei darf nicht mit kanonen auf spatzen schießen*”)².

Tuttavia, non è scorretto affermare che la proporzionalità è principio di origine giurisprudenziale, che si è affermato compiutamente a partire dalla celebre sentenza *Kreuzberg* del Tribunale amministrativo superiore prussiano del 1882³. Il giudizio ebbe ad oggetto l’atto impositivo della chiusura di uno spaccio per sanzionarne la vendita di alcool senza licenza. Il Tribunale dichiarò l’illegittimità del provvedimento, in ragione del fatto che l’autorità avrebbe dovuto ricorrere a una misura meno lesiva dei diritti del titolare dell’attività⁴.

A livello legislativo, già nel 1794 si rintraccia un riferimento a uno dei futuri “gradini” del test di proporzionalità, ossia la necessità (*Notwendigkeit*), nello *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, paragrafo 10, II, 17⁵. Si noti però come il principio in tale contesto fosse ancora legato a una logica autoritaria: era cioè lo Stato ad autolimitarsi volontariamente. Solo nel secondo dopoguerra si imporrà definitivamente la nuova ottica - spinta dal costituzionalismo - secondo cui il baricentro dei moderni sistemi giuridici sono i diritti individuali, che di regola prevalgono sulle restrizioni imposte dallo

¹ G.H. VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, Berlin, 1799, p. 88 ss.

² Si aderisce qui alla ricostruzione proposta da G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 264 ss. Altri, come D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998, p. 12 ss., attribuiscono l’espressione direttamente a F. FLEINER, *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, 1912, p. 354.

³ PrOVG, 14 giugno 1882, in *PrOVGE* 9, p. 353 ss.

⁴ Si veda, tra i tanti, A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p. 4644.

⁵ V. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *L’ordinamento europeo. Vol. 2: L’esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, Giuffrè, 2006, p. 227. V. anche ID., *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 189 ss., a cui si rinvia per un approfondimento ulteriore sulla genesi del principio nel diritto tedesco.

Stato, consentite solo ove costituenti strumenti indefettibili per la realizzazione di un fine pubblico costituzionalmente rilevante⁶.

Ciò non di meno, si può già intravedere l'esigenza cui risponde il principio in questione: assicurare che lo Stato, là dove limiti diritti e interessi privati, intervenga nella misura meno intrusiva possibile⁷. In altri termini, ma questo è già un passaggio successivo, garantire un corretto bilanciamento tra l'interesse dello Stato e quello dei privati. Ad ogni modo, la proporzionalità si pone quale «argine e canone di legittimazione di ogni invasione delle prerogative individuali da parte dello Stato»⁸.

Si comprende quindi la ragione per cui le radici del principio si siano avute nell'applicazione delle misure di polizia, ove è massimamente tangibile il contrasto tra Stato e individuo, tra autorità e libertà. Risulta altresì evidente la ragione del suo sviluppo nel diritto amministrativo, tipica sede di contrapposizione tra pubblico e privato. Ma la flessibilità del giudizio di proporzione, la sua intuitiva e il più delle volte inconscia applicazione nella vita di tutti i giorni ogniqualevolta si ponderino costi e benefici di una determinata scelta, la sua idoneità a fornire potere ai giudici imbrigliandolo al tempo stesso in un'argomentazione razionale, ne hanno determinato l'espansione in ogni campo del diritto⁹.

Ciononostante, la sua struttura è rimasta per lo più immutata¹⁰. Il test di proporzionalità, com'è noto, consta delle tre fasi della idoneità (*Geeignetheit*), necessità

⁶ D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 7 e pp. 9-10 e ID., *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, pp. 554-555.

⁷ Non è un caso che la prima sentenza che ha recepito in Italia il test di ascendenza tedesca riguardasse la nazionalizzazione delle imprese produttrici di energia elettrica: Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14, in *Foro it.*, 1964, p. 465, con nota di N. CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, sulla quale si rinvia a G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., pp. 193-194 per i profili che qui interessano.

⁸ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 158.

⁹ Così A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p. 4643: «si tratta di un criterio elementare ed universale di giustizia. (...) E esso trova applicazione in quasi tutti i campi del diritto, dal diritto privato al diritto penale, dal diritto del lavoro a quello fallimentare, dal diritto tributario a quello internazionale». G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., p. 185 individua nella sua «duttilità logico-argomentativa» e nel suo «contenuto essenzialmente procedurale» le ragioni della sua fortuna. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 145 osserva come in campo processuale la sua fortuna sia legata, tra le altre cose, alla «visione olistica e omnicomprensiva del fenomeno processuale» in auge soprattutto nella giurisprudenza della Corte Edu.

¹⁰ T.E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2013, p. 25 rileva come alcuni lavori comparativi (si richiama esplicitamente M. COHN, *Three Aspect of Proportionality*, in *Atti dell'VIII Congresso mondiale dell'“International Association of Constitutional Law”*, Mexico City, 2010) abbiano evidenziato

(*Notwendigkeit* o *Erforderlichkeit*) e proporzionalità in senso stretto (*Abwägung*), individuate per la prima volta dalla giurisprudenza tedesca¹¹. Si dà qui per presupposto il passaggio preliminare relativo all'ammissibilità o legittimità dello scopo perseguito, spesso incluso nel test, se non altro perché in ambito processuale si tratta di requisito sempre sussistente: le finalità di accertamento e repressione dei reati sono ovviamente legittime. Si è correttamente affermato in dottrina che il test risulta essere «uno e trino»¹², in quanto ciascuna fase va valutata autonomamente ma non è scindibile dalle altre.

La prima è una valutazione da svolgersi interamente in astratto. In tale fase ci si limita a mettere in relazione i mezzi predisposti o utilizzati e il fine che si intende o che si intendeva raggiungere. Perché si possa passare al gradino successivo è sufficiente la mera possibilità che, in astratto, tramite certe misure si possa contribuire al raggiungimento di un certo fine¹³.

La seconda fase presenta maggiori elementi di complessità e inizia a involgere valutazioni ampiamente discrezionali del giudice. La necessità (o necessarietà) richiede che tra i vari mezzi idonei a raggiungere lo scopo prefissato, si debba prediligere quello che comporta il minor sacrificio dei diversi interessi coinvolti. Chiaro il legame col primo gradino: una misura inidonea a raggiungere un obiettivo non potrà mai essere necessaria; se vi è solo una misura idonea, sarà conseguentemente anche necessaria, in quanto non sostituibile con alcun'altra¹⁴. Il giudizio si concreta nella c.d. regola del “mezzo più mite”: a parità di soddisfazione dello scopo perseguito, deve prevalere il mezzo che meno incide sugli interessi confliggenti, che arreca la minor lesione alle libertà dei singoli. Non si può non vedere l'alto tasso di discrezionalità implicato in una simile valutazione, non solo circa il grado di tutela da assicurare al bene protetto e l'individuazione di eventuali metodi alternativi per garantirla, ma anche in ordine alla lesione che si è disposti a tollerare in danno di determinate prerogative piuttosto che di altre.

Si scorge, perciò, l'esigenza di ponderazione tra interessi confliggenti a cui rispondono le tecniche di bilanciamento ormai stabilmente incorporate nel giudizio di proporzionalità e si arriva al terzo stadio, che si è affermato compiutamente in Germania

qualche variante nella definizione delle fasi che compongono il test di proporzionalità. Tuttavia, a ben vedere, si tratta di differenze marginali e per lo più esclusivamente terminologiche.

¹¹ Si veda per tutti il celebre caso *Apothekenurteil* dell'11 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, p. 377 ss.

¹² A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p. 4645.

¹³ In questo senso v. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 17.

¹⁴ Così, tra i tanti, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., p. 277.

solo in seguito alla caduta del regime nazista. È infatti dopo tale momento che si impone una volta per tutte la convinzione che si debbano sempre comparare criticamente l'intervento dello Stato e i beni sacrificati dallo stesso¹⁵. Il bilanciamento rappresenta l'essenza del giudizio di proporzione, tanto che tale fase viene definita quella della "proporzionalità in senso stretto". A ben vedere, il bilanciamento è in realtà l'essenza stessa della giurisdizione. Basti pensare alle raffigurazioni della Dea greca Δίκη (o della Dea romana *Iustitia*), spesso dotata, com'è risaputo, proprio di una bilancia¹⁶. Ancora, come già accennato, è un'operazione mentale effettuata da ciascuno di noi, anche inconsciamente, quotidianamente, ogniquale volta ci si ritrovi a considerare i pro e i contro di una certa scelta¹⁷.

Si esige però un bilanciamento razionale, che trovi riscontro nella motivazione del giudice e segua una scansione il più possibile definita. È opportuno valutare per prima l'incisività dell'intervento nella sfera del singolo; in secondo luogo considerare il peso e l'urgenza da un lato dell'interesse generale e dall'altro dell'interesse individuale protetti dall'ordinamento¹⁸. Solo a questo punto si può procedere al bilanciamento e giungere alla decisione finale. La terza fase della proporzionalità, quindi, funge da "valvola di sicurezza" a vantaggio della protezione dei diritti individuali¹⁹.

La raffinata elaborazione tedesca, pacificamente ancorata alla Legge Fondamentale per la Repubblica Federale di Germania (*Grundgesetz*)²⁰ è penetrata nel diritto dell'Unione europea e dei suoi Stati membri²¹, trovando formulazioni espresse nei più alti testi legislativi europei e significativi punti di emersione nelle discipline nazionali.

¹⁵ Così D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 19.

¹⁶ L'immagine è richiamata, con riferimento al principio di proporzionalità, anche da A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 19.

¹⁷ S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *Int. J. Const. Law*, 2009, n. 3, p. 469.

¹⁸ Si veda D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 20.

¹⁹ T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill - Nijhoff, 2015, p. 37.

²⁰ Una espressa formulazione del principio pare potersi rinvenire principalmente nell'art. 19 II *Grundgesetz*, in forza del quale «in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale», che la giurisprudenza tedesca legge in connessione con il principio dello Stato di diritto, enunciato all'art. 20 *Grundgesetz*. Per una ricognizione dei possibili fondamenti legali del principio indicati nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche, v. G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, p. 414 ss.

²¹ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 134 rileva come anche la Corte di Giustizia applichi il test secondo la triplice scansione tipica della giurisprudenza tedesca. Secondo M. KUMM, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*,

2. Il carattere carsico della proporzionalità nel procedimento penale italiano: un'incongruenza rispetto al settore della cooperazione giudiziaria europea

Il principio di proporzionalità è riconosciuto nella normativa dell'Unione europea in vari modi.

Innanzitutto, l'art. 5 del Trattato sull'Unione europea (TUE) lo pone quale criterio complementare al principio di sussidiarietà - di ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri²². Sempre sul piano dell'attribuzione di competenza si può poi collocare l'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Tale disposizione, seppure in modo inespresso, introduce un test di proporzionalità là dove si riferisce al criterio della indispensabilità per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione al fine di consentire l'intervento dell'Unione nella definizione di norme minime su reati e sanzioni nel settore oggetto di misure di armonizzazione²³. Entrambi i precetti rivelano la proporzionalità quale principio generale del diritto europeo sul piano istituzionale e non riguardano il diritto processuale penale.

Assumono invece rilievo in tale ambito le disposizioni della CDFUE.

L'art. 49 paragrafo 3 CDFUE, nel prevedere che «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato», introduce il classico principio di proporzionalità della

in *Int. J. Const. Law*, 2004, n. 3, p. 595 il principio di proporzionalità sarebbe, assieme alla *judicial review* di matrice kelseniana, «*the most successful legal transplant(s) in the second half of the twentieth century*». La citazione è ripresa da A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, tesi dottorale, Bologna, 2013, p. 70. Sulla penetrazione del principio dal contesto tedesco a quello europeo, v. anche E. BJORGE - J. ZGLINSKI, *The principle of proportionality in EU law and its domestic application*, ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles*, cit., p. 191 ss. e T.-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle*, cit., p. 164. Per uno studio che assume una prospettiva globale sulla traslazione della proporzionalità a partire dalla Germania, v. A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 181 ss. T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 6, ha efficacemente affermato che i principi generali sono «*children of national law but as brought up by the Court, they become enfants terribles: they are extended, narrowed, restated, transformed by a creative and eclectic judicial process*». L'Autore prende poi ad esempio proprio il principio di proporzionalità (T. TRIDIMAS, *The general principles*, cit., p. 7).

²² Al riguardo, v., tra i tanti, N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 140 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 76 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles*, cit., p. 175 ss. V. anche M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *European Criminal Law Review*, 2011, n. 1, p. 36, che evidenzia come la proporzionalità posta a limitazione agli atti dell'Unione che interferiscano con diritti fondamentali sia diversa da quella che obbliga il legislatore europeo a rispettare le competenze degli Stati membri.

²³ V., sul punto, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, n. 1, pp. 120-121.

pena²⁴; l'art. 52 paragrafo 1 CDFUE impone il rispetto del principio di proporzionalità ogniqualvolta ricorrano limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti nella CDFUE stessa²⁵.

La prima disposizione, «dal vago sentore retribuzionistico»²⁶, attiene, com'è ovvio, principalmente al diritto penale sostanziale. Si tratta di quella che Asp definisce *C-proportionality (criminal proportionality)*, contrapponendola alla *A-proportionality (administrative proportionality)*²⁷, che è invece espressa nell'art. 52 CDFUE. Solo quest'ultima si articola, a parere dell'Autore, nel triplice test di origine tedesca, ma le due sono collegate in quanto, così come la *C-proportionality* instaura una relazione tra la pena da infliggere e la gravità del fatto commesso, la *A-proportionality* deve prendere in considerazione la dannosità del comportamento che si intende reprimere, seppur a livello prognostico, al fine di compararlo con l'afflittività della misura da impiegare. La misura,

²⁴ Per un approfondimento delle ricadute in ambito sostanziale di tale norma, v., per tutti, V. MITSILEGAS - E. BILLIS, *sub art. 49*, in AA.VV., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di S. PEERS - T. HERVEY - J. KENNER - A. WARD, 2^a ed., Hart - Beck - Nomos, 2021, p. 1498 ss.; R. SICURELLA - M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, *sub art. 49*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI, Giuffrè, 2017, p. 972 ss.; D. VAN ZYL SMIT - A. ASHWORTH, *Disproportionate Sentences as Human Rights Violations*, in *The Modern Law Review*, 2004, n. 4, pp. 559-560; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022.

²⁵ Per un approfondimento, v., per tutti, F. FERRARO - N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 1065 ss. e S. PEERS - S. PRECHAL, *sub art. 52*, in AA.VV., *The EU Charter*, cit., p. 1628 ss.

²⁶ C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 112. Si noti però la formulazione in negativo della disposizione (la norma parla di pene “non sproporzionate”, anziché di pene “proporzionate”), che pare riaffermare il rigetto dell'utilizzo - ancora largamente diffuso - del principio di proporzione *in malam partem*, ovvero sia come canone invocato per pretendere una sanzione effettiva e dissuasiva nei confronti di violazioni reputate particolarmente gravi (su cui v. A. BERNARDI, *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in AA.VV., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. DONINI - L. FOFFANI, Giappichelli, 2018, p. 90). Sulla formulazione in negativo della disposizione interpretata principalmente come sintomo della possibilità di sanzionare solo rapporti tra pena e reato palesemente irragionevoli, v. M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, *sub art. 49*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 1009.

²⁷ P. ASP, *Two notions of proportionality*, in AA.VV., *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, a cura di K. NUOTIO, Faculty of Law - University of Helsinki, 2007, p. 207 ss. Si noti come l'Autore parli di “*administrative proportionality*” ma come chiarisca si tratti di concetto applicabile a qualunque regola immaginabile (P. ASP, *Two notions of proportionality*, cit., p. 209), comprese dunque quelle penali e processuali penali.

cioè, non deve superare la gravità del comportamento che, ad esempio, è volta ad accertare o evitare.

In ambito processuale penale, tale connessione acquista vigore. Il giudice, infatti, è vincolato dalla *C-proportionality* in sede di irrogazione e commisurazione della pena, al termine del processo²⁸. Ma le dimensioni di pena e processo sono strettamente interrelate, non essendoci l'una senza l'altro²⁹ e potendosi considerare il processo la prima parte di una pena complessivamente inflitta all'imputato poi condannato³⁰.

Sicché, paiono espressione del principio di proporzionalità della pena (sostanziale) tutte quelle disposizioni che circoscrivono l'applicabilità di certe misure processuali, ritenute particolarmente afflittive, a determinati reati, individuati talvolta secondo un criterio qualitativo, ossia mediante puntuale indicazione delle fattispecie criminose, talaltra secondo un criterio quantitativo, ossia attraverso l'indicazione di soglie edittali, da verificare in astratto o tramite una prognosi circa la pena in concreto applicabile. Infatti, più che rientrare in una delle articolazioni di un test di proporzionalità specifico per il procedimento penale, escludere l'impiego di certi strumenti processuali per l'accertamento e la repressione di reati poco gravi sembra rientrare nella logica della proporzione del complessivo trattamento *lato sensu* sanzionatorio rispetto alla gravità del fatto commesso³¹. La delimitazione dell'impiego di taluni strumenti processuali a procedimenti concernenti solo alcuni reati o fasce di reati può così essere letta come una traccia, in ambito processuale, del principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 49 CDFUE. Una simile scelta si riflette sul procedimento, ma è, in un certo senso, esterna ad esso. Ciò poiché è effettuata a monte dal legislatore e applicata dal giudice, almeno in teoria, senza ampi margini discrezionalità³².

²⁸ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 119.

²⁹ Si rinvia, sul punto, a F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. 1, Edizioni dell'Ateneo, 1946, p. 87.

³⁰ Anche in questo caso, l'intuizione risale a F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo*, cit., pp. 34-35. V. anche M.M. FEELEY, *The Process is the Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court*, RSF, 1979, pp. 200-201.

³¹ Seguendo un ragionamento di questo genere, taluno reputa applicabile l'art. 49 CDFUE esclusivamente ai casi in cui la misura processuale assuma valenza sostanzialmente penale. In questo senso, v. T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant – With an Excursus on Poland*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 2, p. 168.

³² Una qualche discrezionalità è inevitabile, com'è ovvio, nella stessa qualificazione giuridica del fatto. Inoltre è chiaro che là dove si richieda una prognosi circa la pena in concreto applicabile la

Non è casuale quindi che il divieto di disporre un mandato di arresto europeo nell'ambito di procedimenti relativi a reati caratterizzati da una scarsa carica offensiva sia stato ancorato in un caso proprio all'art. 49 CDFUE³³. Si tratta, in effetti, di una terra di confine: si richiede al giudice di mettere in relazione una misura processuale con la gravità concreta del fatto oggetto del procedimento, senza però un'indicazione di soglie edittali da parte del legislatore³⁴. Fermo il legame con la *C-proportionality*, pare tuttavia preferibile ritenere che tali ipotesi configurino questioni prevalentemente processuali, poiché la valutazione, altamente discrezionale e tutta interna al procedimento, riguarda la possibile violazione di diritti fondamentali dell'individuo, come quello alla vita familiare, che sarebbero compressi in modo sproporzionato dalla misura processuale. In altri termini, in questo caso, pare che sia una decisione di carattere processuale, da svolgersi secondo i canoni della *A-proportionality*, a riflettersi sulla proporzionalità sostanziale, e non viceversa. Ciò, ovviamente, sempre a non voler estendere l'applicabilità di tale ultimo principio, e dunque dell'art. 49 paragrafo 3 CDFUE, all'intera materia processuale, prendendolo altresì a parametro per il ricorso stesso alla cooperazione giudiziaria. Si tratta, però, di opinione ancora minoritaria in dottrina³⁵.

discrezionalità aumenta in modo considerevole. Ma si tratta di caso nettamente meno frequente rispetto al mero riferimento alla pena detentiva in astratto prevista dalla norma incriminatrice.

³³ Oberlandesgericht Stuttgart, 25 febbraio 2010 - 1 Ausl. (24) 1246/09, *General Public Prosecution Service v. C.*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 474 ss. (traduzione inglese di J. Vogel), con commento di J. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant*. Sulla pronuncia, v. anche L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, n. 1, p. 250 ss.

³⁴ L. MANCANO, *Mutual recognition in criminal matters, deprivation of liberty and the principle of proportionality*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, n. 6, p. 726, V. MITSILEGAS - E. BILLIS, *sub art. 49, cit.*, p. 1502 ss. e N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2014, n. 2, p. 163 sembrano accettare il riferimento all'art. 49 CDFUE.

³⁵ In questo senso, v. S. ALLEGREZZA, *Prova scientifica e dimensione europea*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. CANZIO - L. LUPARIA, Cedam - Wolters Kluwer, 2022, p. 142; EAD., *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, a cura di S. RUGGERI, Springer, 2014, p. 60. Apre a questa possibilità anche M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità*, cit., p. 1010 ss. Di recente, poi, sulla scorta di una importante pronuncia in cui si è affermata l'efficacia diretta dell'art. 49 paragrafo 3 CDFUE (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 8 marzo 2022, *NE*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3222, con nota di C. PEDULLÀ, *Il sindacato giurisprudenziale sulla (s)proporzione tra disapplicazione da parte del giudice comune ed incostituzionalità dichiarata dal giudice costituzionale*, su cui v. anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione*, cit.), F. CASSIBBA, *Misure investigative del*

La ragione della persistente separazione dei due ambiti - proporzione processuale e proporzione sostanziale - si deve rintracciare probabilmente nel più “comodo” e chiaro riferimento, per la materia processuale, all’art. 52 paragrafo 1 CDFUE, che sconsiglia di percorrere l’impervia strada di una estensione del principio di proporzionalità della pena, in chiave dinamica, all’intero procedimento penale. Così, anche per quanto riguarda la questione dei mandati di arresto europei sproporzionati rispetto al fatto, è preferibile richiamare tale disposizione³⁶.

Ancora, è tale norma a potersi porre a fondamento del principio di proporzionalità che l’indagine cerca di ricavare³⁷. A ben vedere, infatti, molte misure processuali disciplinate nel diritto interno, non solo di derivazione europea, si risolvono in limitazioni di diritti posti dalla CDFUE. Sicché si impone, a un livello prettamente concreto, il triplice vaglio imposto dalla proporzionalità. Le tre fasi tipiche del canone *de quo* sono chiaramente scandite nel testo della disposizione, che sancisce che le limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CDFUE devono essere «previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà» e che «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». La CDFUE, dunque, a differenza della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)³⁸ e della maggior parte

pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità, in *Sist. pen.*, 22 settembre 2022, p. 5 ha sostenuto che «è agevole preconizzare che gli argomenti messi in campo dal giudice di Lussemburgo in ambito penale sostanziale ben presto si estenderanno a quello processuale e, in particolare, alla materia probatoria, per impedire l’ingiustificata - perché, appunto, sproporzionata - lesione dei diritti fondamentali coinvolti dall’atto d’indagine».

³⁶ A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 121; L. ROMANO, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 258. Nello stesso senso pare indirizzarsi, tra gli altri, E. HERLIN-KARNELL, *The domination of security and the promise of justice: on justification and proportionality in Europe’s ‘Area of Freedom, Security and Justice’*, in *Transnational Legal Theory*, 2017, n. 1, p. 96 ss. La giurisprudenza della Corte di giustizia, che si esaminerà nel paragrafo 3.2.1 del presente capitolo, non fornisce indicazioni precise sul punto. Senz’altro, invece, la diversa questione dei mandati di arresto europei che potrebbero condurre alla violazione di diritti fondamentali determina, eventualmente, l’applicazione dell’art. 52 CDFUE. In questo senso, v. W. VAN BALLEGOOIJ, *European Arrest Warrant. European Implementation Assessment*, EPRS, 2020, p. 29, che richiama la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato di arresto europeo (2013/2109(INL)) (2017/C 285/18), paragrafo 7 (d).

³⁷ Ben articolata l’opinione, riguardo al mandato di arresto europeo, di A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 121 ss.

³⁸ La Corte Edu enuclea il principio di proporzionalità rispetto alla compressione di taluni diritti individuali ad opera anche di strumenti processuali penali dai secondi commi degli articoli 8-11

delle Costituzioni nazionali³⁹ disegna, al fianco del principio di legalità, una «clausola limitativa generale»⁴⁰ dei diritti ancorata a parametri piuttosto aperti. Sembra opportuno metterne in ordine i termini: appurato il rispetto del principio di legalità e vagliato che la finalità perseguita dalla limitazione rientri tra quelle previste, si valuta la necessità di tale limitazione, per poi procedere al bilanciamento imposto dal giudizio di proporzione, tenendo conto del fondamentale «limite dei limiti»⁴¹, rappresentato dall'obbligo di non intaccare il contenuto essenziale del diritto compresso. Si delinea così uno schema argomentativo-metodologico a cui devono fare riferimento i giudici nell'esercizio della discrezionalità loro attribuita, nonché le corti nazionali e sovranazionali nel valutare la legittimità delle disposizioni sottoposte alla loro attenzione.

La ricostruzione proposta degli ambiti applicativi dell'art. 49 paragrafo 3 CDFUE, confinato in linea di principio al diritto penale sostanziale ma con importanti riflessi in chiave processuale ogniqualvolta il legislatore stabilisca a monte rispetto a quali reati si possa adottare una certa misura, e dell'art. 52 paragrafo 1 CDFUE, posto alla base del giudizio di proporzionalità per la tutela dei diritti fondamentali compressi dallo svolgimento del procedimento, permetterà, in sede di definizione del principio generale di proporzionalità nel procedimento penale, di escludere che una previa selezione dei reati per i quali una determinata misura sia consentita rappresenti un elemento essenziale del principio *de quo*⁴².

La proporzione penetra infine nel procedimento penale interno attraverso il diritto derivato dell'Unione. Ci si riferisce agli articoli 6 e 10 della direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale (direttiva OEI), recepiti e specificati ulteriormente agli articoli 7 e 9 del già citato d.lgs. n. 108/2017; agli articoli 1 e 8 regolamento UE 2018/1805 del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca; agli articoli 5, 30 e 31 regolamento UE 2017/1939 del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata

CEDU, oltre che, per quanto riguarda il diritto di proprietà, dall'art. 1 del 1° Protocollo addizionale CEDU.

³⁹ Per una ricognizione approfondita degli ordinamenti che contengono clausole generali per la limitazione dei diritti, contrapposti a quelli che presentano clausole limitative specifiche, da sole o al fianco di una clausola generale, v. A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 133 ss.

⁴⁰ F. FERRARO-N. LAZZERINI, *sub art. 52*, cit., p. 1063.

⁴¹ I. DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, in I. DE OTTO, *Obras completas*, Universidad de Oviedo, 2010, p. 1471.

⁴² V. capitolo III, paragrafi 1 e 3.1.

sull'istituzione della Procura europea («EPP») (regolamento EPP). Ma di questi si darà conto nei prossimi paragrafi⁴³.

Ad ogni modo, anche alla luce dell'esplicito riconoscimento in due disposizioni di rango primario come gli articoli 49 (per il diritto penale sostanziale, ma con importanti riflessi in materia processuale) e 52 CDFUE (quale clausola limitativa generale applicabile in modo particolare al procedimento penale), la proporzionalità si pone senz'altro come principio generale espresso della “giustizia penale europea”.

A tale quadro normativo si contrappone quello italiano. La Costituzione contiene un solo richiamo letterale alla proporzionalità, segnatamente nell'art. 36, che al primo comma enuncia il diritto del lavoratore a una «retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro»⁴⁴. Si tratta di un giudizio di proporzione specifico e con dei riferimenti già esplicitati, di scarsa utilità in ottica generale e del tutto estraneo al diritto processuale penale.

La Corte costituzionale ricava il principio dall'art. 2 Cost., ma talvolta esso sembra quasi svanire all'interno del canone della ragionevolezza. Soprattutto là dove si richiamano i due principi senza distinzione si può avere l'impressione che si stia facendo riferimento a generici criteri di giustizia sostanziale e di equità⁴⁵. Ancora, il principio di proporzionalità viene spesso esplicitamente visto come «una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza»⁴⁶. Inoltre, l'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale in tema di proporzionalità ha raramente incrociato tematiche processuali.

⁴³ V. paragrafi 3.3 e 4.2 del presente capitolo.

⁴⁴ G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., pp. 294-295, riconduce a valutazioni *lato sensu* di proporzionalità anche gli articoli 37 comma 1 e 38 comma 2 Cost., che però letteralmente contengono riferimenti, rispettivamente, ad una «adeguata protezione» della lavoratrice madre ed a «mezzi adeguati» alle esigenze di vita dei lavoratori.

⁴⁵ Si veda, rispetto alla correttezza dell'azione amministrativa, A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p. 4649. Nello stesso senso, v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, cit., p. 2. L'Autrice parla di «uso promiscuo» da parte della Corte costituzionale di «termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri» e richiama un passaggio della sentenza n. 2 del 1999 della Corte costituzionale che così afferma: «l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza» (Corte cost., 21 gennaio 1999, n. 2, in *Ind. pen.*, 2001, p. 425, con nota di S. BRUNO, *Considerazioni circa la “nuova realtà” degli automatismi conseguenti alla sentenza penale di condanna*).

⁴⁶ Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1646, con nota di A. CERRI, *Dalla garanzia del “giusto procedimento” in sede disciplinare al criterio della “proporzionalità”: spunti problematici e riflessioni a partire da un'interessante sentenza della Corte*.

L'unica disposizione che esplicitamente enuncia il principio di proporzionalità è l'art. 275 comma 2 c.p.p., che disciplina il criterio di scelta delle misure cautelari. Potrebbe sembrare una contraddizione l'esplicitazione del principio esclusivamente in un settore in cui sembrerebbe scarsamente applicato. Ma forse, dovrebbe piuttosto stupire la mancanza di altri riferimenti espliciti in ambito processuale. Da un particolare angolo visuale, infatti, l'intero procedimento penale parrebbe rispondere a un criterio di proporzionalità, poiché realizza costantemente un contemperamento tra garanzie individuali ed esigenze repressive⁴⁷. Ebbene, in ciò si ravvisa il carattere carsico⁴⁸ della proporzionalità, che scorre tra le radici del procedimento penale, risalendo in superficie solo in casi sporadici.

L'indagine, ad ogni modo, non può che prendere le mosse dal momento di emersione più evidente nella disciplina interna.

3. La proporzionalità e le misure cautelari

Prima ancora di esaminare l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 275 comma 2 c.p.p., di cui si dirà fra breve, si può fin d'ora osservare che il procedimento cautelare è costantemente modellato sul principio di proporzionalità. Si tratta del settore in cui si presentano in modo più riconoscibile quegli atti definiti in dottrina "a natura bifronte", i cui effetti cioè, in ragione della loro funzione, «fuoriescono dallo spazio formale del processo e incidono direttamente sulla sfera materiale del soggetto passivo, colpendone fondamentali beni della vita»⁴⁹.

Il dibattito attorno alla legittimità delle misure restrittive della libertà personale della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato applicate prima di una sentenza irrevocabile di condanna ha animato la dottrina italiana principalmente negli anni sessanta e settanta del secolo scorso⁵⁰. Fondamentalmente, si rilevava l'inevitabile stridere di

⁴⁷ Al riguardo, v. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. 2, Giuffrè, 2000, p. 552 ss.

⁴⁸ In questi termini si è espresso anche F. CASSIBBA, *Misure investigative e controllo giurisdizionale fra Corte di giustizia e corti interne*, nel Convegno "L'attuazione della Procura Europea". *I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Università di Trento, 26 novembre 2021. V. anche ID., *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 3.

⁴⁹ D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 7.

⁵⁰ In questo senso G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte*

limitazioni così afflittive (chiaramente il riferimento era sempre alla carcerazione preventiva, in quanto misura più restrittiva in assoluto) imposte dallo Stato nei confronti di soggetti semplicemente sottoposti ad indagini o a processo. Si sottolineava soprattutto l'apparente «vuoto dei fini»⁵¹ attribuito all'art. 13 Cost., che formula le riserve di legge e di giurisdizione per le restrizioni della libertà personale, senza indicare le ragioni - e quindi i presupposti - che legittimino le stesse. Tuttavia, è possibile individuare le condizioni che giustificassero tali misure alla luce del principio della presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost). Quest'ultima, intesa come regola di trattamento⁵², richiede che la persona sottoposta alle indagini o l'imputato non possano essere sottoposti a misure che li identifichino come colpevoli⁵³.

Ciò che si deve giustificare è proprio la proporzione «tra il costo della misura cautelare e il vantaggio che può derivare dalla sua applicazione»⁵⁴. Il costo è particolarmente elevato: vale a dire, la restrizione della libertà personale di un soggetto prima di una condanna irrevocabile e talvolta prima ancora dell'esercizio dell'azione penale tramite misure che, quanto al loro contenuto, coincidono tendenzialmente con le pene propriamente dette. Proprio una simile considerazione ha condotto taluno a ritenere la carcerazione preventiva, in linea di principio, sempre illegittima⁵⁵. La quasi totalità dei commentatori è concorde nel reputarla, viceversa, un “male necessario”⁵⁶: di conseguenza,

costituzionale, a cura di G. CONSO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 389, al quale si rinvia anche per le citazioni delle opere più rilevanti di quel periodo.

⁵¹ Così, tra i tanti, V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. 24, Giuffrè, 1974, p. 330, utilizzando la terminologia di L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 951.

⁵² La presunzione d'innocenza, oltre che come regola di trattamento, riveste una posizione centrale nel processo penale come regola di giudizio, ovvero come criterio di riparto dell'onere della prova tale per cui esso grava sul pubblico ministero. Ciò, in breve, sta a significare che non possa mai essere l'imputato a dover provare la propria innocenza e che l'accusa debba soccombere anche nel caso in cui permanga una situazione di dubbio in ordine alla prova della colpevolezza. Per un approfondimento, v. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 15 e p. 91 ss. V. anche, tra i tanti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 11^a ed., Laterza, 2018, p. 561 e P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, 2009.

⁵³ Cfr. A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 72.

⁵⁴ G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Cedam, 1953, p. 15.

⁵⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 561 ss.

⁵⁶ Si veda in tal senso G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare*, cit., p. 16. Cfr., tra i tanti, G. ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 36 ss.

il contrapposto vantaggio deve essere correttamente individuato e ciò avviene nella fissazione dei presupposti delle misure. I termini della proporzione divengono i presupposti della misura da un lato e i loro effetti dall'altro. In un'accezione tanto lata, il principio di proporzionalità può essere individuato quale *ratio* fondante finanche la definizione dei presupposti legittimanti l'adozione delle misure cautelari, fissati, com'è noto, nei «gravi indizi di colpevolezza» (art. 273 c.p.p.) a carico del soggetto da sottoporre alla misura (*fumus commissi delicti*)⁵⁷ e nelle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. (*periculum libertatis*).

Le misure in discorso, come detto strutturalmente identiche alle pene, sono ammissibili solo se si distinguono funzionalmente dalle stesse, in quanto miranti a finalità squisitamente cautelari e non sanzionatorie⁵⁸. Lo stesso art. 13 Cost. all'ultimo comma menziona la «carcerazione preventiva», ossia la misura cautelare senz'altro più afflittiva, legittimandone l'esistenza. Non si tratta però di una deroga al principio sancito dall'art. 27 comma 2 Cost., essendo invece semplicemente necessario ricercare una corretta armonizzazione tra i due precetti costituzionali⁵⁹. Armonizzazione ottenibile, appunto, solo depurando le misure cautelari da qualsiasi finalità punitiva, in ossequio al generale calcolo di proporzione richiesto al legislatore in ordine alla necessità che i vantaggi dell'applicazione della misura ne superino il costo. Di talché, se le esigenze del pericolo di dispersione della prova e del pericolo di fuga di cui alle lettere *a)* e *b)* dell'art. 274 c.p.p. risultano adeguate a giustificarle, restano fondati dubbi sulla pericolosità dell'imputato prevista dalla lettera *c)* del medesimo articolo, anche se comunemente accettata fra i suoi presupposti. Un simile giudizio, infatti, non dovrebbe mai precedere quello di colpevolezza

⁵⁷ Il principio di proporzionalità imporrebbe di impiegare in sede cautelare il medesimo criterio di giudizio del dibattimento. Ciò in ragione delle dell'identità di effetti rispetto alle pene. Su tale teoria, v. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 156 e D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 5 ss.

⁵⁸ In questo senso v. Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Cass. pen.*, 2011, p. 148. A commento della pronuncia v. S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, in *Guida dir.*, 2010, n. 35, p. 60 ss.; E. MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.*, 2010, p. 499 ss.; G. SPANGHER, *La "neutralizzazione" della pericolosità sociale: prime riflessioni*, in *Giust. pen.*, 2011, p. 407; P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949 ss.

⁵⁹ G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri*, cit., p. 393.

e presenta una finalità principalmente di prevenzione speciale, funzione tipica - e auspicabilmente esclusiva - della pena⁶⁰.

Alla luce di quanto esposto ben si comprende come il principio di proporzionalità così latamente inteso ispiri numerose disposizioni del libro IV del codice di procedura penale, pur trovando un vero e proprio punto di emersione solo nell'art. 275 comma 2 c.p.p.

3.1. La proporzionalità come criterio di scelta delle misure

L'art. 275 c.p.p. è rubricato «criteri di scelta delle misure». Dopo aver enunciato al primo comma il principio di adeguatezza, tale per cui nell'adozione delle misure «il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto», l'articolo dispone al secondo comma che «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata».

È stato correttamente osservato in dottrina come questi criteri debbano sì essere vagliati, come suggerisce la rubrica dell'art. 275 c.p.p., al momento - successivo alla valutazione circa la sussistenza di *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* - della scelta della misura, ma che in seguito alla loro considerazione il giudice ben potrebbe decidere di astenersi dall'applicare una misura cautelare⁶¹: potrebbe mancare del tutto una misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari, pure sussistenti, come potrebbe ben darsi che anche la misura più lieve risulti sproporzionata a fronte di fatti connotati da una gravità minima. Pertanto, adeguatezza e proporzionalità colorano in qualche modo la decisione stessa di adottare misure cautelari, oltre che determinare la scelta della misura meno afflittiva e più adatta al caso concreto tra quelle predisposte dall'ordinamento.

Il rapporto tra i principi di adeguatezza e di proporzionalità non è ricostruito in maniera univoca. La giurisprudenza non di rado tende a considerarli congiuntamente e richiama la necessità di una valutazione complessiva della situazione concreta alla luce di

⁶⁰ G. ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 36 ss. V. anche E. VALENTINI, *Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall'art. 275 comma 3 C.P.P.*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2021, p. 1673.

⁶¹ Così M. CHIAVARIO, *sub art. 275*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, vol. 3, Utet, 1990, p. 61 ed E. ZAPPALÀ - V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, a cura di G. DI CHIARA - V. PATANÈ - F. SIRACUSANO, Giuffrè, 2018, p. 341. Nello stesso senso: E. VALENTINI, *Il “doppio binario cautelare”*, cit., p. 1676.

entrambi. Molto spesso il principio di proporzionalità assume un ruolo subalterno rispetto a quello di adeguatezza, tanto da non essere praticamente vagliato in presenza di esigenze cautelari particolarmente acute⁶².

La dottrina approfondisce la tematica partendo dal presupposto che sembra preferibile interpretare i due principi quali canoni distinti, come dimostra la loro collocazione in commi successivi⁶³.

Alcuni autori tentano di ricostruire l'art. 275 c.p.p. secondo lo schema triadico del test di proporzionalità. L'art. 275 comma 1 c.p.p. diverrebbe il primo passaggio del test, ossia quello dell'idoneità, intesa qui come capacità astratta della misura a raggiungere l'obiettivo richiesto dall'esigenza cautelare da soddisfare⁶⁴; il terzo comma della disposizione, che statuisce che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate», integrerebbe il passaggio della necessità, dettando il principio di gradualità nella scelta delle misure e l'applicazione della custodia cautelare solo come *extrema ratio*; l'art. 275 comma 2 c.p.p. rappresenterebbe l'ultimo gradino, ossia la proporzionalità in senso stretto, prevedendo un bilanciamento tra la limitazione di libertà imposta e la gravità del fatto e l'entità della sanzione. Seppur sulla stessa scia, vi è chi, ferma l'interpretazione del secondo comma dell'art. 275 c.p.p., individua nella riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. la fase dell'idoneità e nei commi 1 e 3 dell'art. 275 c.p.p. quella della necessità⁶⁵.

Altri autori sembrano distinguere nettamente il canone dell'adeguatezza da quello della proporzionalità⁶⁶, mettendo in luce una certa distanza tra il primo e la valutazione dell'idoneità generalmente prevista dal giudizio di proporzionalità: l'adeguatezza

⁶² Lo rileva, tra i tanti, A. ALBIANI, *Il faticoso affermarsi del canone di proporzione, sotto l'autonomo profilo del rapporto aritmetico fra durata del presofferto cautelare e pena espianda*, in A. ALBIANI - S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Giuffrè, 2007, p. 522.

⁶³ A. ALBIANI, *Il faticoso affermarsi*, cit., pp. 521-522. Tuttavia, da più parti si segnala anche l'esiguo spazio lasciato all'operare di tali principi generali, a fronte di una serie di norme specifiche che scandiscono il procedimento cautelare: v., per tutti, M. CHIAVARIO, *sub art. 275*, cit., p. 62.

⁶⁴ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 151; G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Cedam - Wolters Kluwer, 2017, p. 34; F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Giuffrè, 2018, p. 68.

⁶⁵ E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. mer.*, 2010, n. 2, pp. 448-449, nota 7.

⁶⁶ A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. 2, tomo II, a cura di A. SCALFATI, Utet, 2008, p. 80 ss.

postulerebbe un accertamento circa l'utilità della misura a soddisfare in concreto le stesse; l'idoneità consisterebbe invece in una verifica astratta della capacità di fornire un contributo al raggiungimento dell'obiettivo.

Sicché, pare piuttosto di trovarsi di fronte a due distinti giudizi di proporzionalità, uno previsto nel primo comma e l'altro nel secondo comma dell'art. 275 c.p.p. La fase dell'idoneità si svolge preliminarmente ed è la stessa per entrambi. Essa è data per implicita dal codice, essendo effettuata a monte dal legislatore (come suggerito da parte della dottrina⁶⁷) nella selezione delle esigenze cautelari ed integrata dalla valutazione del giudice circa la sussistenza di una o più delle medesime. Il secondo momento trova un comune riferimento normativo nel comma terzo dell'art. 275 c.p.p.: il principio di gradualità rappresenta per entrambi i giudizi il momento dell'individuazione della misura più lieve necessaria nel caso concreto. Non a caso è collocato in un comma distinto, che detta una regola generale, come tale sempre applicabile. La necessità della misura va rapportata nel primo giudizio alle esigenze cautelari da soddisfare e nel secondo al fatto e alla sanzione. Infine il vaglio di proporzionalità in senso stretto: nel primo caso si impone un bilanciamento tra l'afflittività della misura individuata e il grado delle esigenze cautelari in concreto presenti; nel secondo si procede a un bilanciamento tra la misura e l'entità del fatto e della sanzione.

Una costruzione siffatta trova riscontro nella scansione del ragionamento che il codice chiede al giudice di seguire: innanzitutto l'individuazione delle esigenze cautelari da soddisfare (art. 274 c.p.p.), poi la valutazione circa la «natura» e il «grado» (art. 275 comma 1 c.p.p.) delle stesse rapportata alla misura prescelta sulla base del principio di gradualità, infine un ulteriore giudizio di proporzionalità tra la misura individuata e l'«entità del fatto» e la «sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata» (art. 275 comma 2 c.p.p.).

L'art. 275 comma 2 c.p.p. richiede, dunque, una duplice valutazione: qualitativa là dove si riferisce all'entità del fatto; quantitativa là dove si riferisce alla sanzione applicata o che si prevede possa essere irrogata.

Il rimando alla pena in concreto applicabile rende particolarmente complessa la relativa valutazione giudiziale, che inevitabilmente involge ragionamenti tipicamente propri del momento finale del procedimento. In particolare, il giudice deve confrontarsi

⁶⁷ E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit., pp. 448-449, nota 7.

con quelle considerazioni, intimamente connesse al fatto oggetto del procedimento, proprie della motivazione della sentenza - troppo spesso sottovalutata, se non addirittura ignorata, dai giudici di merito - in ordine al *quantum* di pena irrogato con la condanna. Ci si trova cioè dinanzi a un giudizio «di tipo probabilistico-quantitativo»⁶⁸. Ciò che, in ultima istanza, è una delle caratteristiche essenziali del concetto di proporzionalità, ovunque esso si trovi a operare. L'apprezzamento circa l'entità del fatto e la prognosi sulla sanzione irrogabile in caso di condanna definitiva sono rimessi alla discrezionalità del giudice. Le modalità di esercizio di tale discrezionalità non potranno essere eccessivamente distanti da quelle tipiche del momento applicativo della pena: sarebbe incoerente sottoporre un soggetto a custodia cautelare per la (possibile) commissione di un fatto rispetto al quale sarà presumibilmente inflitta una pena non detentiva o detentiva ma di modesta entità.

Non sembra perciò potersi dubitare del fatto che il giudice debba guardare ai criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.⁶⁹. E tuttavia un'applicazione *tout court* di tale disposizione in ambito cautelare pone dei rischi altrettanto evidenti: ferma la necessaria intersezione tra momento cautelare e momento punitivo, è essenziale che rimanga ben salda la funzione perseguita dal primo. In particolare, l'integrazione tra le due dimensioni non deve sfociare in una loro assimilazione, che rischierebbe di determinare «meccanismi surrogatori di eventuali carenze di legittimazione»⁷⁰: si pensi soprattutto alla possibilità che tramite l'ordinanza applicativa di una misura cautelare si perseguano fini di prevenzione generale, che devono rimanere esclusivi della sanzione finale; ma si può anche ipotizzare l'eventualità che il giudice che condanna sia influenzato, nella quantificazione della pena, dalla prognosi effettuata in sede cautelare⁷¹.

⁶⁸ L'espressione è utilizzata da G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., p. 294, nel definire le caratteristiche del principio di proporzionalità rinvenibili nelle pronunce della Corte costituzionale. L'Autore cita inoltre A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, 1991, p. 36, il quale condivisibilmente afferma come il controllo di proporzionalità possa facilmente trasmutare «in un giudizio di merito vero e proprio».

⁶⁹ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 128 sottolinea che nella motivazione il giudice «non può che attingere agli stessi criteri di commisurazione previsti dall'art. 133 c.p.».

⁷⁰ S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014, p. 10.

⁷¹ *Ibidem*. Si pone qui pertanto una problematica affine a quella posta tradizionalmente dalla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma 1 c.p.p., rispetto a cui si rimanda, per tutti, a V. GREVI - M. CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. BARGIS, 9ª ed., Cedam - Wolters Kluwer, 2018, pp. 389-390 ed a D. NEGRI, *fumus commissi delicti*, cit., p. 1 ss.

Allo stesso modo, la discrezionalità del giudice si esplica nel secondo passaggio della proporzionalità, rappresentato dalla regola di cui all'art. 275 comma 3 primo periodo c.p.p. che prevede che la custodia cautelare sia imposta solo come *extrema ratio*. In particolare, il giudice, ove applichi la predetta misura, deve esplicitare le ragioni per cui le altre misure coercitive e interdittive, anche se applicate congiuntamente, risultino inadeguate all'obiettivo perseguito. Il giudice esercita pertanto una discrezionalità vincolata a rigorosi parametri, poiché non solo deve esplicitare, come detto, i motivi che rendono inadeguate le altre misure, ma soprattutto deve indicare anche le ragioni in forza delle quali la misura scelta si ritiene l'unica idonea a soddisfare le esigenze cautelari ricorrenti nel caso concreto⁷².

In assenza di significativi interventi legislativi che bilancino le due dimensioni - discrezionalità nella quantificazione della pena al termine del processo e nella prognosi effettuata in sede cautelare - o comunque rendano il compito di commisurazione della pena meno arduo di quanto lo sia attualmente⁷³, un ruolo cardine è lasciato ai giudici. L'auspicio è che si dia maggior rilievo alle motivazioni in ordine al *quantum* di pena irrogata, nonché, nell'ordinanza cautelare, in ordine alla previsione circa il *quantum* di pena che si ritiene sarà concretamente irrogata.

3.1.1. La forza espansiva della proporzionalità come criterio di scelta delle misure cautelari

La proporzionalità enunciata all'art. 275 comma 2 c.p.p. può dunque giocare un ruolo cruciale quale canone ermeneutico volto a evitare che la coercizione preventiva degeneri in espiazione anticipata della pena⁷⁴. Si muovono in tale direzione alcuni arresti giurisprudenziali, che sembrano cogliere appieno le potenzialità applicative della proporzionalità in materia cautelare.

⁷² E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 8, Utet, 1994, p. 73.

⁷³ Si veda S. FIORE, *Maneggiare con cautela*, cit., p. 12: «l'idea che davvero in un sistema come quello attuale sia possibile operare una previsione minimamente attendibile sulla misura di una futura (ed eventuale) condanna, sfiora l'esoterico».

⁷⁴ A. ALBIANI, *Il faticoso affermarsi*, cit., p. 535. Su tale uso distorto della misura cautelare, v. G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1138 ed E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno Annuale ASPP, Trento, 11-13 ottobre 2013, Giuffrè, 2014, p. 13 ss.

Intanto, è stato lo stesso legislatore a sottolineare l'operatività del principio di proporzionalità durante tutto il corso del procedimento penale⁷⁵, attraverso l'interpolazione risultante dalla legge 26 marzo 2001, n. 128, che ha aggiunto nell'art. 275 comma 2 c.p.p. l'inciso «sia stata o» tra le espressioni «alla sanzione che» e «si ritiene possa essere irrogata». D'altronde, l'art. 299 comma 2 c.p.p. richiede che «quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose».

Proprio a partire dal collegamento tra queste due norme, su impulso proveniente principalmente dal Tribunale del riesame di Bologna, la giurisprudenza aveva sviluppato il concetto di “proporzione aritmeticamente intesa”, utilizzando quale parametro di riferimento il limite di durata della custodia cautelare di «due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza» di cui all'art. 304 comma 6 c.p.p. (prima contenuto nel comma 4 della medesima disposizione). Presupponendo l'autonomia del canone della proporzionalità rispetto a quello di adeguatezza e ulteriormente concentrandosi sul solo versante quantitativo del medesimo, rappresentato - come detto - dal bilanciamento della misura con l'entità della sanzione, si asseriva cioè che qualora il periodo della custodia cautelare avesse superato la misura dei due terzi della pena che si presumeva sarebbe stata irrogata o che fosse già stata irrogata, allora il giudice avrebbe avuto l'obbligo di disporre la cessazione immediata della misura⁷⁶. Si determinava così potenzialmente un drastico abbassamento, ovviamente *in favore rei*, dei termini di durata della custodia cautelare, non solo tramite un'interpretazione estensiva del canone della proporzionalità, ma anche grazie all'attrazione nel giudizio concreto relativo alla pena applicabile di una soglia - quella prevista dall'art. 304 comma 6 c.p.p. - tradizionalmente riferita ai massimi edittali.

L'orientamento descritto è stato disatteso dalle Sezioni unite Khalil⁷⁷, che hanno respinto l'automatismo che l'interpretazione propugnata dal Tribunale della libertà

⁷⁵ In questo senso A. ALBIANI, *Il faticoso affermarsi*, cit., p. 525.

⁷⁶ Si vedano, per tutte, Cass., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 1227, in *C.e.d. Cass.*, n. 201200 e Trib. del riesame di Bologna, 6 ottobre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, n. 2, p. 440 ss., con nota di E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità*, cit. Sulla decisione v. anche A. ALBIANI, *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, Bononia University Press, 2011, p. 24 ss.

⁷⁷ Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, Khalil, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3713 ss., con nota di G. SANTALUCIA. Sulla pronuncia, v. P. RIVELLO, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la*

comportava, richiamando la necessità di una valutazione flessibile, complessiva e individualizzata al fine di decidere sulla legittimità del perdurare di una misura cautelare⁷⁸. La Suprema Corte si è mostrata refrattaria ad accogliere un orientamento che senz'altro comprimeva la discrezionalità del giudice. A rafforzare le argomentazioni contrarie all'accoglimento del medesimo concorrevano inoltre una sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione relativa alla mancata previsione, nell'art. 304 comma 6 c.p.p. di un divieto tale per cui la durata massima della custodia cautelare non possa superare i due terzi della pena concretamente irrogata, allorché questa non risulti più modificabile *in peius*⁷⁹. Eppure, l'indirizzo interpretativo rigettato rappresentava un apprezzabile tentativo giurisprudenziale di conferire concretezza ed effettività al principio in esame. Non si può escludere pertanto che simili ragionamenti "aritmetici" possano riaffiorare in nuove decisioni dei giudici di merito, al fine di assicurare una maggiore uniformità delle loro pronunce, nonché una maggiore trasparenza dei ragionamenti ad esse sottesi.

Ad ogni modo, nonostante l'opinione espressa dalla Suprema Corte, per di più avallata dalla precedente sentenza del giudice delle leggi, preme rimarcare come sia ormai assunto pacifico, anche per le Sezioni unite da ultimo citate⁸⁰, che il principio di proporzione ex art. 275 comma 2 c.p.p. operi, secondo una prospettiva diacronica, non solo nel momento applicativo della misura ma anche durante la sua esecuzione, potendo una sua valutazione negativa comportare non solo la sostituzione ma anche la revoca della misura inflitta. Ciò è indice dell'accresciuta rilevanza del canone *de quo*, in particolare come paradigma di legittimità delle misure subite dall'imputato nel corso dell'intero procedimento.

Sono altresì particolarmente significative della capacità pervasiva del principio le affermazioni sul tema rinvenibili nel settore cautelare reale, in cui è ormai pacifico che esso operi⁸¹. La giurisprudenza richiama le fonti sovranazionali e gli arresti in materia di

revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1256 ss.

⁷⁸ Per un'efficace ed esaustiva sintesi dell'intera vicenda, v. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., pp. 152-153.

⁷⁹ Corte cost., ordinanza 28 luglio 2000, n. 397, in *Cass. pen.*, 2001, p. 394 ss.

⁸⁰ Cass., sez. un., n. 16085/2011, Khalil, cit., p. 3716.

⁸¹ Cass., sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 18649, in *Dir. e giust.*, 12 maggio 2022; Cass., sez. III, 7 settembre 2021, n. 39168, in *Dir. e giust.*, 2 novembre 2021, con nota di C. ROSSI, *La proporzionalità del sequestro preventivo è un principio garantito dalla Costituzione...e dalla giurisprudenza della Cassazione e sovranazionale*; Cass., sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 22104, in

sequestro e confisca della Corte costituzionale⁸² e della Corte Edu⁸³, per affermare come le cose da sequestrare vadano individuate rispettando il canone della proporzionalità. Ne

C.e.d. Cass., n. 281307-01; Cass., sez. VI, 27 maggio 2020, n. 25588, in *DeJure*, con massima di Redazione Giuffrè; Cass., sez. II, 28 maggio 2019, n. 29687, in C.e.d. Cass., n. 276979; Cass., sez. III, 5 maggio 2016, n. 45470, in *Dir. e giust.*, 2 novembre 2016; Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 21271, in C.e.d. Cass., n. 261509; Cass., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 8382, in C.e.d. Cass., n. 254712; Cass., 15 dicembre 2011, n. 12500, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4166, con nota di L. MILANI, *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*; Cass., sez. V, 21 gennaio 2010, n. 8152, in C.e.d. Cass., n. 246103; Cass., sez. III, 29 settembre 2009, n. 42178, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2841. In dottrina, v. L. CALÒ, *Proporzionalità e cautele reali*, Cacucci, 2022, p. 18 ss.; F. D'ARCANGELO, *La ragionevole durata del sequestro penale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3239 ss.; A. DIDI, *Il sequestro a fini di confisca*, in AA.VV., *Sequestro e confisca*, a cura di M. MONTAGNA, Giappichelli, 2017, p. 196 ss. e P. GUALTIERI, *Il sequestro preventivo*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. 2, tomo I, a cura di A. SCALFATI, Utet, 2009, p. 383.

⁸² Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1424 ss., con note di R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*; G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*. V. anche Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 313-314, con note di V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante* e N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*. V. altresì Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 33, in *Giur. cost.*, 2018, p. 293 ss., con nota di G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri reati 'matrice'*. A commento v. anche T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, 2020, p. 146 ss.

⁸³ Corte Edu, 13 dicembre 2016, S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Romania, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2017; Corte Edu, 13 ottobre 2015, *Ünspeđ Paket Servisi SaN. Ve TiC. A.Āž. c. Bulgaria*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016. V. anche Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. c. Italia, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2151 ss., con nota di T.E. EPIDENDIO, *La Grande Camera della Corte EDU sulla confisca senza condanna: 'oltre l'urbanistica la guerra tra le corti', l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*. A commento della sentenza v. anche, tra i tanti, G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 10 ottobre 2018; A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU*, Grande Camera, in materia urbanistica, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 7, p. 221 ss.; A. PULVIRENTI - M. LO GIUDICE, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 1, p. 122 ss.; A. QUATTROCCHI, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1505 ss.; G. RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. pen.*, 3 ottobre 2018. V. altresì Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 3, con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*, p. 370 ss. A commento, v. anche M. CERASE, *De Tommaso: una clava di cartapesta*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2670 ss.; R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 135 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p.

discende l'obbligo per il giudice di motivare in ordine all'impossibilità di conseguire il medesimo risultato ricorrendo ad altri e meno invasivi strumenti cautelari, all'idoneità del sequestro a non compromettere la funzionalità del bene sottoposto al vincolo reale ed alle effettive necessità dettate dalla esigenza che si intende neutralizzare. Viene inoltre sottolineata la funzione al tempo stesso strumentale e finalistica del principio, che assicura un'adeguata tutela dei diritti individuali e che deve essere impiegato come parametro per verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto⁸⁴. Il principio di proporzionalità nella materia *de qua*, del resto, è espressamente enunciato nel già citato regolamento UE 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca⁸⁵.

Quale ultima applicazione in senso estensivo del principio di proporzionalità si prende in considerazione la tormentata storia delle presunzioni di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.

In seguito a numerose novelle legislative⁸⁶ e ad interventi "seriali"⁸⁷ della Corte costituzionale⁸⁸, l'art. 275 comma 3 c.p.p. delinea oggi due regimi speciali di custodia

1039 ss.; A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in AA.VV., *Sequestro e confisca*, cit., p. 3 ss.

⁸⁴ Il tema meriterebbe ben altro approfondimento, ma è qui richiamato esclusivamente al fine di evidenziare l'espansione del principio di proporzionalità anche in ambito cautelare reale. Per un quadro più completo, si rinvia, per tutti, a G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 al D.lgs. n. 21/2018*, in AA.VV., *La «materia penale»*, cit., p. 361 ss., nonché a ID., *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2020, p. 5 ss. Per un focus sul sequestro probatorio, v. capitolo II, paragrafo 3.2.

⁸⁵ Il regolamento si applica indistintamente a confische, sequestri probatori e cautelari.

⁸⁶ Con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con legge 12 luglio 1991, n. 203 si è per la prima volta in modo definitivo - dopo tre decreti legge non convertiti - introdotta la disciplina derogatoria in commento. Il d.l. 9 settembre 1991, n. 292 convertito con legge 8 novembre 1991, n. 356 instaurava per la prima volta una presunzione assoluta di adeguatezza. La legge 8 agosto 1995, n. 332 riduceva drasticamente i reati assoggettati a tale presunzione. Il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito con legge 23 aprile 2009, n. 38 riestendeva invece il novero di reati rientranti nella previsione. Da ultimo, la legge 16 aprile 2015, n. 47 ha definito l'assetto attuale, in forza del quale i soli reati di cui agli articoli 416-bis, 270 e 270-bis c.p. determinano la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare.

⁸⁷ L'espressione è di G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4898. A. SERRANI, *Dalla Cassazione alla Corte costituzionale: il ridimensionamento dell'ambito applicativo del regime custodiale obbligatorio*, in *Giur. pen.*, 15 giugno 2013, p. 2, parla al riguardo di «opera demolitoria» della Corte costituzionale.

⁸⁸ Corte cost., n. 265/2010, cit., p. 146 ss.; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2011, con nota di G. LEO; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4251 ss.; Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1248 ss.; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2923 ss.; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Cass. pen.*,

cautelare. Entrambi instaurano una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, ma mentre il primo pone una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare (art. 275 comma 3 secondo periodo c.p.p.), l'altro pone una presunzione relativa (art. 275 comma 3 terzo periodo c.p.p.)⁸⁹. Tali discipline sembrerebbero dettate in ragione della gravità dei reati contemplati. In realtà si impone una precisazione: non è la gravità di minimi e massimi edittali a giustificare il rigore del legislatore, bensì la preventiva valutazione che gli autori di certi reati presentino un'accentuata pericolosità sociale, tale per cui l'unica misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari sarebbe la custodia cautelare in carcere. In altri termini, la gravità astratta del reato non assume rilevanza in sé, essendo piuttosto la pericolosità del soggetto a rilevare. La Corte costituzionale ritiene infatti ragionevole una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare - reputata invece illegittima per gli altri reati rispetto ai quali era stata introdotta - per il delitto di associazione mafiosa e per quelli di associazione sovversiva o terroristica, perché in questo caso ci si trova di fronte a una solida e permanente adesione tra gli associati tale per cui la sola custodia in carcere risulta idonea a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine⁹⁰. Per queste ipotesi è il legislatore che adempie al compito di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte di contenere il sacrificio della libertà personale e di tutelare gli interessi della collettività. Ciò avviene instaurando un legame tra reati perseguiti e disciplina processuale. Correttamente la Corte costituzionale è invece intervenuta a rilevare profili di irragionevolezza - e quindi difetto di proporzionalità - in tutti i casi in cui si equiparavano situazioni diverse, con

2013, p. 2574 ss., con nota di E. APRILE (a commento v. anche A. ALBERICO, «Giudizi di fatto» e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Cass. pen.*, 2014, p. 515 ss.); Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4325 ss., con nota di E. APRILE; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4330 ss., con nota di E. APRILE; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2233 ss., con nota di E. APRILE. Per un breve commento alle sentenze richiamate, ciascuna declaratoria della incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza - trasformata quindi in relativa - in relazione a reati diversi, si rinvia a L. CESARIS, *sub art. 275, Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, a cura di G. ILLUMINATI - L. GIULIANI, Cedam - Wolters Kluwer, 2020, p. 1197 ss.

⁸⁹ E. MARZADURI, *Le prove*, in AA.VV., *Le prove*, a cura di M. CHIAVARIO - E. MARZADURI, Utet, 1999, p. 505. V. anche M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 153 ss.

⁹⁰ Tali sono le argomentazioni portate a sostegno del mantenimento della presunzione rispetto al reato di associazione mafiosa (si veda Corte cost., n. 231/2011, cit., p. 4258). E tuttavia ragionamenti in buona parte assimilabili si possono rintracciare anche rispetto al delitto di associazione terroristica ad esempio, da ultimo, in Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191, in *Cass. pen.*, 2020, p. 4559, con nota di E. APRILE. V. anche M. MINUTILLO TURTUR, *Associazioni con finalità di terrorismo: non è irragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere*, in *Il Penalista*, 4 settembre 2020.

riferimento alle caratteristiche dei vari reati rapportate alla finalità perseguita dal procedimento cautelare.

Le esaminate presunzioni si pongono in antitesi al principio di proporzione, instaurando automatismi che mal si conciliano con l'esigenza di valutare i singoli casi concreti nella prospettiva di applicare la custodia cautelare in carcere solo ove strettamente necessario. Il che rappresenterebbe una ragione per escludere l'esistenza di un principio generale di proporzionalità in campo cautelare. Tuttavia, proprio le censure della Corte costituzionale, fondate anche sul principio *de quo*, possono viceversa far propendere per l'opposta conclusione. La Consulta, con le sue pronunce, ha in ultima istanza convalidato il rango di principio delle valutazioni di proporzionalità espresse nell'art. 275 c.p.p., riconoscendo la necessità di una riconduzione delle presunzioni entro binari reputati conformi a Costituzione, anche se ancora insoddisfacenti per buona parte della dottrina⁹¹.

3.1.2. Le misure precautelari: un ulteriore campo di estensione della proporzionalità cautelare?

Sono molte le contiguità della disciplina dettata in tema di misure precautelari col settore propriamente cautelare. D'altronde, si ritiene comunemente che le misure precautelari svolgano principalmente una funzione servente e prodromica rispetto a quelle cautelari⁹². Le due classi di misure condividono anche l'apparente "vuoto dei fini"⁹³ caratterizzante l'art. 13 Cost. in tema di restrizioni alla libertà personale. Ma soprattutto, in entrambi i casi si tratta di misure fortemente restrittive della libertà personale in ragione di esigenze di tutela della collettività. Si è, cioè, in un campo contiguo a quello in cui il

⁹¹ V., per tutti, E. VALENTINI, *Il "doppio binario cautelare"*, cit., p. 1696 ss.

⁹² F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, 2012, p. 488; A. FERRARO, *Arresto e fermo. Le misure precautelari e la loro convalida*, Giuffrè, 1994, p. 5; D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ - G. DI CHIARA - V. PATANÈ, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, cit., p. 466. La Corte costituzionale ha altresì elevato il nesso di strumentalità tra misure precautelari e cautelari a canone di legittimità delle prime, affermando che la misura precautelare può disporsi solo nella «ragionevole prognosi di una sua trasformazione *ope iudicis* in una misura cautelare più stabile» (Corte cost., 24 luglio 1996, n. 305, in *Cass. pen.*, 1997, p. 13, richiamata anche da Corte cost., 15 luglio 2004, n. 223, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3996, con nota di E. GALLUCCI, *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni*). Sul punto, v. L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 541; K. LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Cedam, 2011, p. 171; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 20ª ed., Giuffrè, 2019, p. 571.

⁹³ V. *retro*, paragrafo 3.

principio di proporzionalità è storicamente sorto, proprio per tutelare le prerogative individuali da eccessi nell'esercizio del potere da parte dello Stato⁹⁴.

Benché non sia enunciata una regola equiparabile all'art. 275 c.p.p., la definizione di presupposti in astratto e in concreto a fronte di misure particolarmente afflittive riflette giudizi di proporzionalità in parte assimilabili a quelli esaminati in tema di misure cautelari ed è lecito domandarsi se sia rintracciabile uno schema in qualche modo riconducibile a quello sviluppato a partire dall'art. 275 c.p.p.

In particolare, il codice delinea innanzitutto i reati per i quali è possibile procedere con l'arresto - obbligatorio e facoltativo - il fermo e l'allontanamento dalla casa familiare. In tutti i casi si guarda alla fattispecie astratta, attraverso il riferimento a minimi e massimi edittali (criterio quantitativo), tramite l'indicazione di specifici reati (criterio qualitativo) ovvero mescolando entrambi gli elementi. Evidente poi il criterio della gradualità che ispira il legislatore nel riservare l'arresto obbligatorio solo alle fattispecie più gravi, a fronte di una maggiore apertura per il fermo e di un ulteriore allentamento per l'arresto facoltativo. Gradualità tuttavia smentita dall'affiancamento al criterio quantitativo di quello qualitativo, sempre potenzialmente foriero di disorganicità e incongruenze⁹⁵. A sé invece l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, che evidentemente non avrebbe senso in relazione a reati diversi da quelli elencati nell'art. 282-bis comma 6 c.p.p.

Ferma la palese idoneità di queste misure a neutralizzare il pericolo, il legislatore valuta a monte la loro sproporzione rispetto a fattispecie di scarsa gravità (proporzionalità sostanziale astratta).

Sul piano concreto, occorre prendere in considerazione, *in primis*, il fondamentale presupposto della flagranza. È qui che risiede l'elemento giustificativo dell'arresto (oltre che dell'allontanamento dalla casa familiare), ossia della più plastica e classica restrizione della libertà personale ad opera dello Stato.

Al riguardo, appare particolarmente criticabile la c.d. "flagranza differita", che consente, in relazione a determinati reati, di procedere all'arresto entro le quarantotto ore successive al fatto là dove non sia possibile farlo nell'immediatezza per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, purché vi sia documentazione video-fotografica dalla quale il fatto emerga in modo inequivocabile. Si tratta di istituto nato per contrastare il

⁹⁴ V. *retro*, paragrafo 1.

⁹⁵ K. LA REGINA, *L'udienza di convalida*, cit., p. 151.

fenomeno, reputato un'emergenza nazionale, della violenza negli stadi di calcio⁹⁶. Tuttavia, oggi non solo sono caduti i limiti temporali inizialmente fissati per la sua vigenza⁹⁷, ma la norma è stata anche estesa a tutti i reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza se commessi «con violenza alle persone o alle cose» e se «compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche» (art. 10 comma 6-*quater* d.l. 20 febbraio 2017, n. 14). Così, sorge più di un semplice dubbio circa la compatibilità con l'art. 13 Cost. di un istituto che, in pratica, elide il rapporto di immediatezza tra percezione da parte degli organi di polizia e fatto, che di regola fonda il potere di privare l'individuo della propria libertà personale senza un provvedimento di un'autorità giudiziaria⁹⁸.

⁹⁶ V., per tutti, M. LAUDI, *Violenza negli stadi: le nuove misure di repressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 946.

⁹⁷ L'art. 8 comma 1-*ter* legge 13 dicembre 1989, n. 401, introdotto dal d.l. 20 febbraio 2003, n. 28 (convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2003, n. 88), avrebbe dovuto essere efficace fino al 30 giugno 2005. L'art. 1-*bis* comma 1 d.l. n. 28/2003, come modificato dal d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito con modificazioni dalla legge 17 agosto 2005, n. 168 prolungò il termine dapprima fino al 30 giugno 2007, poi, in seguito al d.l. 8 febbraio 2007, n. 8, convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2007, n. 41, fino al 30 giugno 2010; l'art. 10 comma 6-*ter* d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla legge 18 aprile 2017, n. 48 prorogò l'efficacia della norma fino al 30 giugno 2020. L'art. 15 d.l. 14 giugno 2019, n. 53 ha infine eliminato la parte in cui i commi 6-*ter* e 6-*quater* dell'art. 10 d.l. n. 14/2017, fissavano tale termine, rendendo la c.d. "flagranza differita" un istituto non più temporaneo, bensì definitivo. Per un approfondimento delle novità sul piano processuale introdotte dal d.l. n. 28/2003, v. M.F. CORTESI, *Misure antiviolenza negli stadi*, Ipsoa, 2007, p. 119 ss.; K. LA REGINA, *L'udienza di convalida*, cit., p. 173 ss.

⁹⁸ L'art. 13 comma 3 Cost. afferma che «l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori» solo «in casi eccezionali di necessità ed urgenza», difficilmente ravvisabili a fronte di un arresto che intervenga nelle 48 ore successive al fatto. In questo senso, tra i tanti, K. LA REGINA, *L'udienza di convalida*, cit., p. 175 ss.; E. LO MONTE, *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi: un 'calcio' ai teppisti e due ai principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1477-1478; O. FORLENZA, *Sull'eccezionalità della deroga alla flagranza l'ultima parola spetta ora al parlamento*, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, p. 25; G. FRIGO, *Tutti i rischi delle ricognizioni fotografiche*, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, pp. 26-27; P. GARRAFFA, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi: qualche piccolo passo in avanti, ed un grosso passo indietro*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2015, p. 22; N. ROSSI, *Ordine pubblico, apparati della sicurezza, sistema giudiziario*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 820; G. SANTALUCIA, *Processo, ordine pubblico, sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 772; V. SPIGARELLI, *Ecco perché la flagranza differita si deve ritenere incostituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 18, p. 13 ss.; ID., *Flagranza finta: la brutta storia di una legge emergenziale*, in *Dir. e giust.*, 1° maggio 2003. La Cassazione, tuttavia, ha ritenuto infondata una questione di costituzionalità sollevata sul punto, in ragione dell'impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza, della tutela di interessi costituzionalmente rilevanti come l'incolumità e la pubblica sicurezza, nonché dell'ancoraggio dell'identificazione degli autori del reato a documentazione video-fotografica (Cass., sez. VI, 18 aprile 2007, n. 17178, in *Giur. it.*, 2008, p. 2043, con nota di D. PERUGIA, *Violenza negli stadi ed arresto in flagranza "differita": vecchie e nuove perplessità*). Nello stesso senso, in dottrina, v. M. LAUDI, *Violenza negli stadi*, cit. p. 947. Per approfondimenti, si rinvia a M. BRAZZI, *La difesa*

Più in generale, poi, la dottrina critica l'automatismo caratterizzante l'arresto obbligatorio in flagranza, proprio in ragione del fatto che in tema di libertà personale il soggetto dovrebbe sempre essere garantito da una valutazione del fatto concreto, oltre che dell'astratta gravità del reato. E tuttavia, la Cassazione ha negato che la polizia giudiziaria sia esonerata dall'obbligo di procedere all'arresto qualora si trovi di fronte a un fatto potenzialmente rientrante nella nozione di "particolare tenuità" di cui all'art. 131-bis c.p.⁹⁹. Un simile automatismo, così come quelli instaurati dalle presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari, si pone in effetti in contrasto con i dogmi della proporzionalità. Tuttavia, occorre tenere presente il contesto: non è la polizia giudiziaria - se non in minima parte - a dover compiere valutazioni complesse quali quelle imposte dal canone *de quo*. E infatti, anche nel caso di arresto obbligatorio in flagranza, tali considerazioni trovano spazio nel momento dell'udienza di convalida.

Si può però forse riscontrare una carenza nel sistema di garanzie che l'applicazione del principio di proporzionalità imporrebbe, anche nella valutazione del giudice in sede di udienza di convalida, in particolare con riguardo ai presupposti previsti per l'arresto facoltativo in flagranza, consistenti, alternativamente, nella gravità del fatto e nella pericolosità del soggetto. Ebbene, nonostante alcuni arresti di segno contrario¹⁰⁰, è ancora maggioritaria la giurisprudenza secondo cui il giudice debba limitarsi a vagliare la legittimità dell'arresto secondo un canone di ragionevolezza *ex ante* della valutazione che la polizia giudiziaria poteva effettuare sulla base degli elementi conosciuti e conoscibili al momento dell'arresto¹⁰¹. Sembrerebbe, pertanto, mancare una considerazione completa

dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo, 2ª ed., Giuffrè, 2017, p. 42 ss.; A. CABIALE - M. PAOLI, *L'ennesimo intervento di contrasto a forme di criminalità diffusa*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 107 ss.; P. GARRAFFA, *Recenti sviluppi sulla normativa contro la violenza negli stadi*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2010, n. 3, p. 13 ss.; ID., *La nuova normativa*, cit., p. 20 ss.; A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Quest. giust.*, 20 giugno 2019; C. PELOSO, *La stabilizzazione dell'istituto della flagranza "differita" in occasione di manifestazioni sportive*, in *Antigone*, 2019, n. 1-2, p. 57 ss. Per una rassegna delle peculiari ipotesi di arresto senza flagranza (flagranza allargata), v. M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato*, cit., pp. 45-46.

⁹⁹ Cass., sez. III, 15 marzo 2018, n. 28522, in *Guida dir.*, 2018, n. 32, p. 64.

¹⁰⁰ Cass., sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 45883, in *C.e.d. Cass.*, n. 245444; Cass., sez. IV, 4 maggio 2007, n. 22505, in *C.e.d. Cass.*, n. 237602; Cass., sez. IV, 10 novembre 2004, n. 4592, in *C.e.d. Cass.*, n. 230866; Cass., sez. IV, 21 giugno 2000, n. 3726, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2401.

¹⁰¹ Cass., sez. III, 24 novembre 2010, n. 3075, in *Guida dir.*, 2011, n. 13, p. 71; Cass., sez. III, 7 luglio 2010, n. 35962, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3098; Cass., sez. VI, 10 marzo 2003, n. 19011, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1971. V. anche Cass., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3740, con nota di F. NICOLICCHIA, *La Cassazione alle prese con arresto sui generis. La liaison dangereuse tra tutela della libertà personale e giudizio di convalida nella decisione sul caso "Sea Watch"* (a commento v. anche G. SPANGHER, *La non convalida dell'arresto. Brevi note di Giorgio*

della necessità e proporzionalità in senso stretto dell'arresto. Lo stesso parametro si è imposto per l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare¹⁰².

Tale impostazione pare invero ragionevole, ove si consideri che la convalida adempie esclusivamente alla funzione di certificare la legittimità dell'operato della polizia, potendo altrimenti sovrapporsi alla valutazione da svolgersi per l'eventuale applicazione di una misura cautelare. In altri termini, la convalida esamina la proporzionalità dell'arresto e dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, sebbene parametrata sul momento in cui essi siano avvenuti.

Completamente diversa invece la situazione per quanto riguarda il fermo. In particolare, il presupposto del pericolo di fuga, vagliato di regola dal pubblico ministero, deve risultare da elementi specifici e concreti¹⁰³ e, soprattutto, per quanto riguarda il *fumus commissi delicti*, la giurisprudenza richiede il medesimo livello di gravità indiziaria necessario per l'applicazione di una misura cautelare¹⁰⁴. Sicché, in questo caso, la disciplina riflette valutazioni riconducibili alla esigenza di proporzionalità dell'intervento coercitivo anche a un livello concreto.

In conclusione, la proporzionalità, seppur inespressa, è certamente sottesa al tessuto codicistico in materia di misure precautelari, coerentemente con le caratteristiche delle misure ivi previste, benché la giurisprudenza manchi per lo più di esplicitarla e nonostante le vigenti disposizioni in tema di “flagranza differita”, rispetto alle quali nessuna interpretazione correttiva è stata avanzata.

L'affermazione di un principio generale di proporzionalità nel procedimento penale potrebbe condurre alla valorizzazione dei segni di proporzionalità sottesi alla normativa, anche in ragione delle affinità del settore precautelare con quello propriamente cautelare, al fine di suggerire interpretazioni più garantistiche.

Spangher, in *Giustizia insieme*, 13 marzo 2020, che richiama ulteriori pronunce espressive dell'indirizzo in esame).

¹⁰² Cass., sez. VI, 27 maggio 2020, n. 17680, in *C.e.d. Cass.*, n. 278965.

¹⁰³ Cass., sez. II, 14 febbraio 2019, n. 26605, in *C.e.d. Cass.*, n. 276449; Cass., sez. I, 9 giugno 1998, n. 3364, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 3158-3159; Cass., sez. I, 4 giugno 1991, n. 2627, in *Cass. pen.*, 1993, p. 877. Per un approfondimento, v. M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato*, cit., p. 94 ss.

¹⁰⁴ Cass., sez. IV, 4 novembre 2003, n. 2404, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2267; Cass., sez. I, 9 marzo 1992, n. 1090, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 138. Per un approfondimento, v. M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato*, cit., p. 92 ss.

3.1.3. La prevalenza del mandato di arresto europeo nelle indagini transfrontaliere: un problema di proporzionalità

Si è già ripetuto più volte come nel contesto europeo la proporzionalità assuma una centralità maggiore rispetto all'ordinamento interno, almeno in termini di fonti che lo pongono espressamente e di elaborazione dottrina e giurisprudenziale. Eppure, se si guarda alla proporzionalità intesa come criterio di scelta della misura cautelare più adatta al caso concreto e meno afflittiva a seconda delle esigenze da soddisfare e della gravità del fatto, la situazione si capovolge radicalmente.

Mentre l'art. 275 c.p.p. enuncia chiaramente un principio di proporzionalità quale criterio di scelta delle misure implicante l'applicazione della custodia cautelare in via residuale, nel contesto della cooperazione giudiziaria europea in materia cautelare la misura più afflittiva prevale sulle possibili alternative in modo piuttosto evidente.

Il mandato di arresto europeo, com'è noto, è uno strumento che consente di procedere in modo efficiente alla consegna e all'arresto di una persona che si trovi in altro Stato membro dell'Unione europea¹⁰⁵. Le statistiche dimostrano il successo in termini applicativi dell'istituto¹⁰⁶, impiegato tanto per eseguire sentenze di condanna quanto per sottoporre il soggetto a custodia cautelare, su cui si intende porre l'accento in questa sede.

¹⁰⁵ La relativa disciplina è contenuta nella decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (DQ MAE), attuata in Italia attraverso la legge 22 aprile 2005, n. 69, oggetto di modifica da parte del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 (su cui v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 3/2021, p. 63 ss.). In generale circa il funzionamento dell'istituto, v. AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alla procedura di consegna*, a cura di M. BARGIS - E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005; M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, 4ª ed., Giuffrè, 2019, p. 369 ss.; M. FICHERA, *The Implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Intersentia, 2011; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Springer, 2015; V. MANES - M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020, p. 61 ss. Per un'esposizione sintetica ed efficace sulle principali differenze del mandato di arresto europeo rispetto al tradizionale sistema dell'estradizione: N. VENNEMANN, *The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications*, in *ZaöRV*, 2003, p. 110 ss.

¹⁰⁶ Si vedano i dati riportati da A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order: The Defeat of Liberty Versus Security*, in *European papers*, 2020, n. 3, p. 1498 ss., ma anche da T. WAHL, *Statistics on Use of EAW in 2018*, in *eucrim*, 14 agosto 2020 e quelli consultabili al seguente link: https://e-justice.europa.eu/90/IT/european_arrest_warrant?clang=en#tocHeader3. Per i dati relativi al periodo 2005-2012, v. S. CARRERA - E. GUILD - N. HERNANZ, *Europe's most wanted? Recalibrating Trust in the European Arrest Warrant System*, in *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2013, n. 55, p. 4 ss. e T. OSTROPSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant*, cit., p. 174.

Spesso, però, piuttosto che applicare la custodia cautelare, il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto mediante strumenti meno afflittivi¹⁰⁷. Per di più, il mandato di arresto europeo, sradicando la persona dallo Stato di residenza, accentua l'impatto negativo della custodia cautelare¹⁰⁸.

Si sarebbe dovuta fare carico di tale cruciale esigenza la decisione quadro 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009 sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare¹⁰⁹, attuata in Italia mediante il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36. In particolare, la decisione prevede che l'autorità giudiziaria emittente possa richiedere all'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui l'indagato o l'imputato risieda, di eseguire a suo carico misure cautelari non detentive¹¹⁰.

Tale forma di cooperazione è praticamente inattuata, ricorrendo le autorità giudiziarie degli Stati membri quasi esclusivamente al mandato di arresto europeo¹¹¹. Sono

¹⁰⁷ Molto interessante l'analisi empirica svolta da A. RYAN, *The Interplay Between the European Supervision Order and the European Arrest Warrant: An Untapped Potential Waiting to Be Harvested*, in *European papers*, 2020, n. 3, p. 1536 ss. rispetto a casi in cui le corti irlandesi hanno rifiutato di eseguire un mandato di arresto europeo, mentre avrebbero certamente potuto eseguire un'ordinanza cautelare europea e ad altri in cui è stato viceversa eseguito un mandato di arresto europeo, laddove sarebbe stato più opportuno applicare misure cautelari non detentive.

¹⁰⁸ V., per tutti, R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut? Should there be a bar of triviality in European arrest warrant cases?*, in *Criminal Law Review*, 2009, n. 1, p. 31, secondo la quale «there are few greater instances of the exercise of state power over the individual than that involved in extradition» e N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights*, cit., p. 162, la quale rimarca che «any surrender constitutes an interference in Article 8 ECHR (Article 7 CFR) in its component to protect a person's private life, regardless even of the existence of familial ties to the home country». Sottolinea invece come gli effetti negativi del carcere siano accentuati per gli stranieri A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1497, a cui si rinvia per ulteriore letteratura sul tema. Al riguardo, è emblematica l'esperienza di Andrew Symeou, consegnato dall'Inghilterra alla Grecia, in cui era accusato, pur in assenza di elementi concreti, di un omicidio per il quale sarà assolto dopo dieci mesi in un carcere greco in condizioni che lo hanno segnato profondamente, riportate in A. SYMEOU, *Extradited. The European Arrest Warrant and My Fight for Justice from a Greek Prison Cell*, Biteback, 2015. Tale esempio è riportato anche da A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Bloomsbury, 2021, p. 70.

¹⁰⁹ Sottolinea come proprio la proporzionalità del sistema cautelare europeo fosse l'obiettivo della decisione quadro 2009/829/GAI, A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1494.

¹¹⁰ Per le misure cautelari applicabili, v. art. 8 decisione quadro 2009/829/GAI e art. 4 d.lgs. n. 36/2016.

¹¹¹ Particolarmente interessante l'«impietoso» confronto tra l'impiego del mandato di arresto europeo e l'ordinanza cautelare europea svolto da A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1498 ss. Riguardo all'inattuazione, nella prassi, di tale strumento, v. anche N. CANESTRINI, *Misure cautelari europee: non solo mandato di arresto europeo*, in *Giur. pen.*, 22 febbraio 2021, p. 2 e A. RYAN, *The Interplay Between the European*

molte le ragioni di tale fallimento¹¹², ma la principale risiede probabilmente nella differenza dei due meccanismi. Mentre infatti nel mandato di arresto europeo l'autorità emittente richiede l'arresto della persona affinché le sia consegnata, nell'ordinanza cautelare europea la persona resta nello Stato in cui si trova, diverso da quello in cui si svolge il procedimento¹¹³. Il che è l'obiettivo precipuo della decisione quadro 2009/829/GAI, che intendeva evitare lesioni, appunto, sproporzionate, al diritto alla vita privata e familiare dell'individuo (art. 8 CEDU e art. 7 CDFUE). Ma è evidente che, agli occhi dell'autorità emittente, si tratta di prospettiva problematica, superabile solo attraverso disposizioni di carattere cogente, mentre la decisione quadro 2009/829/GAI si esprime esclusivamente in termini facoltativi¹¹⁴.

Supervision Order and the European Arrest Warrant, cit., p. 1532. Sul punto non manca d'altronde la consapevolezza delle istituzioni europee, come testimoniato da una serie di documenti: Parlamento europeo, 20 gennaio 2021, risoluzione sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri (2019/2207(INI)); Consiglio, 16 dicembre 2019, conclusioni sulle misure alternative alla detenzione: il ricorso a sanzioni e misure non privative della libertà nel settore della giustizia penale (2019/C 422/06); Parlamento europeo, 27 febbraio 2014, risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109(INL)); Commissione, 5 febbraio 2014, relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare (COM(2014) 57 final).

¹¹² Per un quadro completo, v. A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1501 ss. V. anche E. MONTERO PÉREZ DE TUDELA - C. ROCÍO GARCÍA RUIZ, *The underutilisation of the European Supervision Order: Framework Decision 2009/829/JHA as just a scrap of paper*, in *European Law Review*, 2021, n. 3, p. 306 ss. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 429, per quanto riguarda l'Italia, pone l'accento sulla mancata prescrizione, nella disciplina interna, di obblighi nei confronti dello Stato di esecuzione, tanto nel caso in cui sia l'Italia a richiedere l'esecuzione di una misura cautelare non detentiva quanto nel caso inverso.

¹¹³ Lo sottolineano, in particolare, A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1502; E. MONTERO PÉREZ DE TUDELA - C. ROCÍO GARCÍA RUIZ, *The underutilisation of the European Supervision Order*, cit., p. 321, che così spiegano, in conclusione, la preferenza per la custodia cautelare rispetto ad altre misure e per il mandato di arresto europeo rispetto all'ordinanza cautelare europea: «*fearing loss of control over the suspect and the prospect of being drawn into a tedious, complex procedure with few instruments to facilitate it, the authorities choose to adopt the simplest, most reliable and controllable measure even if this means depriving the accused of their freedom*».

¹¹⁴ V. art. 9 decisione quadro 2009/829/GAI. A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1502 nota correttamente come la decisione quadro 2009/829/GAI non configuri, come sarebbe invece auspicabile, un diritto a beneficiare di una misura non custodiale nel proprio Stato di residenza ove la detenzione in altro Stato risulti sproporzionata.

Nella cooperazione giudiziaria europea, dunque, il test di proporzionalità alla base della scelta della misura da applicare è tutto sbilanciato sulla fase dell'idoneità della misura rispetto alla finalità cautelare. Risulta completamente obliterato un controllo in ordine alla necessità rispetto a strumenti meno afflittivi, egualmente idonei a raggiungere il risultato. Si delinea così una situazione poco rispettosa dei diritti individuali e che rischia per di più di intaccare l'efficienza stessa del mandato di arresto europeo, la cui frequenza d'uso potrebbe creare problemi di sovraccarico di lavoro¹¹⁵. Inoltre, è evidente l'irragionevolezza del diverso trattamento riservato a chi sia sottoposto a misure cautelari nel proprio Stato di residenza¹¹⁶.

Un test di proporzionalità più completo è ora suggerito (non imposto) all'autorità giudiziaria emittente dal manuale della Commissione del 6 ottobre 2017 sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo¹¹⁷, che menziona anche un vaglio in ordine alla «possibilità di ricorrere ad altre misure per la cooperazione giudiziaria invece che all'emissione di un MAE», tenuto conto del fatto che «altri atti normativi unionali riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale prevedono misure diverse che, in molte situazioni, sono efficaci ma meno coercitive»¹¹⁸. Tuttavia, resta ancora lacunoso e

¹¹⁵ Segnala tale paradossale (non è questa la ragione della sua esistenza) ricaduta dell'insuccesso dell'ordinanza cautelare europea, A. RYAN, *The Interplay Between the European Supervision Order and the European Arrest Warrant*, cit., pp. 1541-1542. Nello stesso senso, pur rilevando il ben più grave effetto con riguardo alla tutela dei diritti individuali, G. DI CHIARA, *The Protection of the Right of Freedom on the European Union Level: The European Arrest Warrant and Non-custodial Pre Trial Measures. The Guideline of the Principle of Proportionality: An Interpretive Perspective*, in AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, a cura di S. RUGGERI, Springer, 2013, p. 249. V. anche S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union*, cit., p. 62, che rileva come i sostenitori della proporzionalità nel mandato di arresto europeo lo sono anche in ragione di una maggiore efficienza dello strumento.

¹¹⁶ Sul punto, v. T. LJUNGQUIST, *Mutual Recognition of Non-Custodial Pre-Trial Supervision Measures in the European Union*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, n. 1-2, pp. 172-173; L. MANCANO, *Mutual recognition in criminal matters*, cit., p. 729; T. RAFARACI, *The Application of the Principle of Mutual Recognition to Decisions on Supervision Measures as an Alternative to Provisional Detention*, in AA.VV., *Liberty and Security in Europe*, a cura di S. RUGGERI, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co, 2013, p. 68. V. anche A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order*, cit., p. 1496, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹¹⁷ Commissione, 6 ottobre 2017, manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo (2017/C 335/01). Il manuale è la versione rivista del precedente Consiglio, 27 dicembre 2010, versione riveduta del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto (17195/1/10 REV 1 COPEN 275 EJM 72 EUROJUST 139), che a sua volta era succeduto a Consiglio, 24 giugno 2008, versione definitiva del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto europeo (8216/2/08 REV 2 COPEN 70 EJM 26 EUROJUST 31).

¹¹⁸ Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, cit., p. 15.

ineffettivo il panorama delle misure alternative alla custodia cautelare nella cooperazione giudiziaria europea, impedendo una piena esplicazione in concreto di un principio pacificamente riconosciuto a livello teorico in quello stesso contesto.

3.2. Il legame tra cautela e sanzione: altre valutazioni di proporzionalità, in concreto e in astratto

Carattere essenziale della proporzionalità nel settore cautelare risiede, come si è detto, nel rapporto che instaura tra la misura e l'entità del fatto, nonché con la relativa sanzione. A ben vedere, una simile connessione può rintracciarsi in altre disposizioni codicistiche, oltre che nell'art. 275 comma 2 c.p.p.

Si possono individuare ipotesi in cui il legame opera in astratto e altre in cui si pone su un piano concreto. Nelle prime la cautela si rapporta con la pena prevista per la fattispecie di reato per cui si procede, segnando dei limiti, per così dire, esterni alla discrezionalità del giudice; nelle seconde con quella che si ritiene che possa essere inflitta in concreto, rimettendo tale valutazione alla sua discrezionalità.

Tra le prime ipotesi, sono senz'altro espressione di una proporzionalità astratta gli articoli 280 e 287 c.p.p., che richiedono, ai fini dell'adozione di misure coercitive ed interdittive, che si proceda «per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni».

Interessante altresì considerare l'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p. Si è già accennato alle criticità sollevate dall'esigenza cautelare enunciata in tale norma, consistente nel pericolo di reiterazione del reato¹¹⁹. Proprio tali criticità hanno indotto il legislatore a limitarne l'applicabilità a determinati reati o, nel caso del pericolo di reiterazione di reati della stessa indole, a limitare l'impiego di misure custodiali sulla base di soglie predeterminate ancorate al massimo edittale.

Ma valutazioni di proporzione sono svolte dal legislatore anche all'art. 275 comma 2-ter c.p.p., nel riservare un trattamento sfavorevole al condannato in appello qualora sia stato condannato nei cinque anni antecedenti per delitti della stessa indole solo al caso in cui la condanna riguardi uno dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

¹¹⁹ V. *retro*, paragrafo 3.

Come detto, si intravede in disposizioni di questo tipo una traccia del principio di proporzionalità sostanziale tra gravità astratta del reato e trattamento sanzionatorio, più che un elemento essenziale di un test tripartito di proporzionalità¹²⁰.

Le disposizioni poc'anzi richiamate vanno a formare la cornice normativa entro la quale si esplica la discrezionalità del giudice. Ad esse si contrappongono le disposizioni che esprimono il principio in una prospettiva concreta, in cui la legge rimette alla discrezionalità del giudice la valutazione della proporzionalità.

In primo luogo, si deve considerare l'art. 273 comma 2 c.p.p., che vieta l'applicazione delle misure in presenza di una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena che il giudice, sulla base di una valutazione prognostica, ritiene che possano essere applicate.

In secondo luogo, viene in rilievo l'art. 274 comma 1 lett. b) c.p.p. L'esigenza cautelare del pericolo di fuga si applica infatti solo qualora «il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione». I problemi che si pongono sono i medesimi evidenziati rispetto all'art. 275 comma 2 c.p.p. inerenti alle interazioni tra commisurazione della pena al termine del processo e prognosi in sede cautelare¹²¹. Si noti però come in questo caso il giudizio prognostico sia posto espressamente dal legislatore già alla base dei presupposti legittimanti l'adozione di una misura cautelare e dunque in un momento logico antecedente rispetto alla scelta della misura. Benché la valutazione avvenga rispetto alla pena che si ritiene potrebbe essere inflitta in concreto, una norma di questo tipo, legata cioè all'indicazione di una soglia edittale, pare in realtà ispirata dal principio di proporzionalità (sostanziale) della pena.

In terzo luogo, i commi 4, 4-bis, 4-ter, 4-quater, 4-quinquies dell'art. 275 c.p.p. applicano il canone della proporzionalità nel bilanciare l'opportunità di sottoporre l'imputato a custodia cautelare con particolari situazioni familiari e con la tutela della salute.

Lo stesso può dirsi per i commi 1 e 2 dell'articolo 299 c.p.p., che impongono la revoca o la sostituzione delle misure ove risultino mancanti le condizioni di applicabilità delle stesse o anche solo attenuate le esigenze cautelari o la misura non appaia più rispettosa del principio di proporzione stesso, nonché per l'art. 304 c.p.p., che dispone la

¹²⁰ V. *retro*, paragrafo 2.

¹²¹ V. *retro*, paragrafo 3.1.

sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare al ricorrere di certe condizioni legate allo sviluppo del procedimento.

Maggior approfondimento merita, infine, il comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p., che impone di non applicare «la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena». Tale regola è stata introdotta dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, che ha posto fine al dibattito precedentemente sviluppatosi sul tema¹²². Si consideri altresì che il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni nella legge 11 agosto 2014, n. 117, oltre ad aver espressamente affiancato gli arresti domiciliari alla custodia cautelare nel primo periodo della norma, vi ha aggiunto un secondo periodo in forza del quale «non può applicarsi la misura della custodia in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni».

Ricapitolando, il giudice cautelare si dovrà astenere dal disporre la custodia in carcere o gli arresti domiciliari se ritiene possibile la concessione al termine del procedimento della sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p. (istituto applicabile di regola nel caso di condanna all'arresto o alla reclusione di durata non superiore a due anni); egli non potrà inoltre adottare la (sola) misura della custodia cautelare in carcere qualora ritenga che la pena inflitta al termine del procedimento non supererà i tre anni. Per di più, tale ultimo parametro secondo alcuni andrebbe innalzato a quattro anni¹²³, tenuto conto della sentenza n. 41 del 2018 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656 comma 5 c.p.p. nella parte in cui prevede che il

¹²² Per la ricostruzione del contrasto giurisprudenziale e dottrinario relativo alla possibilità o meno di formulare una prognosi circa la futura concessione della sospensione condizionale della pena al fine di disporre la misura cautelare più afflittiva, si rinvia a D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 129 ss. Una recente pronuncia della Corte di cassazione ha poi specificato che il giudice, ai fini di tale prognosi, non può tenere conto dell'eventuale applicazione delle diminuenti previste per i riti speciali per i quali l'imputato abbia preannunciato di optare. Si motiva spiegando che «il giudice cautelare, in assenza di elementi concreti (a titolo esemplificativo, istanza formalizzata dall'imputato di avvalersi del giudizio abbreviato secco, proposta di applicazione di una pena determinata ed intervenuto consenso del pubblico ministero su di essa) non può considerare elementi futuri ed incerti rimessi alla valutazione di altro organo giurisdizionale in tempi diversi e successivi rispetto all'oggetto del giudizio cautelare» (Cass., sez. III, 13 maggio 2015, n. 36918, in *C.e.d. Cass.*, n. 265176). La sentenza menziona poi espressamente il principio di proporzionalità nell'affermare che l'imputato «non può risultare pregiudicato da una valutazione prognostica errata da parte del giudice cautelare, quando questi, sulla base degli elementi a sua disposizione, avrebbe dovuto impedire che le più intense restrizioni di libertà fossero introdotte ovvero successivamente mantenute» (Cass., sez. III, n. 36918/2015, cit.).

¹²³ V. GREVI - M. CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, cit., pp. 394-395 e M. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 1043.

pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva - anche se costituente residuo di maggiore pena - non superiore a tre anni, anziché quattro anni¹²⁴. La pronuncia della Consulta è fondata sul fatto che l'affidamento in prova c.d. allargato di cui all'art. 47 comma 3-*bis* ord. penit. prevede tale soglia e pertanto reputa necessario allineare alla stessa quella per la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. Di talché, come detto, la dottrina ritiene che anche in ambito cautelare la soglia si debba ritenere fissata a quattro anni. La *ratio* è infatti quella di evitare l'ingresso in carcere a coloro rispetto ai quali il medesimo non è contemplato neppure come conseguenza di un esito condannatorio.

Ancora una volta il giudice si trova di fronte a una valutazione complessa, da effettuare in un momento che si innesta inevitabilmente in una fase anticipata del procedimento penale, in relazione alla pena che sarà concretamente inflitta all'imputato.

Il nuovo art. 275 comma 2-*bis* c.p.p. prevede tuttavia numerose deroghe, volte a consentire l'adozione della misura cautelare più afflittiva anche in caso di presumibili condanne inferiori ai tre anni per taluni gravi reati specificamente indicati. Coerentemente, ad esempio, si richiamano i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., che esclude per essi la concessione dell'esecuzione extramuraria della pena. Si assiste, come in altri casi, a una compressione ad opera del legislatore degli spazi di discrezionalità del giudice al fine di tutelare gli interessi della collettività¹²⁵.

Le suddette deroghe sono state inserite in sede di conversione in risposta a talune critiche giunte in relazione al primo testo della disposizione proposto nel d.l. n. 92 del 2014. Quelle critiche però rimangono tuttora valide. In particolare, la magistratura e parte della dottrina hanno condannato l'automatismo che la norma comporta, denunciando come

¹²⁴ Corte cost., 2 marzo 2018, n. 41, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1918 ss., con nota di F. TRAPPELLA, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma* e osservazioni di E. APRILE. V. anche M. MIEDICO, *Nuovi limiti per l'accesso all'affidamento in prova, fra scelte legislative e ragionevolezza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2242 ss.; C. MINNELLA, *La Consulta eleva a 4 anni il limite di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione (allineandolo all'affidamento allargato)*, in *Dir. e giust.*, 2018, n. 41, p. 8 ss.; D. VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistemici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 500 ss.

¹²⁵ In particolare sulla preclusione prevista in relazione al reato di cui all'art. 612-*ter* c.p. critica la prevalenza assegnata dal legislatore a derive securitarie A. MARANDOLA, *L'integrazione dell'art. 275, comma 2 bis c.p.p.*, in AA.VV., *Codice rosso. Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di B. ROMANO - A. MARANDOLA, Pacini Giuridica, 2020, p. 169.

finisca per rafforzare l'idea che «la pena detentiva fino a tre anni in realtà non esiste, o comunque non è cosa da prendere sul serio»¹²⁶.

Sul versante opposto, l'avvocatura e altra dottrina hanno accolto con favore l'interpolazione legislativa, considerandola comunque un'innovazione che fissa un «presidio reale di garanzia»¹²⁷.

Vi è anche chi, dopo aver riportato tale contrasto di opinioni, ha rilevato come i giudici potranno facilmente eludere l'applicazione della norma “gonfiando”¹²⁸ la prognosi relativa alla pena irroganda, ritenendola di conseguenza un semplice “palliativo” contro l'abuso della custodia cautelare, male endemico che necessiterebbe di un «rimedio capace di aggredirne le cause»¹²⁹.

Ad ogni buon conto, le regole poste dall'art. 275 comma 2-bis c.p.p. perseguono l'obiettivo di tradurre e rendere effettivo il principio di proporzionalità, attraverso un «ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena»¹³⁰. Collegamento che, peraltro, si snoda in tutto l'arco procedimentale, avendo la Cassazione statuito che, in caso di condanna, anche non definitiva, a pena inferiore ai tre anni di reclusione, la misura debba essere sostituita ex art. 299 c.p.p.¹³¹. Si noti come la norma sembri porsi in antitesi rispetto all'istanza di flessibilità propugnata dalle Sezioni unite¹³². Ciò dimostra come il principio in analisi costituisca inevitabile terreno di confronto tra potere legislativo e giudiziario: la proporzione è canone logico caratterizzante i ragionamenti giudiziari, all'interno del quale il legislatore cerca non di rado di inserirsi, limitandoli e imbrigliandoli verso gli obiettivi che intende di volta in volta perseguire. In una prospettiva fisiologica è il legislatore a definire, a livello astratto, presupposti tanto più

¹²⁶ F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 7 luglio 2014, p. 3.

¹²⁷ M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2014, p. 2.

¹²⁸ L'espressione è usata, in chiara prospettiva critica, da F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare*, cit., p. 2.

¹²⁹ M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014, p. 2.

¹³⁰ Così M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri*, cit., p. 2: «la disposizione (...) attraverso l'ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena traduce e rende effettivo il principio di proporzionalità».

¹³¹ Cass., sez. V, 20 gennaio 2021, n. 4948, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1733, con nota di I. SCORDAMAGLIA, *Il criterio di proporzionalità rispetto al fatto e alla pena ed il suo operare anche nella fase dinamica della misura cautelare*.

¹³² Cass., sez. un., n. 16085/2011, Khalil, cit., p. 3713 ss.

rigorosi quanto più elevata è la potenziale compressione della libertà individuale, lasciando alla discrezionalità del giudice il compito di rapportarli al caso concreto. Un trattamento proporzionato non può che risultare dalla combinazione di tale duplice direzione in cui il principio si esplica, rendendo al tempo stesso prevedibili ed individualizzate le restrizioni subite da un soggetto nel corso di un procedimento penale e all'esito dello stesso.

Per quanto riguarda la citata novella normativa che ha inserito il secondo periodo all'interno dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p., a ben vedere il legislatore non era animato tanto dall'intento di tutelare maggiormente la posizione di chi rischi di essere sottoposto ingiustamente alla misura cautelare maggiormente limitativa della sua libertà, quanto da quello più prosaico di far fronte al sovraffollamento carcerario denunciato dalla Corte Edu nella nota sentenza *Torreggiani c. Italia*¹³³. In fondo proprio in questo uso strumentale risiede il problema: ben vengano misure volte ad attuare il principio di proporzionalità, ma sarebbe opportuno che a ispirare la loro introduzione fosse un disegno complessivo, in grado di bilanciare i vincoli legislativi con la flessibilità insita nel principio¹³⁴. E così, ad esempio, sarebbe stato forse il caso di consentire al giudice una prognosi completa circa la possibile futura concessione di misure alternative alla detenzione, piuttosto che fissare rigidamente il criterio per l'applicazione del divieto nella misura di pena detentiva che si ritiene possa essere applicata¹³⁵.

Tirando le fila del discorso sin qui svolto, il principio di proporzionalità instaura una relazione tra istituti processuali e fattispecie di reato, ma soprattutto tra istituti processuali e fatto concreto, come lo si va ricomponendo nel procedimento penale¹³⁶. Non è tanto alla fattispecie che si guarda, ma alla ricostruzione fattuale che si esplica nelle varie

¹³³ Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 927 ss., con nota di M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*. Per commenti alla sentenza v. anche F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1188 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.

¹³⁴ S. FIORE, *Maneggiare con cautela*, cit., pp. 4-5.

¹³⁵ V. GREVI - M. CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, cit., p. 395. V. anche M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri*, cit., p. 2.

¹³⁶ In generale sul rapporto tra accertamento del fatto nel processo e fattispecie astratta, v., tra i tanti, M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, p. 176 e C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 468.

fasi procedimentali. L'attenzione si sposta dalle scelte legislative a quelle giudiziarie, dal diritto penale sostanziale a quello processuale.

3.2.1. "Il problema della proporzionalità" nel mandato di arresto europeo

La questione del rapporto tra cautela e sanzione (in astratto e in concreto) è emersa in tutta la sua evidenza nell'applicazione del mandato di arresto europeo. Anche in questo caso, come già visto per l'impiego della proporzionalità come criterio di scelta della misura cautelare meno afflittiva, occorre prendere atto di una lacuna dell'ordinamento positivo europeo rispetto a quello italiano, che ha determinato un'evoluzione giurisprudenziale e normativa indotta proprio dalla difficoltà di certi Stati ad accettare una simile carenza.

Come visto, nel contesto interno, l'art. 275 c.p.p., pur rubricato "criteri di scelta delle misure", può ben essere posto dal giudice alla base della mancata applicazione della misura cautelare, ritenuta sproporzionata rispetto al fatto per cui si procede¹³⁷.

Una simile disposizione non è enunciata nella DQ MAE, che si limita a fissare le soglie edittali al di sotto delle quali non è consentito emettere il mandato. Ma, come detto, si instaura in questo modo un rapporto tra fatto e sanzione che opera solo a un livello astratto¹³⁸, rientrando nella nozione sostanziale di proporzionalità della pena. Peraltro, tali soglie edittali sono particolarmente basse¹³⁹ (si fa riferimento, nell'art. 2 paragrafo 1 DQ MAE, a «fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi») ed è altresì piuttosto ampia la lista di trentadue reati per i quali neppure è richiesto il controllo della doppia incriminazione, purché siano puniti nello Stato emittente con pena

¹³⁷ V. *retro*, paragrafo 3.1.

¹³⁸ Sottolinea il problema del riferimento alla pena astrattamente prevista dalla legge e non a quella che si ritiene possa essere applicata J. SPENCER, *Proportionality*, cit., p. 480.

¹³⁹ Non a caso, S. CARRERA - E. GUILD - N. HERNANZ, *Europe's most wanted?*, cit., p. 24 propongono di elevare le soglie attualmente vigenti. Del resto, il mandato di arresto europeo era nato per contrastare forme gravi di criminalità e soprattutto quella terroristica. I lavori per l'introduzione dell'istituto presero infatti un importante slancio in seguito agli attentati dell'11 settembre 2001. Su tale genesi dell'istituto v., tra i tanti, S. HAGGENMULLER, *The Principle of Proportionality and the European Arrest Warrant*, in AA.VV., *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, a cura di J. BENGOTXEA - H. JUNG - K. NUOTIO, in Oñati Socio-Legal Series, 2013, n. 1, p. 99 e T. OSTROPSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant*, cit., p. 168.

pari o superiore a tre anni (art. 2 paragrafo 2 DQ MAE). Non solo: mancano, come visto, valide alternative che consentano l'applicazione di misure non detentive¹⁴⁰, per cui sembra quasi instaurarsi una scelta tra mandato di arresto europeo e rinuncia a procedere¹⁴¹. Ancora, neppure si richiede di dimostrare una certa consistenza indiziaria con riguardo alla commissione del reato¹⁴². Insomma, almeno nel momento in cui è entrata in vigore, la proporzionalità non pareva emergere, né in modo espresso né in modo inespresso, dalla DQ MAE¹⁴³.

Nella prassi, si sono moltiplicati i mandati di arresto europei emessi nell'ambito di procedimenti aventi ad oggetto fatti di reato caratterizzati da uno scarsissimo grado di offensività¹⁴⁴. Ciò si può ascrivere, oltre che a un'interpretazione rigorosa del principio di obbligatorietà dell'azione penale da parte di alcuni Stati membri¹⁴⁵, proprio all'assenza, al fianco di un criterio di proporzionalità sostanziale, di una valutazione concreta in ordine

¹⁴⁰ V. *retro*, paragrafo 3.1.3.

¹⁴¹ Rimarcano la necessità di un sistema parallelo per affrontare la commissione di reati minori a livello transnazionale, tra gli altri, A. SANGER, *Force of Circumstance: The European Arrest Warrant and Human Rights*, in *Democracy and Security*, 2010, n. 1, p. 21 e J. SPENCER, *Proportionality*, cit., p. 482.

¹⁴² Sul punto, v. A. SANGER, *Force of Circumstance*, cit., pp. 19-20 e W. VAN BALLEGOIJ, *European Arrest Warrant*, cit., pp. 13-14.

¹⁴³ Come si vedrà *infra* e al paragrafo 3.3 del presente capitolo, le cose sono adesso decisamente cambiate, pur non essendo intervenuta una modifica della DQ MAE.

¹⁴⁴ Tra i più emblematici, il furto di un maiale e quello di un dolce a ristorante. Sul punto, v. T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant*, cit., p. 174, che rinvia a Consiglio, 9 luglio 2007, *Proposed subject for discussion at the experts' meeting on the application of the Framework Decision on the European arrest warrant on 17 July 2007 - the proportionality principle* (10975/07). V. anche E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice. A Role for Proportionality?*, Hart, 2020, pp. 115-116; ID., *The Quest for Proportionality for the European Arrest Warrant: Fundamental Rights Protection in a Mutual Recognition Environment*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, p. 48.

¹⁴⁵ È soprattutto il caso, ormai molto noto, dei pubblici ministeri polacchi, che spesso hanno considerato doverosa l'emissione del mandato di arresto europeo per il rispetto del principio di legalità, o meglio, dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. Sul punto, v. T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant*, cit., pp. 172-173 e 183-184, (richiamato anche, tra gli altri, da V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Hart, 2016, p. 143). L'Autore, tuttavia, evidenzia come l'alto numero di mandati d'arresto europei emessi dalle autorità polacche si possa spiegare anche alla luce dell'elevata quantità di immigrati polacchi in altri Stati membri. Per un ulteriore approfondimento rispetto alla Polonia, v. L. KLIMEK - P. SZYMANIEC - A. WEDEŁ-DOMARADZKA, *Polish Citizens and European Arrest Warrant: Analysis of Case-law of the Court of Justice of the European Union*, in *Štát a parvo*, 2021, n. 1, p. 2 ss. Per uno sguardo anche su altri Stati in cui si è posta la medesima questione, v. E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust*, cit., p. 116 ss.

alla proporzionalità della misura in ragione della sua relazione con gli obiettivi che si prefigge e la gravità del fatto.

A fronte di tali mandati, era sorto il dubbio circa la possibilità per l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione di rifiutare di eseguirli¹⁴⁶. Come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, però, i motivi di rifiuto previsti dalla DQ MAE devono ritenersi tendenzialmente tassativi, fondandosi la disciplina, almeno in linea di principio, proprio sull'automatico riconoscimento della decisione emessa da un altro Stato membro.

Le istituzioni europee hanno fornito una risposta a quello che in una precedente relazione era stato definito (quale titolo di apposito paragrafo) «il problema della proporzionalità»¹⁴⁷, con l'introduzione, nel già citato manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, di un controllo circa la proporzionalità del mandato da parte dell'autorità giudiziaria emittente. Tale controllo prevede di tenere conto della gravità del reato, prendendo in considerazione il danno o il pericolo causati, della pena che sarà probabilmente irrogata qualora il ricercato sia giudicato colpevole e della probabilità dell'assoggettamento a custodia della persona nello Stato membro emittente dopo la consegna¹⁴⁸. I primi due punti intendono chiaramente rispondere alla problematica inerente ai mandati di arresto europei emessi con riguardo alle c.d. “*trivial offences*”; l'ultimo mira a supplire alla mancanza di una disposizione che ponga quale presupposto per l'emissione dei mandati di arresto una certa consistenza indiziaria, del tipo di quella prevista dall'art. 273 comma 1 c.p.p.

Trattandosi di materia particolarmente sensibile e problematica, si può dubitare della scelta di occuparsene attraverso uno strumento, come il citato manuale, contenente

¹⁴⁶ I due casi più famosi sono probabilmente il già citato Oberlandesgericht Stuttgart, *General Public Prosecution Service v. C.*, in cui si ragionò sulla base dell'art. 49 CDFUE, non rifiutando l'esecuzione del mandato di arresto, e Irish High Court, 8 febbraio 2012, *MJLR v. Ostrowski*, consultabile al seguente link: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5da02a954653d058440f9808>, in cui si prese a paradigma l'impatto della misura sul diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, arrivando a rifiutare l'esecuzione del mandato. Su entrambe le pronunce, nell'ottica che interessa in questa sede, v. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 118 ss.

¹⁴⁷ Commissione, 11 aprile 2011, relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (COM(2011) 175 definitivo), p. 8.

¹⁴⁸ Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, cit., p. 14. Indicazioni in parte analoghe si possono evincere, sul piano interno, da Ministero della Giustizia - Direzione Generale della Giustizia Penale, *vademecum* per l'emissione del mandato d'arresto europeo, 2010, p. 3.

mere raccomandazioni per le autorità giudiziarie¹⁴⁹. Inoltre, la Commissione continua a considerare precluso un rifiuto da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione sulla base di una sproporzione della custodia cautelare rispetto al fatto¹⁵⁰.

Ad ogni modo, pare apprezzabile l'indicazione contenuta nel citato manuale, che fa sì, tra l'altro, che il principio di proporzionalità della misura rispetto alla gravità del fatto non sia più del tutto estraneo alla disciplina dettata in tema di mandato di arresto europeo¹⁵¹.

3.3. La tutela dei diritti fondamentali tra proporzionalità e mutuo riconoscimento in ambito cautelare

I problemi posti dal mandato di arresto europeo, che fanno sorgere altrettanti spunti di riflessione utili a comprendere le potenzialità e i limiti della proporzionalità anche a livello interno, non si esauriscono con l'assenza di alternative al mandato stesso, cruciale per una graduazione delle misure in base alla gravità del fatto, e con i mandati emessi con riguardo a reati che nell'ordinamento interno non rientrerebbero nelle soglie di cui all'art. 280 c.p.p. o sarebbero destinati a un proscioglimento per particolare tenuità del fatto.

Ancora più rilevante è infatti il dibattito sorto con riguardo alla possibilità di rifiutare di eseguire un mandato proveniente da altro Stato membro perché, in caso contrario, vi sarebbe il rischio di una violazione di diritti fondamentali. Per ovvie ragioni, non è possibile rintracciare una problematica equivalente nella disciplina codicistica.

¹⁴⁹ Sul punto, v. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 24.

¹⁵⁰ Il manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, cit., p. 34 prevede che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa soltanto contattare quella emittente, al fine di sollecitarla a impiegare misure diverse, e comunque esclusivamente in caso di «gravi dubbi sulla proporzionalità» del mandato ricevuto. Sottolinea la differenza tra un controllo da parte dell'autorità emittente e uno da parte dell'autorità dell'esecuzione, introdotto da alcuni Stati membri, V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., pp. 145-146. Rimarca altresì tale scelta compiuta dal citato manuale M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: Alternative measures to the European Arrest Warrant*, in AA.VV., *The European Arrest Warrant in Practice*, a cura di N. KEIJZER - E. VAN SLIEDREGT, Asser, 2009, p. 226. R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut?*, cit., p. 35 sostiene che, finché non ci sarà un efficiente sistema alternativo al mandato di arresto europeo basato sul riconoscimento reciproco delle decisioni in tema di misure non detentive, la soluzione non possa essere comunque rintracciata nell'aggiunta di un motivo di rifiuto di esecuzione del mandato di arresto europeo fondato sulla natura "bagatellare" dell'offesa.

¹⁵¹ Tra i tanti, anche V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., p. 145 valorizza la previsione della proporzionalità in fonti secondarie del diritto europeo.

Tuttavia, basti considerare la già menzionata significativa frequenza di impiego di tale strumento nell'Unione europea, per comprendere come il problema *de quo* non sia di poco conto per l'autorità giudiziaria italiana nonché, di riflesso, per lo sviluppo di una concezione unitaria della proporzionalità a livello interno.

La questione si intreccia con quella dei mandati di arresto europei emessi rispetto a reati non gravi. Anche in quel caso si è ipotizzata, come visto, la possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato sulla base di una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dell'interessato (art. 7 CDFUE e art. 8 CEDU)¹⁵². Tuttavia, pare trattarsi di una proporzionalità diversa, poiché cambiano i termini del bilanciamento. Le finalità del mandato non trovano stavolta quale termine di relazione la gravità in concreto del fatto, bensì - in via diretta - i diritti fondamentali dell'individuo eventualmente violati da una sua esecuzione. Sicché, ci si sposta in un diverso aspetto della proporzionalità in senso stretto: la consegna e l'arresto sono idonei e necessari rispetto alle loro finalità, proporzionati rispetto alla gravità del fatto, ma potrebbero ciò non di meno risolversi in una lesione eccessiva di un diritto fondamentale¹⁵³.

Dalla distinzione tra mandati sproporzionati perché emessi rispetto a fatti non gravi e mandati sproporzionati perché la relativa esecuzione determinerebbe la violazione di un diritto fondamentale del loro destinatario, discende una fondamentale differenza di disciplina. Nel primo caso, infatti, si può condividere la posizione assunta dal Consiglio prima e dalla Commissione poi nei relativi manuali per l'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, in ordine all'attribuzione di un simile controllo in capo all'autorità emittente¹⁵⁴: è quest'ultima che sta accertando i fatti e che quindi ne conosce la gravità; è su di essa che ricade la scelta circa l'emissione del mandato ed effettivamente si tratta di valutazione inerente al merito del procedimento, che in un sistema ispirato al mutuo riconoscimento non dovrebbe essere vagliato dalle autorità giudiziarie di uno Stato

¹⁵² V. *retro*, paragrafo 3.2.1.

¹⁵³ Tale aspetto è ben evidenziato da M. FICHERA - E. HERLIN-KARNELL, *The Margin of Appreciation Test and Balancing in the Area of Freedom Security and Justice: A Proportionate Answer for a Europe of Rights?*, in *European Public Law*, 2013, n. 4, p. 787, per cui la proporzionalità nel contesto del mutuo riconoscimento ha almeno due diverse implicazioni: «one reflects the need to balance the application and enforcement of penalties and the criminalization of conduct in itself (so as to avoid using mutual recognition for minor offences). The other reflects the need to combine effectiveness and human rights protection».

¹⁵⁴ V. *retro*, paragrafo 3.2.1.

membro diverso da quello a cui appartiene quella emittente¹⁵⁵. Nel secondo caso, viceversa, la valutazione non può che ricadere sull'autorità dell'esecuzione¹⁵⁶: l'ipotesi è che quell'arresto, reputato - com'è ovvio - necessario e legittimo dall'autorità emittente, possa risolversi in una violazione di diritti fondamentali¹⁵⁷ il più delle volte derivante da situazioni critiche e strutturali riguardanti lo Stato in cui è stato emesso il mandato¹⁵⁸; la valutazione non è sul merito del procedimento, bensì, per così dire, sugli "effetti collaterali" dell'esecuzione del mandato.

¹⁵⁵ Altro discorso è, come visto *retro* (paragrafo 3.1.3) la mancanza, nella prassi, di misure cautelari non detentive cui ricorrere nei casi meno gravi. Tuttavia, finché non sarà implementato un sistema migliore che inveri la proporzionalità come criterio di scelta delle misure anche nella cooperazione transnazionale, va condiviso il punto di vista, già riportato, di R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut?*, cit., p. 35, che sostiene che la "bar for triviality" in capo all'autorità dell'esecuzione non sia la soluzione corretta, rischiando di contraddire le basi del mutuo riconoscimento e di rinunciare a contrastare la piccola criminalità transazionale. Nello stesso senso, v. C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, 2013, p. 200 e M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns within the EAW System*, in AA.VV., *The European Arrest Warrant in Practice*, cit., p. 209. Com'è noto, il mutuo riconoscimento è l'idea alla base della maggior parte degli strumenti di cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea a partire dal Consiglio di Tampere del 1999 (v. Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999) e si basa sulla libera circolazione delle decisioni giudiziarie nel territorio dell'Unione. In sostanza, almeno in linea di principio, ogni decisione giudiziaria dovrebbe essere ritenuta valida ed efficace, e dunque dovrebbe poter essere eseguita in ogni Stato membro, a prescindere dal fatto che sia stata emessa in un altro Stato. Sul mutuo riconoscimento in generale e sulla sua genesi, v., per tutti, C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition*, cit.; V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., p. 124 ss.; M. MÖSTL, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, n. 2, p. 405 ss.; S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, n. 1, p. 5 ss.; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 341 ss.; A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters. A study of the principle in four framework decisions and in the implementation legislation in the Nordic Member States*, Intersentia, 2011; E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust*, cit., p. 9 ss.

¹⁵⁶ Così M. FICHERA, *The Implementation of the European Arrest Warrant*, cit., p. 186.

¹⁵⁷ T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant*, cit., p. 172 parla di proporzionalità "qualificata" dalla palese violazione di diritti fondamentali.

¹⁵⁸ Lo si vedrà bene *infra*, quando si esamineranno i casi più noti della Corte di Giustizia in cui tale problematica è stata affrontata. Nota, tra i tanti, l'inopportunità di un simile controllo in capo all'autorità giudiziaria dello Stato la cui deficienza debba essere accertata, A. ROSANÒ, *Once Aranyosi, Always Aranyosi? Considerazioni sulla riproponibilità del test Aranyosi e Căldăraru nell'ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d'arresto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, n. 1, p. 176.

Di conseguenza, tale seconda evenienza è ben più problematica della prima, poiché fa emergere il ruolo della proporzionalità quale principio che limita il mutuo riconoscimento¹⁵⁹.

Si spiega così l'iniziale ritrosia della Corte di Giustizia, che in un primo momento si è arroccata su un'interpretazione letterale della DQ MAE e su una iper-valorizzazione del mutuo riconoscimento e dell'obiettivo dell'efficienza nella cooperazione giudiziaria per sostenere l'impossibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo sulla base della violazione dei diritti fondamentali, facendo leva sul carattere tassativo dei motivi di rifiuto del mandato di arresto europeo contenuti nella DQ MAE¹⁶⁰.

Ma, in realtà, la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia passa attraverso la tutela dei diritti¹⁶¹. Lo stesso mutuo riconoscimento non può operare in modo efficiente in assenza di una forte fiducia reciproca tra gli Stati membri, che a sua volta non

¹⁵⁹ Così T. OSTROPSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant*, cit., p. 171.

¹⁶⁰ Il riferimento è ai notissimi casi Corte di Giustizia, Grande Sezione, 29 gennaio 2013, *Radu*, in *Quest. giust.*, 22 marzo 2013, con nota di M. TROGLIA, *Mandato d'arresto europeo e diritto ad essere sentiti nella sentenza della CGUE Radu* e Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Ministero Fiscal*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, p. 974 ss. (tra gli innumerevoli commenti a tali pronunce, v. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013; S. CIVELLO CONIGLIARO - S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, cit., p. 265 ss.; F. ROMOLI, *Le sentenze Radu e Melloni: pronunce "conservatrici"*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2; J. VERVAELE, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in *Review of European Administrative Law*, n. 2, p. 37 ss.) in cui la Corte negò la possibilità, per l'autorità dell'esecuzione, di rifiutare di eseguire il mandato, rispettivamente, perché il soggetto non era stato ascoltato prima della sua emissione e perché la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* non poteva essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente (il caso verteva su un mandato di arresto c.d. esecutivo, ossia volto ad eseguire la pena detentiva inflitta con condanna definitiva nello Stato di emissione). Evidenzia la centralità in questi giudizi dell'efficienza delle operazioni V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., p. 131 ss. Si tenga conto, inoltre, del fatto che in Italia l'art. 18 lett. h) legge n. 69/2005 prevedeva un simile motivo di rifiuto, ma che il d.lgs. n. 10/2021 ha eliminato tale riferimento. Sul punto, nel senso di considerare ancora operativo il motivo di rifiuto formalmente abrogato dal d.lgs. n. 10/2021, v. Cass., 6 maggio 2021, n. 18124, in *Cass. pen.*, 2022, p. 104, con nota di G. COLAIACOVO, *Appunti sulle prime applicazioni della nuova disciplina del mandato d'arresto europeo*.

¹⁶¹ In questo senso v., tra i tanti, E. HERLIN-KARNELL, *The domination of security*, cit., p. 79 ss.; N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights*, cit., p. 136 ss.; A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust*, cit., p. 159 ss.

si stabilisce senza una rafforzata tutela dei diritti in ciascuno di essi¹⁶². D'altronde, pur non prevedendo un espresso motivo di rifiuto fondato sul rischio di violazione dei diritti umani¹⁶³, nella stessa DQ MAE non mancano riferimenti alla loro salvaguardia, benché esclusivamente nei *considerando* 12 e 13 e nell'art. 1 comma 3 DQ MAE¹⁶⁴.

Sicché, non stupiscono le recenti aperture della Corte alla possibilità di rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo in presenza del rischio che il soggetto si trovi ad affrontare condizioni detentive integranti trattamento inumano o degradante¹⁶⁵ ovvero un

¹⁶² V., per tutti, V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., p. 124 ss. e ID., *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 4, p. 457 ss. V. anche A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust*, cit., p. 109 ss.

¹⁶³ Per una critica netta di tale scelta, v., tra i tanti, A. SANGER, *Force of Circumstance*, cit., p. 39.

¹⁶⁴ Anche a partire da tali dati testuali C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition*, cit., p. 205 ss.; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, cit., p. 61; N. VENNEMANN, *The European Arrest Warrant*, cit., p. 115; I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. PEDRAZZI - B. NASCIMBENE, Giuffrè, 2004, p. 151 ss. sostengono come un motivo di rifiuto fondato sulla violazione di diritti fondamentali dell'individuo sia implicito nella DQ MAE. V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, n. 5, p. 1292 sottolinea il potenziale delle citate disposizioni con riguardo al possibile motivo di rifiuto in esame. In senso critico rispetto alla considerazione della tutela dei diritti fondamentali esclusivamente in queste disposizioni, v. A. SANGER, *Force of Circumstance*, cit., p. 25.

¹⁶⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3470 ss. Tra i moltissimi commenti, v. G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, n. 6, p. 1675 ss.; M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 192 ss.; S. GÁSPÁR SZILÁGYI, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2016, n. 2-3, p. 197 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss. Il mandato di arresto nei confronti del signor Aranyosi era stato emesso per l'applicazione di una misura cautelare, quello nei confronti del signor Căldăraru per l'esecuzione di una pena detentiva irrogata con sentenza definitiva. A tale pronuncia hanno fatto seguito, ribadendone il *dictum*, Corte di Giustizia, 25 luglio 2018, *ML*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3919 ss. (a commento, v. A. ROSANÒ, *Du côté de chez Aranyosi, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 427 ss.); Corte di Giustizia, Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 773-774, con nota di N. CANESTRINI, *Condizioni di detenzione nei paesi membri nell'unione europea: verso standard comuni a tutela della dignità umana?*. Per ulteriori commenti a tale ultima pronuncia, v. E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *Leg. pen.*, 2 giugno 2020; A. GAUDIERI, *Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza "Dorobantu" per il calcolo degli spazi. Una bussola per le scelte da compiere in periodo di emergenza sanitaria?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 2, p.

processo di fronte a giudice privo del fondamentale requisito dell'indipendenza¹⁶⁶. Del resto, un simile motivo di rifiuto si era già fatto strada nelle leggi e nelle sentenze degli Stati membri¹⁶⁷.

La Corte di Giustizia ha sviluppato un test a due fasi: dapprima occorre verificare se esista un rischio reale che, nello Stato emittente, il soggetto possa subire una lesione del “nocciolo duro” di un suo diritto fondamentale, basandosi su carenze sistemiche e generalizzate di tale Stato; poi si deve vagliare se effettivamente, nel caso concreto, la persona, dopo la consegna, andrebbe incontro a questo rischio¹⁶⁸. L'autorità giudiziaria di esecuzione, inoltre, è obbligata a chiedere previamente informazioni ulteriori a quella di emissione¹⁶⁹.

Così come non viene detto espressamente che si tratta di un nuovo motivo di rifiuto basato sulla necessità di tutelare i diritti fondamentali¹⁷⁰, non viene neppure esplicitato che si tratta di un test ispirato al canone della proporzionalità. Ma è evidente, come detto, l'impiego del parametro della proporzionalità in senso stretto.

Per di più, una volta riconosciuta una simile possibilità, è lecito attendersi ulteriori sviluppi. Oltre alle interessanti sollecitazioni dottrinali in ordine a una maggiore

213 ss.; L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test “Aranyosi” e “Caldararu” ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso “Dorobantu”*, in *Eurojus*, 2020, n. 1, p. 107 ss.

¹⁶⁶ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 25 luglio 2018, *LM*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3907 ss. Tra i moltissimi commenti, v. P. BÁRD - W. VAN BALLEGOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, n. 3, p. 353 ss.; M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges: ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU, The Minister for Justice and Equality v LM*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, n. 4, p. 792 ss.; T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant*, in *Common Market Law Review*, 2019, n. 3 p. 743 ss.; F.-G. RUIZ YAMUZA, *A new horizon in shielding fundamental rights within cooperation based on mutual recognition. Flying in the coffin corner*, in *ERA Forum*, 2020, n. 3, p. 371 ss. Per una visione d'insieme sulle due sentenze appena citate e su altre connesse, v. M. GIALUZ - E. GRISONICH, *Crisi dell'Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2650 ss.

¹⁶⁷ Per una ricognizione, v. M. MACKAREL, *Human Rights as a Barrier to Surrender*, in AA.VV., *The European Arrest Warrant in Practice*, cit., p. 149 ss. e A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust*, cit., p. 65.

¹⁶⁸ Corte di Giustizia, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., pp. 3474-3475; Corte di Giustizia, *LM*, cit., pp. 3910-3911.

¹⁶⁹ Corte di Giustizia, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., pp. 3475-3476; Corte di Giustizia, *LM*, cit., pp. 3912.

¹⁷⁰ L'espressione che più vi si avvicina si rintraccia in Corte di Giustizia, *LM*, cit., p. 3912, ove si afferma che l'autorità giudiziaria debba «astenersi dal dare seguito al mandato d'arresto europeo».

considerazione di esigenze “umanitarie”¹⁷¹, quali quelle legate alla minore età del soggetto¹⁷², e dei c.d. diritti sociali, come il diritto a un adeguato *standard* di vita¹⁷³, è apprezzabile il recente rinvio pregiudiziale ad opera della Corte costituzionale, nel quale si chiede se «l’autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all’autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole»¹⁷⁴.

Ma soprattutto, si noti come il citato caso *LM*, occupandosi dell’indipendenza della magistratura giudicante, ancori il rifiuto di eseguire il mandato di arresto alla possibile violazione di un diritto processuale. Certo, si è - evidentemente - in presenza di una macroscopica carenza delle garanzie del giusto processo, ma è comunque rilevante l’impiego della proporzionalità per la tutela di un diritto processuale quale quello a un giudice imparziale, trovando invece il principio spazio, di regola, quale criterio di bilanciamento tra esigenze processuali e diritti extra-processuali. D’altronde, rispetto ai procedimenti *in absentia* è la DQ MAE stessa a prevedere un motivo di rifiuto facoltativo (art. 4-bis DQ MAE, introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009)¹⁷⁵.

¹⁷¹ M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns*, cit., p. 179 ss.

¹⁷² La Corte di Giustizia, al riguardo, ha riconosciuto la possibilità di rifiutare di eseguire il mandato di arresto nel caso in cui il soggetto non abbia compiuto l’età per cui, nello Stato di esecuzione, si può essere penalmente responsabili, non aprendo però a un vaglio in concreto circa il grado di maturità dell’individuo (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1351 ss., su cui v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di giustizia: profili critici del caso Piotrowski*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, p. 169 ss.).

¹⁷³ N. ŠUBIC, *Resisting a European Arrest Warrant: A social rights perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, n. 3, p. 299 ss.

¹⁷⁴ Corte cost., ordinanza 18 novembre 2021, n. 216, in *Sist. pen.*, 1/2022, § 10, con nota di C. AMALFITANO - M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, p. 5 ss.

¹⁷⁵ Per un approfondimento v., per tutti, K.H. BRODERSEN - V. GLERUM - A. KLIP, *The European arrest warrant and in absentia judgments: The cause of much trouble*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, n. 1, p. 7 ss.; IID, *The European Arrest Warrant and In Absentia Judgments*, Eleven International Publishing, 2020. Si tornerà sul punto, per sottolineare la possibilità di impiegare la proporzionalità con riguardo alle violazioni dei diritti del processo penale - contrapposti a quelli che assumono rilievo nel processo (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 237-238) - solo in un contesto interordinamentale, al capitolo III, paragrafo 4.

Un serio ostacolo a una piena tutela dei diritti attraverso la proporzionalità potrebbe essere rappresentato dal primo *step* dei due menzionati, da impiegare per valutare un eventuale rifiuto di esecuzione del mandato. Non sempre, cioè, la violazione del diritto discende da carenze strutturali dell'altro Stato membro. Un impulso verso il superamento di tale restrittivo pre-requisito potrebbe provenire dalla Corte Edu, che, di recente, nel giudicare la legittimità dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo¹⁷⁶, non lo ha preso in considerazione¹⁷⁷.

Comunque, gli sviluppi descritti hanno avuto un effetto diretto su atti normativi successivi dell'Unione. È il caso, già anticipato, del regolamento UE 2018/1805, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca¹⁷⁸. Infatti, l'autorità dell'esecuzione che si trovi a eseguire una misura cautelare reale disposta in altro Stato membro, potrà rifiutarsi di eseguirla in presenza di situazioni eccezionali per cui sussistano «seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di congelamento comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta»

¹⁷⁶ Corte Edu, 25 marzo 2021, *Bivolaru e Moldovan c. Francia*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2605, con nota di G. DE AMICIS. Per un commento, v. anche P. BERNARDONI, *Il MAE all'esame della Corte EDU: un passo ulteriore verso il "diritto costituzionale applicato" europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1137 ss. e L. MANCANO, *Judicial Cooperation, Detention Conditions and Equivalent Protection. Another Chapter in the EU-ECHR Relationship: Bivolaru and Moldovan v. France*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, n. 56, p. 207 ss. Si tratta di sentenza storica, in quanto per la prima volta la Corte Edu ha ritenuto non integrata la c.d. presunzione "Bosphorus" di rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU da parte dell'Unione europea. Al riguardo, v. S. PLATON, *La présomption Bosphorus après l'arrêt Bivolaru et Moldovan de la Cour européenne des droits de l'homme: un bouclier de papier?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2022, n. 1, p. 91 ss.

¹⁷⁷ Nota tale fondamentale distinzione nel metodo adottato dalla Corte di Strasburgo e da quella di Lussemburgo nella tutela dei diritti, J. CALLEWAERT, *The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, in AA.VV., *Europa lässt sich nicht mit einem Schlag herstellen – 70 Jahre Europa-Institut der Universität des Saarlandes*, a cura di M. BUNGENBERG - T. GIEGERICH, ZEuS Sonderband 2021, Nomos, 2021, p. 113.

¹⁷⁸ In generale sul regolamento v., per tutti, A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2019 e S. MIRANDOLA, *Borderless enforcement of freezing and confiscation orders in the EU: the first regulation on mutual recognition in criminal matters*, in *ERA Forum*, 2020, n. 3, p. 405 ss. Sull'ascendenza di tale normativa nella giurisprudenza che ha interessato il mandato di arresto europeo, v. A. ROSANÒ, *Once Aranyosi, Always Aranyosi?*, cit., p. 165. Si rinvia al paragrafo 4, e in particolar modo al paragrafo 4.2, del presente capitolo per un'analisi circa l'influenza della storia applicativa del mandato di arresto europeo sulla direttiva OEI e sul regolamento EPPO.

(art. 8 paragrafo 1 lett. f) regolamento UE 2018/1805)¹⁷⁹, in ossequio al principio di proporzionalità enunciato all'art. 1 paragrafo 3 regolamento UE 2018/1805. La disposizione si preoccupa, pertanto, di esplicitare come il rifiuto possa essere opposto anche in ragione di violazioni concernenti diritti prettamente processuali, come quelli a un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale e, più in generale, i diritti della difesa (art. 8 paragrafo 1 lett. f) regolamento UE 2018/1805).

In conclusione, il principio di proporzionalità si colloca nel contesto della cooperazione giudiziaria europea quale limite al mutuo riconoscimento¹⁸⁰. Tale evoluzione può peraltro dirsi in linea con la giurisprudenza della Corte Edu sul differente (ma connesso) e più tradizionale tema dell'extradizione. Di certo, si pone in sintonia con l'indirizzo inaugurato dalla nota sentenza *Soering*¹⁸¹, per cui è lecito subordinare l'extradizione al rispetto dei diritti umani da parte dello Stato richiedente¹⁸², pur non essendo la stessa qualificabile come pena¹⁸³.

Inoltre, una recente pronuncia della Corte Edu, giudicando su un caso concernente proprio un mandato di arresto europeo, ha statuito che «la Corte deve verificare che il principio del mutuo riconoscimento non sia applicato automaticamente e meccanicamente, a scapito dei diritti fondamentali»¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Per un commento, v. C. GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/1805*, in *Leg. pen.*, 31 maggio 2021, p. 20 ss.

¹⁸⁰ Su tale ruolo della proporzionalità, v. V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., p. 142 ss. e A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, cit., p. 331.

¹⁸¹ Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 334 ss., con nota di F. PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*. Per un ulteriore commento, v., tra i tanti, R.B. LILICH, *The Soering case*, in *The American Journal of International Law*, 1991, n. 1, p. 128 ss. Per l'interpretazione tendente ad estendere la regola inaugurata da tale caso all'ipotesi di violazione di altri diritti umani garantiti dalla CEDU, v., per tutti, N. VENNEMANN, *The European Arrest Warrant*, cit., pp. 116-117.

¹⁸² Sulla convergenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia, v. S. TOP - P. DE HERT, *Castano avoids a clash between the ECtHR and the CJEU, but erodes Soering. Thinking human rights transnationally*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, n. 1, pp. 65-66. Sull'applicabilità del *dictum* della citata sentenza *Soering* nel contesto del mandato di arresto europeo, v. M. FICHERA, *The Implementation of the European Arrest Warrant*, cit., p. 185 e N. VENNEMANN, *The European Arrest Warrant*, cit., p. 121.

¹⁸³ Su tale dibattito si rinvia a F. GEYER, *European Arrest Warrant: Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad: Court of Justice of the European Communities, Judgment of 3 May 2007, Case C-303/05*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, n. 1, pp. 159-160. Per una critica all'indirizzo delle Corti, v. A. SANGER, *Force of Circumstance*, cit., pp. 42-43.

¹⁸⁴ Corte Edu, *Bivolaru e Moldovan c. Francia*, cit., p. 2605.

Il ruolo della proporzionalità quale limite al mutuo riconoscimento sembra coerente, altresì, con le molte critiche avanzate in dottrina rispetto alla presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte di tutti gli Stati membri, su cui si fonda il concetto di fiducia reciproca e dunque anche il meccanismo del mutuo riconoscimento¹⁸⁵.

Si può dubitare però che si tratti di uno scontro tra principi. Le esaminate vicende relative al mandato di arresto europeo confermano la natura, nel contesto europeo, di principio generale del diritto della proporzionalità, che pur non essendo espressa nella DQ MAE si è imposta dapprima in giurisprudenza e poi nella *soft law* delle istituzioni europee.

Il mutuo riconoscimento, invece, benché sia spesso indicato come principio¹⁸⁶, parrebbe rappresentare una tecnica¹⁸⁷, o al più una *policy*¹⁸⁸, al servizio del generale (questo sì) principio di efficienza¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Tra i tanti, v. S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual Recognition in European Judicial Co-operation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, n. 2, p. 216; J. BENGOTXEA, *Ultima Ratio and the Judicial Application of Law*, in AA.VV., *Ultima Ratio, a principle at risk*, cit., p. 122; A. SANGER, *Force of Circumstance*, cit., p. 44; V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, n. 1, p. 319 ss.

¹⁸⁶ Soprattutto, oltre che nelle fonti europee, come rilevato da E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine - EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 46-47, così è etichettato dall'art. 696-bis c.p.p.

¹⁸⁷ Nelle parole di S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union*, cit., p. 55, «*a neutral method to be applied*».

¹⁸⁸ A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, cit., pp. 350-351 fonda tale opinione sul fatto che il mutuo riconoscimento è volto alla tutela di interessi generali e non dei diritti, come invece i principi. In realtà, sembrerebbero esistere principi che non sono volti alla tutela dei diritti, come ad esempio quello di efficienza. Ciononostante, si può condividere la conclusione dell'Autrice, basandosi su una giustificazione differente: il mutuo riconoscimento è una semplice scelta politico-legislativa perché poggia su una presunzione, quella di un eguale rispetto dei diritti da parte degli Stati membri, che è relativa (sul punto v. paragrafo 4.4 del presente capitolo). È sufficiente che tale equivalenza non sussista perché il meccanismo non operi. Da ciò discende che non può essere qualificato come principio, poiché un principio generale del diritto può subire dei temperamenti o può scontrarsi con regole che lo contraddicono prive di una giustificazione valoriale tale da superare il principio stesso, ma non può soffrire un'eccezione, anch'essa di carattere generale, fondata su un valore preminente al principio stesso.

¹⁸⁹ R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 5, p. 5, indica nell'efficienza processuale un «valore (di rango costituzionale) idoneo a fungere da limite all'espandersi di garanzie individuali». Sul rapporto tra efficienza e giustizia penale v., per tutti, D.K. BROWN, *The Perverse Effects of Efficiency in Criminal Process*, in *Virginia Law Review*, 2014, n. 1, p. 183 ss.; M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022, p. 1 ss.

3.3.1. Una riserva di giurisdizione imposta dalla proporzionalità per la tutela dei diritti fondamentali compressi dalle misure cautelari?

Uno dei filoni giurisprudenziali più recenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea riguarda la nozione di "autorità giudiziaria", tanto emittente quanto ricevente un mandato di arresto europeo. In particolare, alcune corti nazionali hanno sollevato dubbi circa l'idoneità del pubblico ministero, specialmente se legato all'esecutivo, a rientrare in tale qualifica.

Nell'ottica del presente lavoro interessa domandarsi, in prima battuta, se la questione si sia posta anche in ragione degli esaminati sviluppi circa il controllo di proporzionalità facente capo alle autorità giudiziarie degli Stati membri; in seconda battuta, se tale vaglio, in generale, possa essere svolto esclusivamente da un'autorità giudiziaria terza e imparziale.

La questione è sorta dapprima con riguardo a mandati d'arresto europei emessi per l'esecuzione di sentenze definitive di condanna ad una pena detentiva. In tali casi si è affermato come non siano ricompresi nella categoria organi di polizia¹⁹⁰ o politici¹⁹¹. Si è invece fatto rientrare il pubblico ministero nella nozione, anche in assenza di un controllo giurisdizionale sull'emissione del mandato, sulla base del fatto che il giudizio di proporzionalità, che è necessario per il diritto a un'effettiva protezione giudiziaria, è contenuto nella sentenza su cui il mandato si basa¹⁹².

Ecco perché la faccenda si complica in ambito cautelare. Non tutti gli ordinamenti, infatti, prevedono un controllo giurisdizionale come quello del giudice per le indagini preliminari italiano sull'applicazione di una misura cautelare, che assicuri, soprattutto, la

¹⁹⁰ Corte di Giustizia, 10 novembre 2016, *Poltorak*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1222 ss. A commento, v. T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union on 'judicial authority' and issuing European arrest warrants*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, n. 4, p. 511 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept of an "Issuing Judicial Authority" in European Arrest Warrant Proceedings Needed?*, in *European papers*, 2020, n. 3, p. 1314 ss.; A. ROSANÒ, *If You Are a Judicial Authority and You Know It, Raise Your Hands – Case Note on C-452/16 PPU, Poltorak, C-453/16 PPU, Özçelik, C-477/16 PPU, Kovalkovas*, in *European Criminal Law Review*, 2017, n. 1, p. 91 ss.

¹⁹¹ Corte di Giustizia, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1225 ss. A commento, v. T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 511 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.; A. ROSANÒ, *If You Are a Judicial Authority*, cit., p. 91 ss.

¹⁹² Corte di Giustizia, 12 dicembre 2019, *ZB*, consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0627>, § 35 (a commento, v. T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 518 ss. e A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.).

sua proporzionalità¹⁹³. Che i giudici di Lussemburgo ragionino in questi termini risulta chiaramente sin dalla sentenza in cui per la prima volta hanno statuito che un pubblico ministero, come quello tedesco, soggetto a direttive e istruzioni da parte dell'esecutivo, possa emettere un mandato di arresto europeo solo se tale decisione sia soggetta a controllo da parte di una corte¹⁹⁴. In motivazione, un argomento determinante è rappresentato proprio dalla necessità che sia un giudice a vagliare la proporzionalità del mandato di arresto europeo, la cui afflittività rispetto al diritto di cui all'art. 6 CDFUE impone un "secondo livello" di garanzia oltre a quello già previsto per l'applicazione di una misura a livello nazionale¹⁹⁵.

Tale argomento ha acquisito centralità nei giudizi successivi, che hanno esteso quanto statuito rispetto al pubblico ministero tedesco, sottoposto all'esecutivo, anche a pubblici ministeri dotati di garanzie di indipendenza, come quello francese¹⁹⁶. Anche in questo caso, cioè, benché si sia in presenza di un'autorità giudiziaria abilitata all'emissione di un mandato di arresto, è necessario che vi sia un sindacato giurisdizionale, preventivo o successivo, sulla proporzionalità della misura¹⁹⁷. Ove non espressamente previsto, si deve

¹⁹³ Per una ricognizione, v. Segretariato generale del Consiglio, 11 febbraio 2020, n. 5471, *Implementation of Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States*.

¹⁹⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3786 ss., con nota di M.L. MANDELLI, *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d'arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, *ivi*, p. 4512 ss. A commento, v. T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 513 ss.; M. BÖSE, *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC*, in *Common Market Law Review*, 2020, n. 4, p. 1259 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss. Sugli effetti di tale pronuncia nella legislazione e nella giurisprudenza tedesche, v. M. BÖSE, *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors*, cit., p. 1282. I giudici del Kirchberg hanno poi chiarito meglio, in un caso concernente il sistema austriaco, come, in presenza di un controllo giurisdizionale, il pubblico ministero, anche non indipendente dall'esecutivo, possa emettere il mandato di arresto. Così Corte di Giustizia, 9 ottobre 2019, *NJ*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 780 ss., con nota di L. CECCHETTI, *MAE e tutela giurisdizionale effettiva: alcune precisazioni in relazione al sistema austriaco*. A commento, v. anche T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 516 ss. e A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.

¹⁹⁵ Corte di Giustizia, *OG e PI*, cit., pp. 3790-3791.

¹⁹⁶ Coglie dunque nel segno L. CECCHETTI, *MAE e tutela giurisdizionale effettiva*, cit., p. 795, nel rilevare come, a ben vedere, lo scrutinio circa l'indipendenza o meno del pubblico ministero assume carattere secondario.

¹⁹⁷ Corte di Giustizia, 12 dicembre 2019, *JR e YC*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 1686-1687 (a commento, v. M. BÖSE, *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors*, cit., p. 1259 ss.; T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 518 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.). Con riguardo alla Svezia, v. Corte di Giustizia, 12 dicembre 2019, *XD*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1681 ss. (a commento,

ritenere che vi possa ciò non di meno procedere un giudice competente nel corso del procedimento, anche in altre fasi¹⁹⁸.

La Corte va poi ancora oltre, applicando tale giurisprudenza anche all'autorità dell'esecuzione¹⁹⁹. Non si può non intravedere un'apertura verso un maggiore ruolo di garanzia di tale autorità, rispetto a quello di mero esecutore materiale di una misura da riconoscere e applicare automaticamente.

È chiaro, insomma, che l'evoluzione circa il controllo di proporzionalità in capo all'autorità emittente ha influenzato le riflessioni sulla necessità che un organo giurisdizionale ne controlli i presupposti. Ma anche i progressi in ordine al diverso controllo di proporzionalità rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, benché la Corte non lo dica espressamente, potrebbero avere influito sull'estensione di tale giurisprudenza anche all'autorità dell'esecuzione.

Ma quindi, la Corte di Giustizia sta suggerendo che un controllo di proporzionalità, ove siano coinvolti diritti fondamentali come accade nel mandato di arresto europeo, deve necessariamente essere svolto da un'autorità propriamente giurisdizionale?²⁰⁰ In effetti, essendo il giudizio di proporzionalità essenzialmente un canone metodologico volto a

v. T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 518 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.). Successivamente, con riguardo alla Bulgaria, v. Corte di Giustizia, 10 marzo 2021, *PI*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1811 ss. Precedentemente, in Corte di Giustizia, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *PF*, in *Dir. e giust.*, 31 maggio 2019 (a commento, v. M. BÖSE, *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors*, cit., p. 1259 ss.; T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 513 ss.; E. MINNITI, *Il concetto di "autorità giudiziaria emittente" nell'ambito della disciplina del mandato d'arresto europeo. Nota alla sentenza della Corte di Giustizia europea del 27 maggio 2019, Causa C-509/18, Minister for Justice and Equality vs PF*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 1, p. 449 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.) e Corte di Giustizia, 10 novembre 2016, *Özçelik*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1219 ss. (a commento, v. T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 511 ss.; A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept*, cit., p. 1314 ss.; A. ROSANÒ, *If You Are a Judicial Authority*, cit., p. 91 ss.) la questione era rimasta irrisolta, essendosi tali pronunce limitate ad affermare che un pubblico ministero, se dotato di garanzie di indipendenza, può essere considerato "autorità giudiziaria".

¹⁹⁸ Corte di Giustizia, 13 gennaio 2021, *MM*, in *Giur. pen.*, 7 febbraio 2021, p. 11 ss., con nota di S. CARRER, *La Corte di Giustizia UE sulla legittimità del MAE alla luce del diritto ad un ricorso effettivo ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*.

¹⁹⁹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 24 novembre 2020, *Openbaar Ministerie e YU e ZV / AZ*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 377 ss. Per un commento, v. T. WAHL, *CJEU: "Executing Judicial Authority" Follows Same Criteria as "Issuing Judicial Authority"*, in *eucrium*, 8 febbraio 2021.

²⁰⁰ Nota l'importante connessione instaurata dalla Corte di Giustizia, nel perimetrare la nozione di "autorità giudiziaria emittente", tra proporzionalità e discrezionalità giudiziaria, T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union*, cit., p. 512.

giustificare razionalmente una certa conclusione in ordine alla legittimità di una compressione di diritti, ha senso solo se svolto o verificato da un'autorità giudiziaria. Si badi bene, una proporzionalità vagliata dalla polizia (ad esempio nel caso dell'arresto facoltativo in flagranza) esiste, ma non avrebbe senso di esistere se non sottoposta a successiva verifica da parte di un giudice o di un pubblico ministero. Quanto alla limitazione ai soli organi propriamente giurisdizionali, dipende dal rango del diritto coinvolto e dal grado della compressione: in caso di misure non particolarmente intrusive è possibile individuare anche nel pubblico ministero l'autorità titolare della valutazione di proporzionalità. È così, ad esempio, nell'ordine europeo di indagine e in ispezioni, perquisizioni e sequestri probatori.

3.4. Conclusioni

La proporzionalità nasce a tutela dei diritti fondamentali compressi da interventi statuali²⁰¹. È esattamente quanto avviene in materia cautelare e non è quindi un caso la chiara emersione nell'art. 275 comma 2 c.p.p.

Non solo: l'estensione alle misure cautelari reali denota la capacità del principio di estendersi anche oltre i diritti inviolabili strettamente ricollegabili alla libertà personale, come rilevato dalla stessa giurisprudenza²⁰².

Ad ogni modo, la proporzione pare realmente porsi quale *ratio* fondante delle norme esaminate, che per lo più ne rappresentano una specificazione. Il tessuto codicistico restituisce una regola comune a più disposizioni, che è quella espressa nell'art. 275 comma 1, 2 e 3 primo periodo c.p.p., per cui la misura deve essere proporzionata alle esigenze cautelari, alla fattispecie di reato e al fatto concreto e la custodia cautelare è applicabile solo ove il medesimo risultato non possa essere raggiunto altrimenti. Tale postulato permea l'intera materia, andando ben oltre il mero ruolo di “criterio di scelta delle misure”²⁰³.

Anche là dove non è enunciato (come nel caso del mandato di arresto europeo prima del manuale della Commissione sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo del 2017) o è apertamente contraddetto (presunzioni di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.) è intervenuta la giurisprudenza ad integrare la normativa, usando il principio in

²⁰¹ V. *retro*, paragrafo 1.

²⁰² V. *retro*, paragrafo 3.1.1.

²⁰³ E. VALENTINI, *Il “doppio binario cautelare”*, cit., p. 1676.

chiave interpretativa delle disposizioni positive. Si registra, pertanto, un importante impiego del principio in via analogica.

In conclusione, la proporzionalità si pone quale principio generale del settore cautelare.

4. L'evoluzione della proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale

In uno degli atti normativi più importanti inerenti alla giustizia penale prodotti dall'Unione europea negli ultimi anni si avverte in modo evidente la volontà di trarre un insegnamento dagli esaminati sviluppi riguardanti il mandato di arresto europeo. La direttiva OEI, recepita in Italia dal già citato d.lgs. n. 108/2017, cerca di prevenire l'insorgere delle problematiche che hanno caratterizzato il mandato di arresto europeo attraverso disposizioni che espressamente pongono il principio di proporzionalità e altre direttamente volte a tutelare i diritti fondamentali²⁰⁴. Il principio emerge alla luce del sole. Nel contesto della cooperazione giudiziaria europea, non è più come un fiume sotterraneo che affiora sporadicamente o che bisogna cercare con fatica, presentandosi piuttosto come principio generale espresso da impiegare per garantire la minore compressione possibile dei diritti per effetto delle misure probatorie o investigative disposte.

4.1. Valutazioni di proporzionalità a monte

Nella direttiva OEI, benché non si sia optato per un necessario intervento giurisdizionale, si è ciò non di meno adottata una certa cautela già nell'individuazione delle autorità abilitate ad emettere ed eseguire l'ordine. L'art. 2 direttiva OEI, infatti, pur consentendo che sia un'autorità diversa dal pubblico ministero o dal giudice ad emettere

²⁰⁴ Sulla discendenza delle norme della direttiva OEI dalle problematiche emerse in tema di mandato di arresto europeo, v. S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union*, cit., pp. 60-61; L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence. Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *eu crim*, 2015, n. 2, pp. 52 e 54; G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.*, 25 marzo 2021, p. 8; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, pp. 5-6; A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in *AA.VV., L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. DANIELE - R.E. KOSTORIS, Giappichelli, 2018, p. 120; A. ROSANÒ, *Once Aranyosi, Always Aranyosi?*, cit., p. 165; A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust*, cit., p. 55 e p. 121 ss.

l'ordine, impone per questa ipotesi il controllo di «un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero». Quanto all'esecuzione, si rinvia alle procedure dettate per un caso interno analogo, specificando altresì che ben potrebbero includere l'autorizzazione di un organo giurisdizionale.

La Corte di Giustizia ha giudicato legittimo tale sistema, avallando anche il caso in cui il pubblico ministero emittente sia legato all'esecutivo²⁰⁵, assumendo pertanto una posizione diversa rispetto a quella presa per il mandato di arresto europeo²⁰⁶. Non pare però ravvisabile un'incoerenza²⁰⁷. Come nel *case law* in tema di mandato di arresto europeo si fa leva sull'importanza di un vaglio di proporzionalità da parte di un organo giurisdizionale a fronte della compressione della libertà personale che tale istituto determina, così, con riguardo all'ordine europeo di indagine, si rileva come la minore afflittività delle misure da eseguire renda sufficiente la relativa valutazione da parte di un pubblico ministero, anche se legato all'esecutivo²⁰⁸.

Una soluzione di questo tipo è, in linea generale, imposta dalla natura onnicomprensiva dell'ordine europeo di indagine, con cui si può disporre anche la semplice produzione di documenti o l'ascolto di un testimone. Mezzi, cioè, in merito ai quali non sorge l'esigenza di un dettagliato test di proporzionalità, da assegnare a un organo imparziale e indipendente. Nel caso concreto all'attenzione della Corte di Giustizia, ad esempio, si trattava di una richiesta di trasmissione delle copie degli estratti del conto bancario.

La questione si complica per i mezzi di prova o di ricerca della prova più intrusivi, come le intercettazioni. La direttiva OEI avrebbe potuto ripartire la competenza sulla base

²⁰⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 8 dicembre 2020, *A. e a.*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1055 ss., con note di M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine* e S. QUATTROCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di «autorità giudiziaria» e «autorità emittente» nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea. Riflessioni a margine di due recenti pronunce*, ivi, p. 1785 ss. A commento, v. anche G. BORGIA, *Mandato d'arresto*, cit. e M. CASTELLANETA, *Ordine europeo di indagine, può essere emesso anche dalla procura di uno Stato membro*, in *Guida dir.*, 2021, n. 3, p. 112 ss. In effetti, come rilevato da I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, p. 12, già il dato testuale è inequivocabile. Per un approfondimento, v. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, cit., pp. 48-49.

²⁰⁶ V. *retro*, paragrafo 3.3.1.

²⁰⁷ In questo senso S. QUATTROCOLO, *Nozioni autonome o variabili?*, cit., pp. 1793-1794.

²⁰⁸ Corte di Giustizia, *A. e a.*, cit., p. 1059. Condivisibilmente, G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 9 sostiene essere questa la «chiave di lettura dell'intero impianto motivazionale».

della natura coercitiva o meno dell'atto richiesto. Tuttavia, far dipendere l'organo competente da una simile distinzione, peraltro molto difficile da tracciare, avrebbe creato gravi problemi in termini di efficienza²⁰⁹. Per le misure coercitive, allora, occorre ricercare altrove un recupero di tutela rispetto alla valutazione della proporzionalità della misura. In tal senso, rilevano il controllo da parte del giudice nello Stato di esecuzione, se il relativo ordinamento lo prevede (art. 2 lett. d) direttiva OEI), la possibilità di dialogo tra le autorità di esecuzione e di emissione per la sostituzione della misura con altra meno afflittiva (art. 6 paragrafo 3 direttiva OEI), il motivo di rifiuto fondato sul rispetto dei diritti fondamentali (art. 11 paragrafo 1 lett. f) direttiva OEI) e il diritto di impugnare l'ordine con mezzi equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo (art. 14 direttiva OEI). Si pensi, combinando le due previsioni appena citate, a un eventuale rifiuto di eseguire l'ordine a fronte di una carenza di indipendenza degli organi chiamati a decidere sull'impugnazione nello Stato di emissione. Sembrano essere molte le occasioni, insomma, in cui si avrà modo di verificare che il test di proporzionalità, imposto ex art. 6 paragrafo 1 lett. a) direttiva OEI, sia stato svolto correttamente. La stessa Corte fa leva su tali argomentazioni, notando come proprio nel caso concreto l'autorità rimettente fosse il Tribunale austriaco chiamato a convalidare la misura poiché, a differenza del sistema tedesco (a cui apparteneva il pubblico ministero, legato all'esecutivo, che aveva emesso l'ordine), quello austriaco prevede l'autorizzazione del giudice per la trasmissione delle copie degli estratti del conto bancario²¹⁰.

Da tale parte della motivazione si può trarre spunto a sostegno del potere del giudice della convalida nello Stato di esecuzione di valutare la proporzionalità della misura richiesta dallo Stato di emissione. Altrimenti non si comprenderebbe il loro richiamo a bilanciamento di una garanzia mancante nello Stato di emissione²¹¹. A livello interno, l'art. 5 comma 2 d.lgs. n. 108/2017 prevede che il giudice accerti le condizioni per il

²⁰⁹ L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, cit., p. 48.

²¹⁰ Corte di Giustizia, *A. e a.*, cit., p. 1058. Il *reasoning* della Corte del Kirchberg ricorda dunque fortemente quello della Corte Edu, che spesso fa riferimento alla “*overall fairness*” del procedimento, ricercando fattori compensativi di garanzie mancanti o solo parzialmente tutelate in una certa fase.

²¹¹ Auspicando che i legislatori nazionali chiariscano tale punto in sede di recepimento, pone la questione dei poteri del giudice dello Stato di esecuzione che convalidi la misura richiesta nell'ordine dell'autorità di emissione, domandandosi se ne possa rivalutare la proporzionalità, L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, cit., p. 49.

riconoscimento dell'ordine di indagine, tra cui appunto figura, come detto, la proporzionalità (art. 6 paragrafo 1 lett. a) direttiva OEI).

A differenza di quanto accade in punto di competenza, il legislatore europeo tiene conto in modo diretto dell'esigenza di offrire risposte proporzionate rispetto al grado di afflittività del mezzo di prova o di ricerca della prova richiesto, con riguardo ai motivi di rifiuto e alla possibilità di ricorrere a un diverso tipo di atto di indagine. Gli atti non coercitivi elencati all'art. 10 paragrafo 2 direttiva OEI devono infatti essere eseguiti senza che vi sia la possibilità di compiere un atto diverso qualora quello richiesto non sia previsto nello Stato di esecuzione o non sia disponibile in un caso interno analogo e senza che se ne possa rifiutare l'esecuzione per mancanza del requisito della doppia incriminazione (art. 11 paragrafo 2 direttiva OEI).

Si tratta di un elenco aperto, poiché, al fianco di atti come l'audizione di un testimone o l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati della polizia cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente in un procedimento penale, si inserisce la categoria degli «atti d'indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione» (art. 10 paragrafo 2 lett. d) direttiva OEI). In termini di proporzionalità, si tratta di distinzione apprezzabile. È cioè ragionevole prevedere maggiori limiti - attraverso un vaglio di proporzionalità più stringente - agli automatismi del mutuo riconoscimento, in presenza di atti maggiormente intrusivi dei diritti fondamentali²¹².

Il problema è tracciare i confini della distinzione, tenuto conto, peraltro, che anche mezzi non coercitivi possono realizzarsi attraverso forme di coercizione²¹³. Si pensi, ad esempio, all'accompagnamento coattivo dell'imputato perché partecipi a un confronto o ad una ricognizione personale. Inoltre, alcuni mezzi d'indagine particolarmente intrusivi,

²¹² Nelle parole di S. ALLEGREZZA, *Prova scientifica*, cit., p. 142, «maggiore il sacrificio per i diritti fondamentali, (...) maggiore il doveroso vaglio di proporzionalità, minore il dovere dello Stato di esecuzione di dar seguito al mandato in modo automatico». Nello stesso senso, L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in AA.VV., *Transnational Inquiries*, cit., p. 104 e p. 106. Secondo E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 48 si tratta di una condivisibile valutazione di proporzionalità con riferimento al mezzo investigativo da impiegare.

²¹³ S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in AA.VV., *Transnational Evidence*, cit., pp. 19-20.

come le intercettazioni, stando al significato letterale del termine “coercizione”, non dovrebbero essere qualificati come atti coercitivi²¹⁴.

Allora, la valutazione circa il grado di coercizione immanente a una misura si colloca a monte del giudizio di proporzionalità relativo alla sua intrusività rispetto all’obiettivo perseguito e non può essere rimessa al giudice né, tantomeno, al pubblico ministero. La direttiva OEI non si occupa di tale complessa scelta, rinviando alla legge dello Stato di esecuzione e limitandosi a suggerire, nel *considerando* 16, che «atti non coercitivi potrebbero essere, ad esempio, gli atti che non violano il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà» e, nel *considerando* 30, che potrebbe essere coercitivo un atto di indagine volto ad ottenere dati storici relativi al traffico e all’ubicazione connessi alle telecomunicazioni. È chiaro che esistono anche altri atti non coercitivi, l’individuazione dei quali potrebbe portare ad ampliare i mezzi rientranti nell’art. 10 paragrafo 2 lett. d) direttiva OEI, a vantaggio del mutuo riconoscimento e dell’efficienza della cooperazione giudiziaria e investigativa.

Il legislatore italiano ha direttamente inserito nella lista di atti per i quali opera il regime semplificato quelli che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all’inviolabilità del domicilio (art. 9 comma 5 lett. d) d.lgs. n. 108/2017)²¹⁵. Tale soluzione rischia di produrre pericolosi automatismi con riguardo a mezzi che, pur non incidendo sulla libertà personale o sull’inviolabilità del domicilio, comprimano in modo significativo altri diritti, non ultimi quello di proprietà e quello alla vita privata, menzionati nel *considerando* 16²¹⁶. Si allude, com’è ovvio, ai sequestri e alle forme di intercettazione che non violino il domicilio.

²¹⁴ A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, p. 120.

²¹⁵ In questo senso, non paiono accolti i rilievi della dottrina che invocava una individuazione di un numero ristretto di atti non coercitivi. In particolare, v. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3293, secondo cui sarebbe stato più opportuno fare riferimento esclusivamente a prove già esistenti, dati già disponibili e prove orali. V. anche EAD., *Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence*, in AA.VV., *Transnational Evidence*, cit., p. 101 e C. HEARD - D. MANSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, n. 4, p. 361.

²¹⁶ C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell’ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, p. 78 prospetta il rischio di incostituzionalità per disparità di trattamento rispetto ad altri diritti tutelati in eguale misura.

Infine, rientra nella medesima logica di proporzionalità appena evidenziata la scelta di dettare regole *ad hoc* per taluni mezzi investigativi particolarmente intrusivi, tra i quali, ad esempio, proprio le intercettazioni²¹⁷.

4.2. Doppia valutazione: la definitiva affermazione della proporzionalità

La proporzionalità è espressa nel già citato art. 6 paragrafo 1 lett. a) direttiva OEI, per cui l'emissione dell'ordine deve essere «necessaria e proporzionata ai fini del procedimento (...), tenendo conto dei diritti della persona sottoposta alle indagini o imputata». Il canone della necessità richiama chiaramente il triplice test di proporzionalità, ricomprendendo altresì la fase dell'idoneità. L'intenzione era probabilmente quella di evocare esclusivamente la valutazione rispetto alla gravità del reato per cui si procede²¹⁸. Ma il fine del procedimento, contrapposto ai diritti della persona sottoposta alle indagini o imputata, è l'accertamento del fatto di reato. Si può rintracciare, pertanto, un riferimento alla inopportunità di emettere un ordine europeo di indagine non solo con riguardo a reati bagatellari, ma anche alla necessità dell'atto per le indagini. Infatti, il *considerando* 11 menziona altresì la proporzione rispetto all'acquisizione delle prove ed un canone di opportunità in relazione al coinvolgimento di un altro Stato membro come Stato di esecuzione. Ancora, l'autorità di esecuzione potrà contestare, ex art. 6 paragrafo 3 direttiva OEI, l'«importanza di eseguire l'OEI» qualora ritenga che le condizioni per l'emissione non siano state rispettate e, soprattutto, ex art. 10 paragrafo 3 direttiva OEI, potrà rilevare la possibilità di raggiungere il medesimo risultato con un mezzo meno intrusivo. Ma sul punto si tornerà a breve. Ciò che rileva è che la direttiva OEI richiede la proporzionalità dell'ordine tanto rispetto alla gravità del reato, quanto all'intrusività dell'atto, entrambe comparate con i diritti dell'imputato.

Un test di proporzionalità sviluppato in modo più chiaro si rintraccia nell'art. 7 d.lgs. n. 108/2017, dedicato interamente al principio di proporzione, di cui fornisce una definizione chiara e onnicomprensiva. In primo luogo, la norma fa riferimento non solo ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini, ma anche delle altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti. In secondo luogo, si specifica come l'ordine non debba arrecare a tali diritti e libertà un sacrificio che non risulti

²¹⁷ V. articoli 22 ss. direttiva OEI. Per un approfondimento di queste disposizioni si rinvia ad AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 219 ss.

²¹⁸ In questo senso, R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3293.

giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto. In terzo luogo, si prevede che si debba tenere conto della gravità del reato per cui si procede e della relativa pena.

Sicché, l'art. 7 d.lgs. n. 108/2017 si muove senz'altro nella direzione di un controllo di proporzionalità dell'atto probatorio o investigativo sia rispetto alla gravità del reato oggetto del procedimento sia alle concrete necessità probatorie o investigative dell'atto, tenuto conto del grado di intrusività della misura²¹⁹. È chiara, quindi, la penetrazione nell'ordinamento interno di un principio di elaborazione europea, che impone un metodo di giudizio flessibile e innovativo per i nostri magistrati²²⁰.

Anche la collocazione dell'art. 7 d.lgs. n. 108/2017 è significativa: mentre l'art. 6 paragrafo 1 lett. a) direttiva OEI sembrerebbe rivolto principalmente all'autorità di emissione, che si reputa essere «nella migliore posizione per decidere (...) a quali atti di indagini ricorrere» (*considerando* 10 direttiva OEI)²²¹, l'art. 7 d.lgs. n. 108/2017 è dettato nell'ambito della procedura passiva. Il legislatore interno, insomma, non è condizionato dalle resistenze di quello europeo a riconoscere un vaglio di proporzionalità in capo all'autorità di esecuzione²²².

Secondo alcuni, sarebbe condivisibile la scelta del legislatore italiano di non esplicitare il requisito della proporzionalità per l'autorità emittente, essendo implicito

²¹⁹ Sul punto, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 406 e C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 80.

²²⁰ R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 5.

²²¹ In dottrina non è mancato chi ha sostenuto come, invece, nell'ordine europeo di indagine, si troverebbe in una migliore posizione l'autorità di esecuzione, che può meglio valutare gli effetti concreti della misura da porre in essere nel proprio territorio (F. ZIMMERMANN - S. GLASER - A. MOTZ, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, n. 1, p. 69). In realtà, il discorso pare sovrapponibile a quello svolto in tema di mandato di arresto europeo (v. *retro*, paragrafo 3.3): l'autorità di emissione è sicuramente in una posizione migliore per valutare la proporzionalità del mezzo rispetto alla gravità del reato al cui accertamento è volto; l'autorità di esecuzione, viceversa, è in una posizione migliore per valutare la proporzionalità del mezzo rispetto ai diritti individuali che inevitabilmente andrebbe a comprimere.

²²² A ulteriore riprova di quanto affermato, si consideri che la direttiva OEI, anche là dove palesamente introduce un motivo di rifiuto per l'ipotesi in cui l'atto non sia disponibile in un caso interno analogo, il che ben potrebbe includere la carenza del requisito della proporzionalità, testualmente prevede che l'autorità di esecuzione informa quella di emissione che «non è stato possibile fornire l'assistenza richiesta» (art. 10 paragrafo 5 direttiva OEI, che precede l'art. 11 direttiva OEI, espressamente dedicato ai «motivi di non riconoscimento o di non esecuzione»).

nell'adozione dell'atto²²³. Ma, su un piano generale, non tutti i paesi prevedono la proporzionalità degli atti investigativi²²⁴. Anche a livello interno, a dire il vero, nel caso delle prove atipiche il giudizio di proporzionalità non è già svolto dall'ordinamento²²⁵. Si può pertanto criticare il mancato richiamo al principio per la procedura attiva nel d.lgs. n. 108/2017. Ad ogni modo, ponendosi la proporzionalità come vero «“fondamento invisibile”»²²⁶ del sistema, nonché alla luce di un'interpretazione conforme alla direttiva, si può effettivamente sostenere che la proporzionalità di cui all'art. 7 d.lgs. n. 108/2017 si estenda all'emissione di un ordine europeo di indagine da parte dell'autorità italiana²²⁷.

Dunque, la novità più significativa veicolata dalla direttiva OEI risiede nell'avere definitivamente aperto a un vaglio di proporzionalità completo da parte dell'autorità di esecuzione. Nella direttiva, ciò si evince dalle già menzionate possibilità riconosciute all'autorità di esecuzione dagli articoli 6 paragrafo 3 e 10 paragrafo 3 direttiva OEI. Tali norme instaurano un dialogo tra le due autorità, rispettivamente con riguardo all'importanza di eseguire l'ordine, da riferirsi alla gravità del reato da accertare, ed alla possibilità di raggiungere il medesimo risultato mediante un mezzo meno intrusivo. Al termine di questa interlocuzione, l'autorità emittente può integrare o ritirare l'ordine.

²²³ F. 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., 18 gennaio 2018, p. 30 lo sostiene poiché ricava il principio di proporzionalità dall'art. 188 c.p.p. Concorde con tale visione, prendendo in considerazione anche l'art. 189 c.p.p., C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità*, cit., pp. 99-100. Tale ricostruzione sembra, però, condurre a un'interpretazione riduttiva del principio di proporzionalità, ben rappresentata allora già dal motivo di rifiuto basato sulla violazione dei diritti sanciti dalla CDFUE. Diversa la giustificazione fornita dalla relazione illustrativa delle norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, 16 giugno 2017, sub art. 27, secondo cui la proporzione sarebbe «immanente al sistema interno relativo ai mezzi di prova e di ricerca della prova» poiché il pubblico ministero «svolge le indagini “necessarie” per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale» e «le norme in materia di prove rinviano ai concetti di irrilevanza e superfluità della prova». Aderisce a tale ricostruzione E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. MARCHETTI - E. SELVAGGI, Cedam - Wolters Kluwer, 2019, pp. 366-367. Tuttavia, i canoni richiamati sono disancorati dall'essenziale funzione di garanzia della proporzionalità. Il che getta un'ombra sul concetto di proporzionalità che il governo ha in mente.

²²⁴ L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, cit., p. 51.

²²⁵ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 83.

²²⁶ G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in Cass. pen., 2018, p. 30.

²²⁷ Così C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 79. V. anche G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 34.

A ben vedere, quindi, entrambe le autorità si confrontano circa la proporzionalità della misura²²⁸ e si tratta di due valutazioni sovrapponibili, tanto che auspicabilmente dovrebbero trovare un accordo²²⁹. Ciò emerge dall'analisi tanto della direttiva OEI, benché ad un primo sguardo possa sembrare che rimetta il test esclusivamente all'autorità di emissione, quanto del d.lgs. n. 108/2017, che viceversa sembrerebbe rivolgersi alla sola autorità di esecuzione²³⁰.

Non è affatto chiaro, invece, se l'autorità di esecuzione possa o meno, unilateralmente (seppure all'esito del confronto con l'autorità di emissione), rifiutare di eseguire l'ordine europeo di indagine per carenza del requisito della proporzionalità. Per rispondere a questa domanda bisogna prendere le mosse da altre disposizioni della direttiva.

Innanzitutto, l'art. 10 paragrafo 5 direttiva OEI (non applicabile agli atti non coercitivi di cui all'art. 10 paragrafo 2 direttiva OEI) prevede espressamente, sempre dopo avere informato l'autorità emittente, che quella ricevente possa rifiutare di eseguire l'ordine qualora l'atto di indagine non sia disponibile in un caso interno analogo (art. 10 paragrafo 1 lett. b) direttiva OEI).

Poi, l'art. 11 paragrafo 1 lett. f) direttiva OEI inserisce uno specifico motivo di rifiuto fondato sull'incompatibilità dell'esecuzione dell'atto richiesto con l'art. 6 TUE o con la CDFUE. Evidentemente, è stato così recepito l'orientamento inaugurato in tema di mandato di arresto europeo dalla citata sentenza della Corte di Giustizia *Aranyosi e*

²²⁸ Per tutti, con riguardo al confronto circa l'intrusività della misura, v. S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union*, cit., p. 64.

²²⁹ Così, tra i tanti, P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in AA.VV., *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 288. Per ovviare al rischio di parametri distinti, R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 144 propone di guardare al denominatore comune rappresentato dalla CEDU. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 6 richiama esplicitamente per entrambe le autorità il triplice test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Nello stesso senso, R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI, Giappichelli, 2016, p. 174. V. anche M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine*, cit., pp. 67-68. Più in generale, si veda l'articolata opinione dello stesso Autore circa i riferimenti normativi nel contesto della cooperazione giudiziaria europea: ID., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 4, p. 48 ss.

²³⁰ In questi termini, quanto alla disciplina interna, R.E. KOSTORIS, *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, in AA.VV., *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. GIARDA - F. GIUNTA - G. VARRASO, Cedam - Wolters Kluwer, 2018, p. 503.

*Căldăraru*²³¹, senza neppure bisogno di qualcosa di assimilabile al *two-step test* ivi imposto²³², trattandosi di esecuzione che si realizza direttamente e interamente nello Stato ricevente l'ordine.

Ora, queste disposizioni potrebbero chiaramente venire in gioco per l'ipotesi del mancato rispetto della proporzionalità²³³. Ciò avverrebbe quando essa rientri tra i presupposti di un caso interno analogo e quando l'intrusività dell'atto sia talmente sproporzionata rispetto al suo obiettivo da violare l'art. 6 TUE o la CDFUE.

Per quanto apprezzabile e significativo alla luce della studiata giurisprudenza relativa al mandato di arresto europeo, tale ultimo motivo di rifiuto (percorribile in Italia *ex art. 10 lett. e)* d.lgs. 108/2017, che ha recepito l'art. 11 paragrafo 1 lett. *f)* direttiva OEI) rischia però di restare confinato ai soli casi più gravi ed evidenti²³⁴. Ad esempio, la Corte di Giustizia ne ha affermata l'applicabilità rispetto a un ordine che dispone perquisizioni, sequestri e audizioni di testimoni mediante videoconferenza, proveniente da Stati, come la Bulgaria, che non prevedono alcun mezzo di impugnazione avverso l'ordine di indagine²³⁵.

La prima evenienza indicata pare dotata di una maggiore capacità espansiva. Essa è esplicitata nella circolare del ministero in tema di attuazione della direttiva OEI, in cui si fa riferimento ai casi in cui il principio «costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell'atto investigativo o probatorio»²³⁶. Si tratta di dato ricavabile dall'art. 9 comma 3 d.lgs. n. 108/2017, che, recependo l'art. 10 paragrafo 5 direttiva OEI, introduce un motivo di rifiuto per l'ipotesi in cui non ricorrano i

²³¹ Corte di Giustizia, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., su cui v. *retro*, paragrafo 3.3. Lo rileva, tra i tanti, M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2219.

²³² V. *retro*, paragrafo 3.3.

²³³ Prima ancora della stesura definitiva del testo della direttiva OEI, notava la sovrapposizione di un motivo di rifiuto fondato sulla violazione dei diritti fondamentali con un altro sull'indisponibilità in un caso interno analogo L. BACHMAIER WINTER, *The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment*, in AA.VV., *Transnational Evidence*, cit., pp. 76-77 e pp. 80-81.

²³⁴ La questione è sollevata anche da I. ARMADA, *The European Investigation Order*, cit., p. 30.

²³⁵ Corte di Giustizia, 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 837, con nota di E. LORENZETTO, *Il diritto a un ricorso effettivo nello stato di emissione dell'ordine europeo di indagine e le sue rifrazioni nell'ordinamento interno*. A commento v. anche, tra i tanti, C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 9 marzo 2022.

²³⁶ Dipartimento per gli affari di giustizia - Direzione generale della giustizia penale (Capo del dipartimento e Direttore Generale della giustizia penale), circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale - manuale operativo, 26 ottobre 2017, in *Cass. pen.*, 2018, p. 73.

presupposti che le legge italiana impone per il compimento dell'atto richiesto (art. 9 comma 1 d.lgs. n. 108/2017)²³⁷. La circolare esclude espressamente che «il difetto di proporzionalità possa comportare, di per sé solo, il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione»²³⁸.

Si pongono, tuttavia, due problemi fondamentali. Il primo lo si toccherà con mano nel prossimo capitolo: individuare come e quando la proporzionalità sia un presupposto per l'adozione di un atto investigativo interno è impresa spesso ardua. Il secondo attiene al fatto che il rifiuto per mancanza di disponibilità in un caso interno analogo è escluso qualora si sia in presenza degli atti “non coercitivi” esaminati nel paragrafo precedente. E si è visto come, in Italia, seguendo un'interpretazione letterale dell'art. 9 comma 5 lett. d) d.lgs. n. 108/2017, basterebbe che l'atto non incida sulla libertà personale o sul diritto all'inviolabilità del domicilio perché rientri tra quelli per cui si impone un riconoscimento quasi automatico.

Allora, cercare di rintracciare un motivo di rifiuto, per così dire, nascosto, nella direttiva OEI o nel d.lgs. n. 108/2017, che vada anche oltre i (pacifici) casi appena individuati, non è operazione fine a se stessa.

Tale motivo di rifiuto si può ricavare dalla previsione secondo la quale, al termine dell'interlocuzione con l'autorità di esecuzione *ex art. 6* paragrafo 3 direttiva OEI (recepito dall'art. 9 comma 2 d.lgs. n. 108/2017, che però non si applica agli atti di cui all'art. 9 comma 5 d.lgs. n. 108/2017) o *ex art. 10* paragrafo 3 direttiva OEI (recepito dall'art. 6 comma 3 d.lgs. n. 108/2017), quella di emissione può ritirare l'ordine. Una simile possibilità, cioè, sembra proprio volta ad anticipare il rifiuto da parte della prima, per il caso in cui non si sia raggiunto un accordo²³⁹. Inoltre, si può fare leva sulla centralità della

²³⁷ Sul punto, v. A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI*, cit., p. 119, che apprezza la traduzione della “indisponibilità in un caso interno analogo” come “mancanza dei presupposti previsti dalla legge interna”.

²³⁸ Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale - manuale operativo, cit., p. 73.

²³⁹ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine*, cit., p. 2216. Nello stesso senso, C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 81. In senso critico con riguardo all'opportunità di interpretare la norma in questo senso, v. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., pp. 3293-3294. Viceversa, I. ARMADA, *The European Investigation Order*, cit., pp. 17-18 ritiene che l'autorità di esecuzione possa, al termine dell'interlocuzione con quella di emissione, rifiutare l'esecuzione dell'ordine.

proporzionalità, che pare ispirare l'intero sistema, soprattutto quello risultante dal d.lgs. n. 108/2017, in forza del già menzionato art. 7²⁴⁰.

Per concludere, a testimonianza della pervasività del principio di proporzionalità, specialmente nell'ambito della ricerca della prova, è interessante notare come esso sia stato recepito, in termini simili a quelli esaminati rispetto all'ordine europeo di indagine penale, anche nel regolamento EPPO²⁴¹.

L'art. 5 paragrafo 2 regolamento EPPO vincola espressamente la Procura europea al principio di proporzionalità. Ma soprattutto, il canone trova un importante inveroamento negli articoli 30 e 31 regolamento EPPO. Infatti, ex art. 30 paragrafo 5 regolamento EPPO, i procuratori europei delegati, per disporre le misure investigative, devono valutare se sussista «fondato motivo di ritenere che le misure specifiche in questione possano fornire informazioni o prove utili all'indagine» e, in particolar modo, che «non sia disponibile alcuna misura meno intrusiva che consenta di conseguire lo stesso obiettivo». L'art. 31 regolamento EPPO, poi, replica la doppia valutazione di proporzionalità appena esaminata in tema di ordine europeo di indagine, imponendo altresì uno scambio di informazioni assimilabile a quello imposto dalla direttiva OEI. In particolare, se il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza ritiene che vi sia «una misura alternativa, ma meno intrusiva», che «consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata», dovrà informare il proprio procuratore europeo incaricato della supervisione e consultare

²⁴⁰ Estrapolano un simile motivo di rifiuto dal tessuto normativo del d.lgs. n. 108/2017, C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 81; P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, p. 34; P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo*, cit., p. 383. V. anche R.E. KOSTORIS, *L'attuazione italiana*, cit., p. 505, che, invocando tanto la normativa interna quanto quella sovranazionale, rileva come la proporzionalità sia un requisito essenziale dell'ordine europeo di indagine, la cui mancanza non può rimanere senza conseguenze. Ritengono invece non individuabile un motivo di rifiuto fondato sul mancato rispetto della proporzionalità, né nella direttiva OEI né nel d.lgs. n. 108/2017, A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI*, cit., p. 122; EAD., *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 127; M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. a n. 1, pp. 830-831.

²⁴¹ Su tale parallelismo, v., per tutti, S. ALLEGREZZA - A. MOSNA, *Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition?*, in AA.VV., *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di L. BACHMAIER WINTER, Springer, 2018, p. 155 ss. e V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office and Human Rights*, in AA.VV., *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, a cura di W. GEELHOED - L.H. ERKELENS - A.W.H. MEIJ, Asser Press - Springer, 2018, p. 89 ss. Per un approfondimento, in generale, sulla proporzionalità nell'attività investigativa di EPPO, v. F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 5 ss.

il procuratore europeo delegato incaricato del caso per risolvere la questione a livello bilaterale (art. 31 paragrafo 5 regolamento EPPO). Cambia però il quadro di riferimento: a parlare sono due pubblici ministeri interni a EPPO. Sicché, si è potuta prevedere anche una soluzione esplicita per il caso di mancato accordo, rappresentata dall'intervento della camera permanente competente (art. 31 paragrafi 7 e 8 regolamento EPPO). Di talché, la proporzionalità della misura sembrerebbe garantita e il confronto potrebbe apparire efficiente, conducendo senz'altro a una soluzione da parte di un organo terzo rispetto alle autorità in disaccordo. In realtà, la complessità di simili decisioni ed i tempi potenzialmente lunghi rischiano di compromettere l'efficienza delle indagini²⁴². Anche al di fuori del rapporto con il mutuo riconoscimento²⁴³, si palesa, dunque, una possibile tensione tra proporzionalità ed efficienza.

4.3. Una sproporzione evidente: imponenti apparati, impotenti difese

Il discorso sinora si è incentrato sulle valutazioni in termini di proporzionalità affidate a giudici e pubblici ministeri. Tuttavia, non si può ignorare come una piena ed effettiva verifica sul rispetto dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità passi necessariamente per un rafforzamento dei poteri del difensore dell'imputato, che va messo concretamente in condizione di venire a conoscenza degli atti, di svolgere indagini difensive, di sollevare eccezioni. Ciò pare funzionale all'effettività della verifica della proporzionalità da parte delle autorità²⁴⁴.

Eppure, la direttiva OEI sembra occuparsene in modo solo marginale²⁴⁵. Le principali disposizioni poste a tutela dei diritti della difesa paiono essere gli articoli 1 (paragrafo 3) e 14 direttiva OEI.

Tale ultima norma assicura mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo (paragrafo 1). Essa, poi, nel limitare la possibilità di impugnare per ragioni di merito nel solo Stato di emissione, fa salve le garanzie dei diritti

²⁴² V., per tutti, L. BACHMAIER WINTER, *Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, in AA.VV., *The European Public Prosecutor's Office*, cit., pp. 126-127.

²⁴³ V. *retro*, paragrafo 3.3. Rimarcano, però, come il regolamento EPPO, che avrebbe dovuto realizzare una "singola area legale", abbia finito per riproporre meccanismi molto simili a quelli del mutuo riconoscimento S. ALLEGREZZA - A. MOSNA, *Cross-Border Criminal Evidence*, cit., p. 153 ss. e V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 88.

²⁴⁴ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 9.

²⁴⁵ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 337 parla di «diritti in filigrana».

fondamentali in quello di esecuzione (paragrafo 2) e sollecita le autorità a informare i soggetti interessati delle possibilità di impugnazione. Apprezzabile altresì la presa di posizione della Corte di Giustizia, che ha affermato come non possa essere emesso un ordine europeo di indagine da uno Stato che non contempli alcun rimedio avverso l'emissione stessa²⁴⁶. Il legislatore interno ha disciplinato, all'art. 13 d.lgs. n. 108/2017, un'apposita opposizione contro il decreto di riconoscimento dell'ordine europeo emesso dal pubblico ministero (art. 4 comma 1 d.lgs. n. 108/2017) ed eventualmente convalidato dal giudice (art. 5 d.lgs. n. 108/2017).

La possibilità di controllare l'esercizio della discrezionalità giudiziaria rappresenta una funzione essenziale della proporzionalità. Qualora venisse meno, il principio perderebbe di senso²⁴⁷. Sicché, benché sia precluso con l'opposizione al decreto di riconoscimento impugnare le ragioni di merito dell'ordine, ciò non di meno si deve reputare consentito contestare le motivazioni addotte in ordine alla proporzionalità²⁴⁸. Per quanto invece riguarda la procedura attiva, si applica la disciplina interna e si è inserita un'apposita norma che consente di esperire riesame avverso l'ordine avente ad oggetto un sequestro probatorio (art. 28 d.lgs. n. 108/2017).

L'art. 1 paragrafo 3 direttiva OEI, invece, accorda alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o ad avvocato che agisca per loro conto, la possibilità di richiedere l'emissione dell'ordine europeo di indagine. A tale indicazione, si è data attuazione prevedendo un obbligo di risposta con decreto motivato del pubblico ministero o con ordinanza del giudice, dopo aver sentito le parti (art. 31 d.lgs. n. 108/2017). In nome del principio di parità delle parti, sarebbe stato opportuno prevedere quantomeno un meccanismo sulla falsariga di quello di cui all'art. 391-bis commi 10 e 11 c.p.p.²⁴⁹.

²⁴⁶ Corte di Giustizia, *Gavanozov II*, cit., p. 837.

²⁴⁷ Così, con specifico riguardo all'ordine europeo di indagine, R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza*, cit., p. 16.

²⁴⁸ G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 33; R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza*, cit., p. 16; E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 164.

²⁴⁹ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 7 e R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 60 auspicavano una simile soluzione. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 87 constata la scelta del legislatore. L'Autrice nota poi soprattutto come il vero problema risieda nella mancanza di parametri per la decisione e rimedi avverso la stessa per il caso in cui l'atto rientri tra le prerogative del pubblico ministero (P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 89). In ogni caso, il difensore deve svelare la propria strategia difensiva (sul punto M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 7 ed anche T. ALESCI,

Il legislatore interno è però significativamente più attento di quello europeo alle garanzie difensive²⁵⁰. Soprattutto, nella procedura passiva, si sono previsti precisi obblighi informativi del decreto al difensore della persona sottoposta alle indagini e il diritto dello stesso di assistere al compimento delle operazioni secondo quanto previsto dalla disciplina interna a seconda dell'atto richiesto (art. 4 comma 4 d.lgs. n. 108/2017)²⁵¹; nella procedura attiva, si applica la disciplina interna prevista per i singoli atti richiesti (art. 35 d.lgs. n. 108/2017).

Le indicate prerogative difensive sono ancora insufficienti. Ciò che maggiormente pare mancare per un effettivo controllo sull'esercizio della discrezionalità nella valutazione circa la proporzionalità della misura, è un coinvolgimento della difesa nelle interlocuzioni tra autorità circa la misura da adottare²⁵². Ovviamente, non si potrebbe assegnare al difensore un simile ruolo nel caso di operazioni coperte dal segreto, ma, al di fuori di tale ipotesi, ciò sarebbe possibile. Al momento, è concreto il rischio di una sorta di «*cherry picking*»²⁵³ da parte delle autorità investigative e giudiziarie, libere di selezionare gli elementi che preferiscono «nell'alveo di un ben più vasto insieme di notizie, destinate a rimanere sempre nella disponibilità – e nella segreta custodia – degli inquirenti

Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 106 e R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3294). Sulla possibilità o meno di un'attività investigativa difensiva transnazionale autonoma, si rinvia a M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 2209 ss. e P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 92 ss., entrambi critici rispetto all'indirizzo giurisprudenziale interno tendente a negarla (Cass., sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4707-4708, con nota di F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: Note a margine di una discutibile pronuncia*, su cui v. anche M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2035 ss. ed E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, ivi, p. 2049 ss.), che forse può essere superato proprio sulla scorta della nuova normativa. Per un approfondimento circa le indagini difensive all'estero e la scelta presa dal legislatore interno, si rinvia ad E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 367 ss.

²⁵⁰ V. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 346, secondo cui dai «diritti in filigrana» della direttiva OEI, si passa ad una «filigrana dei diritti».

²⁵¹ Restano i problemi relativi all'individuazione del difensore destinatario delle comunicazioni e a cui viene garantito il diritto di assistere alle operazioni. Per un breve approfondimento, fermo restando il giudizio positivo degli sforzi del legislatore interno di assegnare maggiori garanzie difensive, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione*, cit., pp. 404-405.

²⁵² Lo rilevano, tra i tanti, A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 172; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo*, cit., p. 62; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal*, cit., p. 14; P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 92.

²⁵³ M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 9.

di altro ordinamento»²⁵⁴. Proprio queste gravi carenze informative sono inoltre destinate a ripercuotersi anche sulla capacità del difensore di orientare la strategia difensiva verso la richiesta di emissione di un ordine di indagine²⁵⁵.

Permangono poi tutti i limiti derivanti dall'assenza di un coordinamento difensivo a livello di Unione Europea equiparabile a quello instaurato tra le autorità inquirenti, tanto che autorevole dottrina ha sostenuto che, ad oggi, il mutuo riconoscimento opera essenzialmente in favore dell'accusa²⁵⁶.

Nel contesto in cui la proporzionalità ha forse trovato il suo maggiore sviluppo, dunque, permane ancora una sproporzione evidente: ad imponenti apparati si contrappongono difese, spesso, impotenti. Uno scenario, questo, fortemente aggravato dall'irrompere nel panorama investigativo europeo di EPPO, operativo dal 1° giugno 2021. Anche nel regolamento EPPO, infatti, si segnala una scarsa attenzione alle garanzie procedurali e, in particolare, alle prerogative della difesa²⁵⁷.

A fronte di uno sviluppo così significativo delle potenzialità investigative delle autorità europee, pare insomma riduttivo fare affidamento esclusivamente sulle direttive sui diritti processuali²⁵⁸ rivolte agli Stati membri²⁵⁹, con il conseguente rischio di compromettere la fondamentale funzione di garanzia della proporzionalità, la cui valutazione potrebbe restare priva del controllo e dell'apporto della difesa.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ V., per tutti, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., pp. 7-8 ed E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., pp. 342-343.

²⁵⁶ L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence*, cit., p. 58.

²⁵⁷ V., per tutti, G. ILLUMINATI, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in AA.VV., *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 179 ss.

²⁵⁸ Direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, recepita in Italia con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32; direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, recepita con il d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101; direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013 sul diritto al difensore e il diritto di comunicare con terze persone, recepita con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184; direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo, recepita con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188; direttiva 2016/800/UE dell'11 maggio 2016 sulle garanzie procedurali per i minori indagati e imputati; direttiva 2016/1919/UE del 26 ottobre 2016 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, recepita con il d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24.

²⁵⁹ Così, con riguardo all'ordine europeo di indagine, B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction*, in AA.VV., *Transnational Evidence*, cit., p. 43; in relazione a EPPO, G. ILLUMINATI, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect*, cit., p. 186.

4.4. Conclusioni

La proporzionalità sta conducendo verso una nuova concezione di mutuo riconoscimento²⁶⁰. La direttiva OEI rappresenta il primo recepimento delle problematiche emerse col mandato di arresto europeo in un testo legislativo e anche in altri importanti interventi del legislatore europeo è adesso inserito un richiamo esplicito al principio²⁶¹, oltre che meccanismi volti al suo invero²⁶². Si tratta di un diretto precipitato dei diritti coinvolti dal procedimento penale, che rischiano di essere compromessi dagli automatismi di un mutuo riconoscimento cieco²⁶³.

Il sistema delineato per l'ordine europeo di indagine fa da tramite tra il tema delle misure cautelari, da cui ha ripreso i meccanismi, a quello delle misure investigative. Il tratto comune è l'afflittività. È questa che fa sorgere l'esigenza di bilanciare i diritti con le finalità processuali attraverso la proporzionalità. Nel contesto della cooperazione giudiziaria europea la proporzionalità, dapprima sospinta da una giurisprudenza attenta alla tutela dei diritti, si è imposta, in conclusione, come principio generale comune a settori diversi e riconosciuto tanto nella normazione secondaria quanto in quella primaria.

Nella ricostruzione di un principio generale di proporzionalità, è importante notare certi tratti comuni provenienti dal settore *de quo*, in cui tale percorso si trova in una fase più avanzata che nell'ordinamento nazionale: il *focus* sull'autorità che svolge il giudizio di proporzionalità, la violazione dei diritti fondamentali come motivo di rifiuto in grado di scavalcare regole dalle sembianze dogmatiche sino a pochi anni fa, la centralità del rapporto tra diritti e gravità del fatto, tanto in astratto quanto in concreto. Restano esclusi

²⁶⁰ Più che mai esplicito il *considerando* 19 direttiva OEI, secondo cui «la presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali (...) è relativa». Sul punto v., per tutti, A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust*, cit., p. 121. Critici con riguardo al nuovo mutuo riconoscimento "attenuato", R.G. MONTERO, *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations*, in *eu crim*, 2017, n. 1, p. 45 ss.; F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in AA.VV., *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. RAFARACI - R. BELFIORE, Springer, 2019, p. 85 ss.; ID., *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 675 ss.

²⁶¹ Art. 5 regolamento EPPO (v. *retro*, paragrafo 4.2) e art. 1 regolamento UE 2018/1805 (v. *retro*, paragrafo 3.3).

²⁶² Articoli 30 e 31 regolamento EPPO (v. *retro*, paragrafo 4.2) e art. 8 regolamento UE 2018/1805 (v. *retro*, paragrafo 3.3).

²⁶³ In questi termini S. ALLEGREZZA, *Prova scientifica*, cit., p. 141: «fiducia reciproca non significa più fiducia cieca».

dai calcoli della proporzionalità i diritti della difesa, il cui progresso potrebbe invece essere cruciale per l'effettività dei nuovi meccanismi.

Sarebbe, d'altro canto, scorretto scindere in modo netto ordinamento europeo e interno. Così come le norme del mandato di arresto europeo si sono potute rapportare alla disciplina interna, che in tema di misure cautelari è più sviluppata e le cui caratteristiche hanno finito per rintracciarsi nel contesto sovranazionale (residualità della custodia cautelare, pur con i segnalati problemi di effettività, garanzia giurisdizionale e considerazione della gravità del reato), ora la direttiva OEI e il d.lgs. n. 108/2017, ma anche il regolamento EPPO, hanno introdotto un test di proporzionalità particolarmente completo e avanzato in un settore - quello probatorio e investigativo - in cui nessun riferimento esplicito è rinvenibile nella disciplina codicistica.

II. La proporzione inespressa: misure investigative e diritti fondamentali

1. Un principio pervasivo nel procedimento penale?

Caratteristica essenziale di un principio generale è l'operare anche al di là degli ambiti in cui sia espressamente previsto¹. L'indagine, a dire il vero, non muta i propri tratti essenziali e obiettivi. Tanto se il principio sia espresso quanto qualora sia inespresso, occorre domandarsi se una certa normativa trovi in esso la sua *ratio*, se la giurisprudenza lo impieghi in senso estensivo, se siano vigenti disposizioni contrastanti e quale sia la sua funzione. Tuttavia, si accresce il tasso di discrezionalità dell'interprete, il quale deve selezionare gli ambiti del diritto da osservare.

Attraverso l'esame dei settori del diritto processuale penale in cui la proporzionalità è posta in maniera espressa, si è visto come si ponga quale fondamentale parametro legittimante l'impiego di misure lesive di diritti individuali che esistono al di fuori del procedimento penale². Così, si è ritenuto di analizzare ulteriori istituti che incidono su prerogative individuali per il raggiungimento di finalità connesse allo svolgimento del procedimento.

Ciò avviene tipicamente nelle misure investigative. È in tale ottica, quindi, che si è scelto di approfondire la disciplina dettata in tema di accertamenti medici coattivi, mezzi di ricerca della prova (ispezioni e perquisizioni, sequestro probatorio, intercettazioni e acquisizione dei dati personali) e banca dati nazionale del DNA.

L'obiettivo perseguito dagli organi inquirenti è evidente e consiste nella prevenzione e repressione dei reati. Si tratta di un bene sicuramente oggetto di protezione costituzionale. Lo ha affermato il giudice delle leggi, in relazione alla disciplina delle intercettazioni, sostenendo che lo stesso art. 15 Cost. postula una sua tutela là dove prevede, imponendo la doppia riserva di legge e di giurisdizione, la possibilità di limitare il diritto alla segretezza delle comunicazioni ivi sancito³. D'altronde, il medesimo obiettivo

¹ V. *retro*, Introduzione, paragrafo 2.

² Per la distinzione tra diritti fondamentali *del* processo penale e diritti fondamentali riconosciuti nel campo extra-processuale, v. *retro*, Introduzione, paragrafo 3, e G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 237-238.

³ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34. Più di recente la Corte di cassazione a sezioni unite (Cass, sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, Cavallo, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1881, con nota di K. NATALI, *Sezioni Unite e "legge Bonafede": nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, su cui v. anche

è implicito anche negli articoli 25 comma 2 e 112 Cost., inerenti, com'è noto, al principio di legalità in materia penale e all'obbligatorietà dell'azione penale, in quanto norme sulla repressione dei reati.

Più articolata la sua riconducibilità entro le principali fonti sovranazionali disciplinanti il «diritto alla libertà e alla sicurezza» (art. 5 CEDU e art. 6 CDFUE). La Corte Edu interpreta, in accordo con la dottrina dominante⁴, l'espressione contenuta nell'art. 5 della Convenzione come un'endiadi, propendendo dunque per l'unicità del diritto ivi enunciato⁵. Si afferma, di conseguenza, come il diritto *de quo* corrisponda al *right to be protected against the State*, o se si preferisce alla nozione di sicurezza liberale, consistente nella sicurezza nei confronti dei pericoli provenienti dalle istituzioni penali, piuttosto che al *right to be protected by the State*, corrispondente alla “sicurezza securitaria”, da garantire attraverso il diritto penale⁶.

Le note esplicative all'art. 6 CDFUE richiamano tale interpretazione. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea pare emergere anche una visione diversa, tendente a considerare il diritto alla sicurezza quale diritto autonomo rispetto al diritto alla libertà. In particolare, nella sentenza della Grande Sezione *Digital*

G. DE AMICIS, *Il regime della “circolazione” delle intercettazioni dopo la riforma*, ivi, p. 3526 ss. e G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2020) ha richiamato anche un'altra sentenza della Corte costituzionale (Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Foro it.*, 1992, p. 3261, con nota di G.G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*) nell'affermare come l'esigenza di repressione dei reati corrisponda «a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile», che giustifica «anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica».

⁴ In generale, la dottrina segnala come al termine sicurezza non si possa attribuire un significato normativo autonomo. Si vedano in tal senso, tra i tanti, I. AUGSBERG, *sub art. 6*, in AA.VV., *Europäisches Unionsrecht*, a cura di H. VON DER GROEBEN - J. SCHWARZE - A. HATJE, Nomos, 2015, n. 1, p. 573; A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 143; C. CAMPIGLIO, *sub art. 6 TUE*, in AA.VV., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR - M.C. BARUFFI, 2^a ed., Cedam, 2014, p. 1674; D. WILSHER, *sub art. 6*, in AA.VV., *The EU Charter*, cit., p. 126.

⁵ Si veda, per tutte, Corte Edu, 13 gennaio 2009, *Giorgi Nikolaishvili c. Georgia*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-90590>, § 52. Specificamente sul diritto alla libertà e alla sicurezza come diritto unitario nel sistema convenzionale: D. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, p. 300.

⁶ Sul *right to be protected by the State* ed il contrapposto *right to be protected against the State*, v. S. PUNTSCHER RIEKMANN, *Security, Freedom and Accountability: Europol and Frontex*, in AA.VV., *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di E. GILD - F. GEYER, Routledge, 2008, p. 19. Sulle nozioni di sicurezza securitaria e di sicurezza liberale, v. D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 550.

Rights Ireland dell'8 aprile 2014 si sostiene che «la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace costituisce un obiettivo di interesse generale dell'Unione», che «lo stesso vale per la lotta contro la criminalità grave al fine di garantire la sicurezza pubblica» e ancora che «l'articolo 6 della Carta enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla sicurezza»⁷. Insomma, in tale pronuncia si attribuisce valore autonomo al diritto alla sicurezza. Sicché, così interpretato, esso risulta senz'altro idoneo a comprendere l'esigenza di prevenire e reprimere i reati⁸. Anzi, parrebbe idoneo a tutelare qualcosa di più di questo. Una simile concezione potrebbe aprire le porte a derive securitarie che non devono trovare cittadinanza in un sistema democratico e liberale⁹. Non è un caso che proprio da parte italiana, in sede di stesura dell'art. 6 CDFUE, si erano avanzate perplessità attorno al termine “sicurezza”¹⁰: come visto, nel nostro paese il diritto alla sicurezza non è affiancato al diritto alla libertà personale sancito all'art. 13 Cost., mentre a tale prerogativa fondamentale dell'individuo si contrappone la repressione dei reati da parte dello Stato, esigenza enucleabile da altre disposizioni.

⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, 8 aprile 2014, in *Dir. inf.*, 2014, p. 867, con nota di S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*. A commento, v. anche A. CISTERNA, *Data retention: annullata la direttiva “Frattoni” sulla conservazione dei dati del traffico telefonico*, in *Guida dir.*, 2014, n. 26, p. 93 ss.; R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. data retention contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 2, p. 178 ss.; O. POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2949 ss.; L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1850 ss. Del resto, rileva E. HERLIN-KARNELL, *The domination of security*, cit., p. 84, «the security paradigm has always constituted the AFSJ's driving principle, largely dominating its agenda».

⁸ In questo senso D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, 2/2020, p. 107. Si tenga altresì conto del fatto che il medesimo art. 8 CEDU, che garantisce il diritto alla privacy, annovera tra le ipotesi in cui è ammissibile una limitazione di tale diritto proprio la necessità di prevenire i reati.

⁹ Per una netta critica alla definizione della sicurezza come diritto, definita tale per «darle maggior peso e (...) farla così prevalere nel bilanciamento con i diritti di libertà», v. D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato*, cit., p. 559.

¹⁰ Nel senso di eliminare il riferimento alla “sicurezza”, si vedano gli emendamenti presentati da Piero Melograni, oltre che da Ingo Friedrich-Jurgen Gnaück, presenti nel documento CHARTE 43332/2000 del 25 maggio 2000. Nel senso di affiancare al termine “sicurezza” le parole “personale e familiare”, si veda l'emendamento n. 122 presentato dal Prof. Rodotà, dall'On. Paciotti e dal Sen. Manzella contenuto nel medesimo documento CHARTE 43332/2000 del 25 maggio 2000. Per un approfondimento circa la genesi e l'interpretazione dell'art. 6 CDFUE, anche rispetto all'art. 6 CEDU, v. F. ROSSI DAL POZZO - M. GIALUZ, *sub art. 6*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 96 ss.

Le restrizioni ai diritti individuali a cui si addivene nel procedimento penale sono giustificate non già da un presunto diritto individuale alla sicurezza (in senso securitario), bensì dall'esigenza collettiva di una corretta ed efficace repressione dei reati. Il prevalere di questo interesse rappresenta però l'eccezione, non la regola. Il principio di proporzione postula la prevalenza dei diritti individuali quale punto di partenza¹¹.

Il dovere di accertare e reprimere i reati si esplica anche attraverso le misure investigative che verranno esaminate nel presente capitolo. Esse incidono in modo diverso su vari diritti fondamentali dell'individuo, di cui è titolare al di fuori dello spazio procedimentale. Sorge la necessità di un bilanciamento. L'obiettivo consiste, pertanto, nel verificare come le disposizioni che governano l'impiego delle misure investigative prese in considerazione realizzino tale bilanciamento, verificando se sia ispirato da un principio generale di proporzionalità suscettibile di una ricostruzione unitaria.

2. Prelievi e accertamenti medici coattivi: un importante banco di prova

Nell'ambito delle misure investigative idonee a incidere su diritti fondamentali, la più evidente è probabilmente l'accertamento medico coattivo. Tale genere di intervento comprime il «nocciolo più duro»¹² della libertà personale tutelata dall'art. 13 cost., rappresentato dalla «libertà corporale». È sulla base di questa premessa, invero, che la Corte costituzionale sanzionò l'impiego del prelievo ematico coattivo finalizzato all'esecuzione della perizia *ex art.* 224 comma 2 c.p.p.¹³. Com'è noto, seguirono anni di

¹¹ Così, per tutti, v. D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 7 e pp. 9-10; ID., *Diritto costituzionale applicato*, cit., pp. 554-555 e F. PALAZZO, *Il principio di proporzione*, cit., p. 314. Tale aspetto sarà approfondito nel capitolo III, paragrafo 3.2.3.

¹² L'espressione è impiegata da S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3562 ed è ripresa da A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1436, C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, 2012, p. 35 e M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2007, n. 4, p. 459.

¹³ Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1091, con nota di R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*. La stessa sentenza ragiona proprio in termini di bilanciamento, riconoscendo l'esigenza di acquisizione della prova del reato quale un «valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità» (Corte cost., n. 238/1996, cit., p. 1092). A commento della pronuncia, v. anche G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3222 ss.; P. FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 315 ss.; M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 602 ss.; A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2150 ss.; G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Riv. pol.*, 1997, p. 280 ss.; M.

inerzia legislativa, interrotta dall'intervento emergenziale del 2005¹⁴ e poi dalla legge 30 giugno 2009, n. 85¹⁵.

RUOTOLO, *Prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2151 ss.; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3570 ss.; D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 174 ss.; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro sul test del Dna: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, p. 67 ss.; D. VIGONI, *Corte costituzionale e prelievo ematico coattivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1022 ss. Per un raffronto della sentenza con la precedente Corte cost., 12 giugno 1996, n. 194, in *Giust. pen.*, 1996, p. 50 ss. (a commento, v. M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 875 ss.) v. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi. Legalità e proporzionalità nel regime della prova*, Cedam - Wolters Kluwer, 2017, p. 87 ss.

¹⁴ Il d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella legge 31 luglio 2005, n. 155 intervenne nella materia *de qua* sulla scia degli attentati terroristici di Madrid e Londra. Su tale normativa, v. R. BRICCHETTI, *Prelievi del DNA senza consenso*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, pp. 67-68; R. CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (d.l. n. 144/05 conv. in l. n. 155/05)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2515 ss.; F. DE LEO, *Terrorismo: le «scappatoie» per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida dir.*, 2005, n. 37, p. 11 ss.; L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo. Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1218; G. FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, p. 79 ss.; B. GALGANI-C. LUCCHINI, *Commento all'art. 10 D.L. 2 luglio 2005, n. 144*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 513 ss.; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS - R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, p. 330 ss.; M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi*, cit., p. 456 ss.; F. PULEIO, *Dai delitti al terrorismo: realtà e suggestioni delle norme sul test coattivo del DNA*, in *Dir. e giust.*, 8 dicembre 2005; A. SCALFATI, *Potenziamento della polizia giudiziaria tra ruoli investigativi ed intrusioni de libertate*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione. Commento al decreto legge 27 luglio 2005 n. 144 convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005 n. 155*, a cura di E. ROSI - S. SCOPELLITI, *Suppl. a Dir. e giust.*, 2006, n. 16, p. 93 ss.

¹⁵ La legge recepisce il Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prüm). Tale Trattato è stato sostanzialmente recepito dalla decisione 2008/616/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera. Per una ricostruzione esaustiva della storia degli interventi della Corte costituzionale e della normativa citata, v., per tutti, G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 936 ss. L'ultimo intervento sul tema risale alla legge 23 marzo 2016, n. 41, che ha esteso l'operatività della normativa ai reati «stradali» di cui agli articoli 589-bis e 590-bis c.p. Per un commento, v. C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo «stradale»: tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 821 ss. e F. PRETE, *Gli accertamenti tecnici nei reati stradali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 161 ss. Si tenga conto, infine, del fatto che è stata avanzata dalla Commissione, in data 8 dicembre 2021, la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo scambio automatizzato di dati per la cooperazione di polizia («Prüm II»), che modifica le decisioni 2008/615/GAI e

L'art. 359-bis c.p.p. consente il compimento, quale misura investigativa del pubblico ministero, delle operazioni di cui all'art. 224-bis c.p.p., anche in assenza del consenso dell'interessato. Si tratta, testualmente, di «atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici»¹⁶. La dottrina ha denunciato la genericità della categoria degli «accertamenti medici», che frustrerebbe l'esigenza di tassatività imposta dalla riserva di legge di cui all'art. 13 cost.¹⁷ e ricercata nella prima parte dell'elenco, per lo più interpretata come una lista esaustiva di prelievi consentiti¹⁸.

Si cercherà di mostrare come, individuando un test di proporzionalità sotteso alle disposizioni vigenti ed impiegandolo in funzione interpretativa, tale posizione critica della

2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio Bruxelles (COM(2021) 784 final).

¹⁶ Taluno, a dire il vero, ha ipotizzato che le operazioni consentite al pubblico ministero siano solo il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale. Ciò in ragione della rubrica dell'art. 359-bis c.p.p. («prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi»), del fatto che «il termine «operazioni di cui all'art. 224 bis c.p.p.» sembra evocare l'attività «fisica» del prelievo di capelli, peli o mucosa, piuttosto che l'accertamento medico», che «ove il legislatore ha voluto richiamare sia gli accertamenti che i prelievi, lo ha fatto espressamente, come nell'ultima parte del nuovo art. 392 comma 2 c.p.p.» e che la norma sia collocata prima dell'art. 360 c.p.p. dedicato agli accertamenti tecnici irripetibili, con ciò alludendo alla ripetibilità degli accertamenti di cui all'art. 359-bis c.p.p., che non caratterizza tutti gli «accertamenti medici» ipotizzabili, ma solo i prelievi di capelli, peli o mucosa. Così M. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 573, le cui posizioni sono riprese da C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., pp. 82-83. Tali argomentazioni, tuttavia, non paiono dirimenti a fronte di un chiaro rinvio all'integralità dell'art. 224-bis c.p.p. Così C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., pp. 192-193 e p. 257 ss., a cui si rimanda per una confutazione più approfondita delle argomentazioni addotte a sostegno dell'opzione esegetica criticata. Nello stesso senso, v. G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 958; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in AA.VV., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, a cura di A. SCARCELLA, Cedam, 2009, p. 230; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L. MARAFIOTI - L. LUPARIA, Giuffrè, 2010, p. 256.

¹⁷ V., per tutti, C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e «sanzioni processuali»: il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 996; C. FANUELE, *La prova del DNA*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, cit., p. 562; EAD., *Dati genetici e procedimento penale*, 2009, Cedam, p. 310; C. GABRIELLI, «Accertamenti medici» dai confini troppo incerti, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 71.

¹⁸ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico*, cit., p. 225; C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo «stradale»*, cit., pp. 831-832. *Contra*, v. G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 954, che, condivisibilmente, fa leva sul criterio letterale. Come riportato dalla stessa C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo «stradale»*, cit., p. 832, ad ogni modo, molte procure hanno interpretato come non esaustiva la breve elencazione predisposta dal legislatore. Si tornerà *infra* sul tema.

dottrina potrebbe essere confutata, così come potrebbero offrirsi delle soluzioni ermeneutiche innovative rispetto ad altri problemi sollevati con riferimento alla materia *de qua*.

Innanzitutto, la proporzionalità si esplica, ad un livello astratto, riconducibile alla proporzionalità della pena di cui all'art. 49 CDFUE, nella selezione dei reati per l'accertamento dei quali è consentito procedere a prelievi o accertamenti medici coattivi, tramite lo strumento della perizia (art. 224-bis c.p.p.) o come accertamento tecnico (art. 359-bis c.p.p.). Il limite è fissato dall'art. 224-bis c.p.p. e si riferisce ai delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni¹⁹, oltre che per i delitti di omicidio stradale (art. 589-bis c.p.) e lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590-bis c.p.)²⁰. Si prevede poi che si possa ricorrere alle operazioni *de quibus* «negli altri casi espressamente previsti dalla legge» (art. 224-bis comma 1 c.p.p.). Tale clausola di apertura deve senz'altro essere interpretata in senso garantistico, imponendo, per qualunque altra ipotesi che dovesse essere prevista di accertamento coattivo (si pensi ad esempio agli accertamenti previsti dalle leggi 15 febbraio 1996, n. 66 e 3 agosto 1998, n. 269 in materia di violenza sessuale²¹) l'applicazione dello statuto procedurale e di garanzie approntato dagli articoli in esame²².

In secondo luogo, il vaglio giurisdizionale garantisce un controllo pieno circa il rispetto dei passaggi della proporzionalità. In particolare, di regola, il pubblico ministero deve richiedere l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari. Solo nei casi di urgenza, il pubblico ministero può disporre direttamente le operazioni. Anche in questo caso, però, è necessario l'intervento del giudice, attraverso una convalida da emettere in tempi brevi (art. 359-bis comma 2 secondo e terzo periodo c.p.p.). Per di più, il criterio dell'urgenza è ulteriormente specificato, richiedendosi che sussista un «fondato motivo di

¹⁹ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1224 nota come il limite si saldi con quelli fissati dall'art. 280 comma 1 c.p.p. in tema di misure cautelari e dall'art. 381 comma 1 c.p.p. sulla possibilità di arresto facoltativo in flagranza e rileva la mancanza di simili limitazioni per ispezioni, perquisizioni e accompagnamento coattivo.

²⁰ Come detto, l'aggiunta è dovuta alla legge 23 marzo 2016, n. 41. Data l'utilità degli accertamenti in questione con riguardo a simili reati, l'interpolazione non sembra irragionevole. Si tornerà sul punto *infra*.

²¹ Lo nota, tra gli altri C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 171. Per un approfondimento dei possibili «altri casi espressamente previsti dalla legge», v. C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 87 ss.

²² C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 172; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, cit., p. 1224.

ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini» (art. 359-bis comma 2 primo periodo). Lo schema replica quello previsto in tema di intercettazioni²³.

In questo senso, si pone in assoluta distonia - e al riguardo vanno accolti in pieno i rilievi critici avanzati in dottrina²⁴ - l'art. 349 comma 2-bis c.p.p., espressamente fatto salvo dall'art. 359-bis comma 1 c.p.p. Si tratta di disposizione che consente alla polizia di procedere coattivamente, in assenza di consenso dell'interessato, al prelievo di capelli o saliva al fine di identificare la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, previa autorizzazione del pubblico ministero. Gli unici limiti sono rappresentati dalla necessità di rispettare la dignità dell'individuo e dall'indicata finalizzazione teleologica. In questo caso il canone della proporzionalità non risulta rispettato. Il problema più grave poi è costituito dal rischio di abusi: il vincolo teleologico sembra di difficile riscontro in concreto e pertanto sussiste il rischio che accertamenti così compiuti siano impiegati per finalità ulteriori rispetto a quelle di mera verifica dell'identità della persona²⁵.

In terzo luogo, si noti come la disciplina distingua nettamente tra il caso in cui vi sia il consenso dell'interessato e quello in cui manchi. Nella prima ipotesi, infatti, le uniche prescrizioni da osservare attengono al necessario rispetto della dignità e del pudore di chi si sottoponga all'accertamento, alla regola della minore invasività della misura (art. 224-bis comma 5 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 359-bis comma 3 c.p.p.)²⁶ e al divieto di disporre operazioni che contrastino con espressi divieti legislativi o che possano mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero

²³ P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico*, cit., p. 230; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi*, cit., p. 272.

²⁴ V., per tutti, C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 55 ss. e M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi*, cit., p. 276.

²⁵ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., pp. 1447-1448; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., pp. 66-67; G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1220-1221. P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico*, cit., p. 235 non esprime invece preoccupazioni, reputando ragionevole la sopravvivenza della norma alla novella del 2009 sulla base della limitazione teleologica alla mera identificazione della persona sottoposta alle indagini.

²⁶ C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 279 e C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 999 notano come il requisito condizioni, a monte, il catalogo di accertamenti disponibili. Il criterio della minore invasività, pure operativo anche nel caso di consenso del soggetto all'operazione, pare nondimeno rilevare in misura ridotta là dove sia possibile una interlocuzione circa il tipo di accertamento direttamente con il soggetto interessato. Evenienza, questa, certamente più frequente nel caso in cui a monte la persona abbia consentito all'accertamento *tout court*. Su possibili interlocuzioni dell'individuo circa il tipo di accertamento o prelievo a cui essere sottoposto, v. C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., pp. 112-113.

che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità (art. 224-bis comma 4 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 359-bis comma 3 c.p.p.)²⁷. Ciò pare coerente con il canone della proporzione, che sicuramente include una distinzione a seconda del grado di lesione dei diritti individuali di una certa misura. È evidente che nel caso di consenso e atteggiamento collaborativo dell'interessato l'invasività della misura risulta particolarmente attenuata.

Nel caso in cui manchi il consenso dell'interessato, oltre alla già menzionata selezione dei reati per l'accertamento dei quali è possibile procedere coattivamente, il presupposto fondamentale consiste nell'assoluta indispensabilità per la prova dei fatti. Chiara l'assonanza con l'art. 267 c.p.p. in tema di intercettazioni. Si tratta, evidentemente, della seconda fase della proporzionalità, ossia della necessità. Tale fase, peraltro, è altresì espressa dal requisito della minima invasività²⁸, che opera sia nell'esecuzione (come suggerisce l'art. 224-bis comma 5 c.p.p.) sia nel momento della scelta dell'accertamento²⁹. In questo caso, si palesa un parallelo con la residualità della custodia cautelare rispetto alle altre misure (art. 275 comma 3 c.p.p.)³⁰.

Considerando complessivamente queste disposizioni, ed in particolare interpretando il criterio dell'assoluta indispensabilità come implicante una valutazione rispetto ad altri mezzi di indagine e quello della minima invasività rispetto agli accertamenti a disposizione, emerge un giudizio di necessità particolarmente avanzato, tale da inglobare altresì valutazioni tipicamente rientranti nella fase della proporzionalità in senso stretto, poiché contiene apprezzamenti inerenti al bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, in particolare con l'accertamento dei reati. La legge pare infatti richiedere che non siano disponibili altri mezzi investigativi tramite cui raggiungere il medesimo risultato; che non sia già disponibile il profilo genetico dell'interessato (il che renderebbe superfluo un nuovo prelievo); che non sia possibile procedere all'accertamento

²⁷ V., per tutti, C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 996.

²⁸ V. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 268.

²⁹ In tal senso, v. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 266; C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in AA.VV., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. CONTI, Giuffrè, 2011, p. 132; P. FELICIONI, voce *Accertamenti sulla persona*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 9, Utet, 2016, p. 64.

³⁰ Nota il parallelismo C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 269 ss.

con il consenso dell'interessato³¹; infine, che si individui l'accertamento meno invasivo per l'interessato, che andrà poi altresì eseguito con le modalità il meno possibile invasive.

La normativa dà poi per presupposto il primo passaggio del test di proporzionalità. Tuttavia, è chiaro che, prima ancora che essere necessario per l'accertamento dei fatti, l'intervento deve essere idoneo a raggiungere il risultato per il quale è impiegato. In altri termini, l'accertamento medico deve risultare efficace. Il che può assumere particolare rilevanza in rapporto a un settore in continua evoluzione come quello scientifico.

Dunque, le disposizioni esaminate, ad eccezione dell'art. 349 comma 2-bis c.p.p., trovano nella proporzionalità la loro *ratio* fondante e consentono di ricostruirne le fasi in modo dettagliato.

A questo punto, si può verificare l'utilità di un suo impiego in chiave ermeneutica, volto a risolvere alcuni fondamentali nodi problematici evidenziati in dottrina.

Al primo si alludeva in apertura del paragrafo e concerne l'ampiezza della categoria «accertamenti medici», peraltro non vincolati teleologicamente all'estrazione di profili del DNA³². Intanto, pare questa una soluzione da accogliere positivamente³³: le elencazioni tassative in ambito scientifico rischiano di diventare presto obsolete, così come limitare gli accertamenti all'estrazione del profilo del DNA comprimerebbe eccessivamente le possibilità investigative. In altri termini, un certo *deficit* di tassatività pare inevitabile. Ciò che realmente conta è, da un lato, porre solidi argini contro pratiche lesive della dignità individuale, dall'altro, approntare una procedura che garantisca contro invasioni ingiustificate nella libertà corporale dell'individuo. Il test di proporzionalità poc'anzi esplicito risponde ad entrambe le esigenze, sembrando idoneo a colmare, in termini di garanzie, il menzionato *deficit* di tassatività. Inoltre, le disposizioni di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 224-bis c.p.p., richiamate dall'art. 359-bis comma 3 c.p.p., che ne presidia per di più l'osservanza con una doppia sanzione di nullità e inutilizzabilità³⁴, paiono costituire importanti barriere contro possibili accertamenti eccessivamente invasivi.

³¹ Tali prime tre articolazioni sono riprese da C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 93 ss.

³² Chiaro in questo senso il dato letterale. V., sul punto, C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 247 e C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 999.

³³ In questo senso v. F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, in AA.VV., *Banca dati del DNA*, cit., p. 244.

³⁴ Per un approfondimento circa il complesso e disomogeneo reticolato di sanzioni approntate dall'art. 224-bis c.p.p. e dall'art. 359-bis c.p.p., v., per tutti, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali*, Bononia University Press, 2012, pp. 124-125 e M. DANIELE, *Prova scientifica e regole di esclusione*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, cit., p. 447 ss.

Un buon esempio a dimostrazione della bontà della soluzione legislativa, sembra essere il sicuro inquadramento tra gli “accertamenti medici” degli esami radiologici³⁵. La giurisprudenza, infatti, li aveva sempre equiparati alle ispezioni³⁶. La possibilità di farli rientrare nell’alveo applicativo dell’art. 359-bis c.p.p. determina un innalzamento delle garanzie³⁷.

Il secondo proficuo impiego della proporzionalità così come ricostruita, da contrapporre a talune soluzioni dottrinali, riguarda gli accertamenti stradali. Qui a venire in gioco è la fase dell’idoneità. Taluno, infatti, reputa ancora non consentito il prelievo ematico coattivo per l’accertamento del tasso alcolemico e dell’assunzione di stupefacenti in seguito ai reati di cui agli articoli 589-bis e 590-bis c.p., in quanto non menzionato nella lista, ritenuta esaustiva, di prelievi consentiti³⁸. Ebbene, da ciò discenderebbe l’impossibilità di impiegare tale esame al fine di verificare, in seguito a incidenti stradali, se il soggetto abbia assunto alcool o droghe. Sennonché, non esistono valide alternative a questo test per raggiungere il risultato voluto. Pertanto, senz’altro si deve ritenere che il prelievo ematico coattivo rientri nella nozione di accertamenti medici e senz’altro andrà preferito a un prelievo di saliva che, pur essendo meno invasivo, è tuttavia inutile³⁹.

La critica piuttosto potrebbe appuntarsi sulla mancata distinzione di garanzie sulla base di un’intrusività più o meno elevata dei singoli accertamenti⁴⁰. Ma, visto l’attuale dato normativo, non potrebbe che risulterne una regolamentazione meno garantista nei confronti dell’individuo: è difficile pensare ad esami meno invasivi del prelievo di un capello, ad oggi sottoposto a una procedura particolarmente garantita; è difficile pensare a tutele maggiori di quelle attualmente apprestate senza frustrare definitivamente le esigenze investigative.

Il terzo problema individuato dalla dottrina che sembrerebbe potersi risolvere alla luce dell’applicazione del test di proporzionalità attiene al rischio che gli organi

³⁵ In questo senso, v. P. FELICIONI, *L’acquisizione di materiale biologico*, cit., p. 226.

³⁶ V., per tutte, Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3555, con nota di S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi*, cit.

³⁷ Così C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 150. Per una ricostruzione esaustiva della giurisprudenza e delle posizioni dottrinali relative alle possibili qualificazioni degli accertamenti radiologici, v. M. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi*, cit., p. 558 ss.

³⁸ C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo “stradale”*, cit., p. 832 ss.

³⁹ F. PRETE, *Gli accertamenti tecnici*, cit., p. 169.

⁴⁰ Critica avanzata da M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi*, cit., p. 267.

investigativi procedano a veri e propri *screening* di massa⁴¹. Come nell'acquisizione dei tabulati e nelle intercettazioni, manca infatti una delimitazione dei soggetti rispetto ai quali è consentito procedere all'accertamento⁴². Però, a ben vedere, il canone dell'assoluta indispensabilità può fungere da valido criterio selettivo⁴³, così come dovrebbe essere anche in tema di intercettazioni⁴⁴. Di talché, il principio di proporzionalità potrebbe condurre a ricorrere a *screening* di massa solo in casi caratterizzati da particolare gravità, solo qualora sia strettamente necessario per la prova dei fatti e solo previo consenso delle persone che si sottopongono al prelievo o all'accertamento⁴⁵.

Più complicata la questione relativa alla legittimità di alternative al prelievo o all'accertamento idonee a raggiungere il medesimo risultato. Se si può reputare consentita l'acquisizione casuale o da precedenti accertamenti terapeutici, qualche perplessità in più sorge per le acquisizioni effettuate mediante tecniche "fraudolente", come l'offerta di una tazza di caffè al soggetto, di fatto proliferate nel periodo di vuoto normativo seguito alla sentenza della Corte costituzionale del 1996 e proseguito fino al 2009⁴⁶. Mancando la

⁴¹ Esprimono preoccupazioni al riguardo, tra i tanti, A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., pp. 1434-1435; F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici*, cit., p. 244 ss.; P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico*, cit., p. 221 ss.

⁴² Nota la differenza con misure cautelari personali, arresto e fermo R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1234. Più in generale, A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1432 critica la mancata previsione della necessità di un *fumus* da accertare in concreto inerente alla possibile commissione di un reato.

⁴³ C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 167. In tal senso, v. anche A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1435; F. CASASOLE, *Prelievi e accertamenti medici*, cit., p. 246; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, cit., p. 1225.

⁴⁴ Sul punto, v. C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 102. In senso contrario a quanto sostenuto dall'Autrice, non pare necessario, per raggiungere tale risultato, accedere all'interpretazione secondo la quale si dovrebbe includere nel vaglio imposto dall'assoluta indispensabilità anche una prognosi circa l'esito positivo delle operazioni. Se si dovesse affermare la natura di principio generale del diritto processuale penale della proporzionalità, per cui essa si dovrebbe applicare ogniquale volta nel procedimento si richiedano valutazioni sull'impiego o meno di misure particolarmente intrusive di diritti fondamentali, allora l'assoluta indispensabilità includerebbe senz'altro la regola del mezzo più mite e la proporzionalità in senso stretto, che sbarrerebbero la strada, in linea di principio, a *screening* di massa, in quanto, tranne in casi eccezionali, non strettamente necessari per l'accertamento di un reato e sproporzionati rispetto al diritto di tante persone che col delitto non hanno niente a che fare, salvo il loro consenso. Si rinvia al paragrafo 4.1 del presente capitolo per l'analisi svolta rispetto al parametro dell'assoluta indispensabilità in tema di intercettazioni.

⁴⁵ L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Cedam - Wolters Kluwer, 2017, pp. 218-219 pone l'accento sull'importanza che si tratti di un consenso informato realmente consapevole.

⁴⁶ Affine quanto avvenuto in Corte Edu, 17 ottobre 2013, *Horvatić c. Croazia*, § 76 ss., in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013, con nota di R. CASIRAGHI, *Il caso Horvatić c. Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede d'indagine senza la garanzia del contraddittorio*,

lesione alla libertà corporale, si potrebbe ritenere non operante alcun test di proporzionalità del genere di quello sinora descritto. Ma simili “tranelli” paiono confliggere con la libertà di autodeterminazione dell’individuo, al quale si nega la possibilità di valutare l’opportunità di fornire o meno il proprio consenso a mettere a disposizione i dati genetici ricavabili dal campione prelevato a sua insaputa, nonché il diritto a essere informato del loro possibile impiego a fini investigativi e probatori. Sicché, ad essere violata è la libertà morale della persona, in contrasto con l’art. 188 c.p.p., che si fa espressione della fase della proporzionalità in senso stretto intesa come divieto di intaccare il nucleo essenziale dei diritti individuali⁴⁷.

La normativa esaminata deriva in buona sostanza dalle indicazioni provenienti dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 238 del 1996 e dalla sentenza della Corte Edu dell’11 luglio 2006, *Jalloh*, ispirate proprio dal canone della proporzionalità⁴⁸. Il legislatore, dunque, in questo campo contrassegnato dalla contrapposizione tra l’efficacia del mezzo da un lato e dalla sua intrusività dall’altro, si è adeguato alle istanze garantistiche provenienti dalla Consulta e dalla Corte di Strasburgo.

In conclusione, la proporzionalità si pone quale principio generale della disciplina dettata in tema di accertamenti medici coattivi nella fase investigativa⁴⁹.

in cui dai vestiti consegnati dal sospettato alla polizia era stato raccolto del materiale genetico. Il caso è riportato da M. DANIELE, *Prova scientifica*, cit., p. 453, il quale rimarca la scarsa chiarezza della Corte circa la legittimità o meno di una simile acquisizione.

⁴⁷ Tra i tanti, C. FANUELE, *La prova del DNA*, cit., pp. 565-566 ipotizza l’illegittimità di simili procedure acquisitive. Per un approfondimento, si rinvia ad A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, cit., p. 1442 ss.

⁴⁸ Rispetto alla citata Corte cost., n. 238/1996, v. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 120; con riguardo a Corte Edu, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, v. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 26 ss. (a cui si rinvia per un approfondimento della giurisprudenza della Corte europea); A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 174; G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 9-10.

⁴⁹ In dottrina, già C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 74 ha affermato: «la disciplina del prelievo coattivo a scopi investigativi e probatori appare così permeata dal principio di “minima offensività” da consentire di elevarlo a criterio ermeneutico invocabile per sciogliere eventuali nodi interpretativi o per colmare possibili lacune».

3. Ispezioni, perquisizioni e sequestro probatorio: valutazioni legislative da riconsiderare?

Una valutazione di minore intrusività di ispezioni, perquisizioni e sequestro probatorio rispetto agli altri atti investigativi presi in considerazione nel presente capitolo si apprezza già solo considerando l'assenza di una previa valutazione giurisdizionale per la loro adozione. Eppure, si tratta di atti che, a seconda dei casi, possono incidere su diritti di rango costituzionale come la libertà personale, il domicilio, la proprietà e la riservatezza. Il legislatore del 1988 aveva sicuramente contezza dell'attitudine lesiva di questi strumenti. Tuttavia, la realizzazione del nuovo sistema accusatorio passava in buona parte, nelle intenzioni dei codificatori, per la configurazione delle indagini preliminari come una fase snella e, salvo eccezioni, de-giurisdizionalizzata. Si sarebbe così dovuta segnare nettamente la distanza rispetto al passato inquisitorio, in cui a dominare la scena era il giudice istruttore, ed assegnare assoluta centralità alla fase del dibattimento. Al di là dei necessari temperamenti che tale idea ha subito nel corso degli anni, imposti da una realtà investigativa diversa da quella immaginata⁵⁰, si può ancora ammettere che un giudice per le indagini preliminari eccessivamente attivo nel corso della fase investigativa snaturerebbe il sistema delineato dal codice⁵¹.

Anche il principio di proporzionalità impone una valutazione giurisdizionale solo per le intrusioni più gravi nei diritti individuali. Ma valutazioni di proporzionalità possono essere svolte anche dal pubblico ministero⁵². In ciò il principio può giocare un ruolo fondamentale, imponendo un rafforzamento della motivazione prescritta per tali mezzi di ricerca della prova. Soprattutto, una motivazione approfondita, che segua i canoni della proporzionalità, dovrebbe imporsi là dove l'importanza del diritto e il grado di intrusività della misura siano maggiori. D'altronde, non mancano, nello stesso tessuto codicistico, disposizioni che sembrerebbero presupporre il principio di proporzionalità.

Un discorso a parte merita l'impiego dei mezzi *de quibus* con riguardo alla c.d. *digital evidence*. Tra i diritti da salvaguardare spicca la riservatezza, che nelle ipotesi "tradizionali" è viceversa secondaria rispetto ad altri. Pur anticipando - per contiguità di disciplina - l'esame di ispezioni, perquisizioni e sequestri informatici al presente paragrafo,

⁵⁰ Per la ricostruzione proposta, v. L. GIULIANI, *Indagini preliminari*, cit., p. 484 ss.

⁵¹ Con riguardo a ispezioni e perquisizioni, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2^a ed., Giuffrè, 2012, p. 51.

⁵² V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3.1.

sarà dedicata maggiore attenzione al tema nel prossimo, in cui si esamineranno mezzi investigativi la cui disciplina è dettata con il precipuo scopo di contenere il *vulnus* arrecato al diritto alla riservatezza.

3.1. Ispezioni e perquisizioni: garanzie decrescenti

Inserita nel codice una disciplina *ad hoc* per prelievi e accertamenti medici coattivi, pare evidente come alcune pratiche particolarmente intrusive della sfera corporea dell'individuo, come gli esami radiologici, rientrino ora pacificamente tra i primi⁵³. Alcuni problemi posti da quel tipo di interferenza sono quindi stati risolti *per tabulas*. Una questione simile, nel senso di un'intrusione nelle prerogative individuali non adeguatamente bilanciate dalle garanzie riconosciute a chi vi sia sottoposto, si potrebbe riproporre per ispezioni e perquisizioni informatiche, ma sul punto si tornerà più avanti⁵⁴.

Ispezioni e perquisizioni “tradizionali” possono incidere su un ampio ventaglio di diritti, in misura variabile a seconda dell'oggetto su cui ricadano: le ispezioni e le perquisizioni personali sulla libertà personale; quelle locali, nella specie domiciliari, oltre che sulla medesima libertà personale⁵⁵, ovviamente sull'inviolabilità del domicilio; le ispezioni reali e le perquisizioni e ispezioni locali non domiciliari, infine, sulla

⁵³ Così in dottrina C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 1000 e G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 959. A ragionare diversamente, sarebbe priva di senso una disciplina garantita come quella dettata per gli accertamenti medici coattivi in casi, ad esempio, di mera asportazione di un capello, con l'applicazione degli articoli 244 ss. c.p.p. per accertamenti di altro genere, ben più intrusivi (tale è lo scenario prospettato da M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi*, cit., pp. 269-270). Sull'inquadramento degli esami radiologici entro gli accertamenti medici coattivi si rinvia al paragrafo 2 del presente capitolo. Sulla correttezza di una differenza nelle garanzie approntate per accertamenti medici coattivi e ispezioni, v. C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento*, cit., p. 311.

⁵⁴ V. paragrafo 3.3 del presente capitolo.

⁵⁵ Il tema è dibattuto, producendo anche una rilevante conseguenza pratica con riguardo alle perquisizioni locali. Qualora si dovesse ritenerle, infatti, idonee a comprimere la libertà personale, allora si dovrebbe riconoscere la possibilità di ricorrere in cassazione avverso il decreto che le dispone. Così la dottrina: E. BASSO, *sub art. 247*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice*, cit., p. 707; A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 69; N. TRIGGIANI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, cit., p. 421. Accedendo alla tesi contraria, tale possibilità risulta preclusa, salvo il caso di abnormità del provvedimento. Così la giurisprudenza: Cass., sez. III, 15 maggio 2018, n. 28770, in *C.e.d. Cass.*, n. 273352 (sul decreto di ispezione); Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46250, in *C.e.d. Cass.*, n. 253711 (avente ad oggetto il decreto con cui il pubblico ministero aveva convalidato una perquisizione domiciliare eseguita d'urgenza dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 352 c.p.p.); Cass., sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1816. Per un approfondimento, v. M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un “controllo effettivo” sulla necessità dell'ingerenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 2, p. 440.

riservatezza. Si considerino poi ipotesi peculiari come ispezioni e perquisizioni presso il difensore, idonee a comprimere l'effettività del diritto di difesa, oltre che la segretezza del rapporto tra avvocato e cliente⁵⁶.

Le ispezioni, almeno di regola, producono un *vulnus* minore a tali diritti. L'organo procedente si limita ad osservare cose, luoghi o persone. Nelle perquisizioni, a tale attività meramente "visiva", se ne aggiunge una "manuale", consistente nella ricerca di cose o persone⁵⁷.

Tali differenze si riflettono solo marginalmente sui presupposti fissati dalla legge per le varie operazioni. Ciò non è, tuttavia, necessariamente da criticare. I diritti lesi possono variare notevolmente a seconda dei casi e un'ispezione può divenire più intrusiva di una perquisizione, così come, ad esempio, un'ispezione reale potrebbe risolversi in un'intrusione nella sfera individuale anche maggiore di quella personale. Del resto, la stessa distinzione tra ispezione e perquisizione è talvolta labile, potendo dipendere anche solo dalla possibilità o meno di asportare la cosa dall'ambiente in cui si trova⁵⁸.

Sono ampi, dunque, i margini applicativi del principio di proporzionalità. Prima di declinare un possibile test utile per guidare la motivazione alla base dei provvedimenti che dispongono i mezzi della prova in esame, si può notare che tracce del canone *de quo* sono rinvenibili già nel tessuto codicistico.

Innanzitutto, assume senz'altro rilievo l'argine posto con riguardo alla tutela della dignità e del pudore della persona sottoposta a ispezioni (art. 245 comma 2 c.p.p.) e perquisizioni (art. 249 comma 2 c.p.p.) personali. Vale a dire che le esigenze investigative non possono mai comunque travalicare la dignità dell'individuo, in ossequio al canone della proporzionalità in senso stretto. In relazione al pudore, a differenza di quanto accade per gli accertamenti medici coattivi (art. 224-bis comma 5 c.p.p.), si richiede il suo rispetto «nei limiti del possibile». Tale differenza sembra fondata, ancora una volta, sulla maggiore intrusività insita negli accertamenti medici coattivi. Ad ogni modo, il limite assoluto posto

⁵⁶ A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione*, cit., p. 62. Per tali atti è prevista l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari.

⁵⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 827-828.

⁵⁸ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 143. L'autrice porta gli esempi, contrapposti, di un residuo di vernice rimasto su un paraurti, asportabile ai fini di una perquisizione, e di segni lasciati da un morso di un animale su una persona, non asportabili e solamente ispezionabili (*ibidem*).

rispetto alla dignità pare garantire adeguatamente contro comportamenti abusivi degli organi procedenti⁵⁹.

Con riguardo alle sole perquisizioni, poi, l'art. 248 c.p.p. sembra riconducibile alla c.d. regola del mezzo più mite (seconda fase del test di proporzionalità), disciplinando la facoltà, quando si ricerchi una cosa determinata, di invitare la persona a consegnarla, in modo da evitare l'impiego del mezzo coercitivo⁶⁰. Criticabile la previsione di una mera facoltà⁶¹: l'applicazione di un principio generale di proporzionalità potrebbe condurre a interpretare la stessa come un obbligo a carico dell'autorità giudiziaria. Ancora, risulta di difficile interpretazione il secondo periodo dell'art. 248 comma 1 c.p.p., in forza del quale, là dove lo si ritenga utile per la completezza delle indagini, si può procedere alla perquisizione pure dopo che la cosa sia stata volontariamente consegnata. Da un lato, vi è chi ritiene che, nel caso stia procedendo l'ufficiale di polizia, egli non possa proseguire senza un ulteriore provvedimento dell'autorità giudiziaria: la polizia non potrebbe valutare la necessità della perquisizione⁶². Dall'altro, la dottrina maggioritaria riferisce la completezza delle indagini alla perquisizione e non alle complessive valutazioni del pubblico ministero, sicché la polizia giudiziaria potrebbe procedervi⁶³. Tale opzione è più convincente, ma non esclude che debbano essere fornite, in apposito provvedimento o nella verbalizzazione delle operazioni, le ragioni che hanno resa necessaria l'ulteriore ricerca⁶⁴.

Le menzionate disposizioni rivelano ancora una volta l'intrusività dei mezzi investigativi considerati, che impone altresì l'obbligatorietà della motivazione dei provvedimenti che li dispongono (art. 244 comma 1 c.p.p. e art. 247 comma 2 c.p.p.).

Per l'ispezione, l'art. 244 comma 1 c.p.p. richiede la necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato. È chiaro quindi che dalla motivazione deve risultare l'utilità dell'ispezione rispetto al procedimento penale⁶⁵. Al riguardo, maggiore è il grado di intrusione nei diritti individuali, maggiormente dovrebbe essere dettagliata la motivazione, in particolar modo ove l'ispezione si espliciti nei confronti di soggetti terzi.

⁵⁹ Per un approfondimento, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 221 ss.

⁶⁰ Proprio a partire da questa disposizione E. BASSO, *sub* art. 248, in AA.VV., *Commento al nuovo codice*, cit., p. 709 sostiene che la perquisizione potrebbe essere disposta soltanto come *extrema ratio*, qualora ogni altro mezzo risulti impraticabile o sia stato impiegato infruttuosamente.

⁶¹ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 251.

⁶² C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. 1, Giappichelli, 1995, p. 279 ss.

⁶³ V., per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 830.

⁶⁴ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 252; A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione*, cit., p. 60.

⁶⁵ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 190.

In questi casi, la proporzionalità potrebbe condurre a un rafforzamento della motivazione in ordine alle esigenze investigative tale da imporre la dimostrazione di una vera e propria necessità dell'ispezione. Ove si tratti di ispezione personale, poi, potrebbe essere necessario specificare in che modo si intenda assicurare il rispetto della dignità e del pudore della persona sottoposta alla misura (art. 245 comma 2 c.p.p.); ma, allo stesso modo, sarebbe opportuno definire *ex ante* le modalità da impiegare per evitare di sconfinare, nell'attività ispettiva, in operazioni non strettamente necessarie a quanto utile per le indagini.

Si consideri, poi, che tanto le ispezioni quanto le perquisizioni non possono avere funzione meramente esplorativa, essendo pertanto indispensabile che sia già stata acquisita la *notitia criminis* e che sussista, anche se non necessariamente al livello previsto per le misure cautelari (art. 273 c.p.p.) e per le intercettazioni (art. 267 c.p.p.), un *fumus* circa la commissione di un reato⁶⁶.

Per le perquisizioni, presupposto essenziale è la sussistenza di un fondato motivo di ritenere che sulla persona o in un determinato luogo si trovino il corpo del reato o cose pertinenti al reato. Ancora, è possibile disporre una perquisizione locale per l'arresto dell'imputato o dell'evaso che si ritiene si trovi in un certo luogo. Occorrono indizi concreti che conducano a ritenere che le cose si trovino ove le si cerchi. Tali indizi devono risultare dalla motivazione⁶⁷.

Non può mancare altresì l'indicazione delle esigenze probatorie, sulla base delle stesse ragioni che si vedranno per il decreto di sequestro, rispetto al quale la giurisprudenza esplicitamente invoca il principio di proporzionalità⁶⁸. Inoltre, anche l'oggetto della perquisizione deve essere determinato⁶⁹.

⁶⁶ V., per tutte, in tema di perquisizione, Cass., sez. V, 2 marzo 1995, n. 649, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 892-893, con nota di G.M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*. Per un approfondimento ulteriore e altri riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 196-197 e A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione*, cit., pp. 52-53.

⁶⁷ V., per tutte, Cass., sez. V, 13 marzo 1992, n. 899, in *Cass. pen.*, 1993, p. 395, su cui v. T. BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 117 ss. Per un approfondimento e ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 194-195 e A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione*, cit., p. 51.

⁶⁸ V. paragrafo 3.2 del presente capitolo.

⁶⁹ Non si deve, infatti, accedere a un'interpretazione *a contrario* dell'art. 248 c.p.p., tale per cui, richiedendosi in quel caso che la perquisizione abbia ad oggetto una cosa determinata, ciò non sarebbe necessario negli altri casi. La differenza tra il presupposto per l'applicazione dell'art. 248 c.p.p. e le altre ipotesi potrebbe dunque risiedere semplicemente in una completa e precisa

Nel decreto di perquisizione, così come in quello che disponga un'ispezione, non occorre menzionare la gravità del reato per cui si procede, né si pongono limitazioni al riguardo a livello legislativo. Simili limiti potrebbero comprimere eccessivamente le possibilità investigative rispetto a reati poco gravi, che pure devono essere accertati. Eppure, la gravità del reato è uno dei fattori presi in considerazione dalla Corte Edu nel definire la violazione dell'art. 8 CEDU, in particolare il diritto al rispetto del domicilio, da parte di una perquisizione domiciliare⁷⁰. Il che non significa imporre una simile valutazione, ma sicuramente conduce a valorizzare gli altri elementi del test di proporzionalità instaurato dalla Corte Edu, che tiene conto, tra le altre cose, proprio del rigore nell'adempimento dell'obbligo motivazionale in ordine agli indizi relativi alla possibilità di rinvenire le cose cercate⁷¹.

La Corte Edu assegna importanza centrale, inoltre, alla presenza di un preventivo vaglio giurisdizionale e della possibilità di impugnare, sempre di fronte a un organo giurisdizionale, il provvedimento applicativo della perquisizione⁷². Si noti come la criticità non risieda nelle prerogative della polizia giudiziaria, che può agire di propria iniziativa ad esempio ex art. 348 c.p.p. per l'assicurazione delle fonti di prova o ex articoli 352 e 354 c.p.p. in presenza delle situazioni di necessità e urgenza ivi contemplate, quanto nella mancanza di un esame del provvedimento da parte di un giudice terzo e imparziale, anche nel caso in cui vi sia stato un decreto di perquisizione da parte del pubblico ministero. Sul punto, l'Italia è stata condannata dalla Corte di Strasburgo⁷³. Infatti, fino a tempi recentissimi, là dove non avesse condotto a un successivo sequestro, il decreto di perquisizione non poteva essere impugnato. Inoltre, come detto, nel caso di perquisizione

individuazione della cosa in tutti i suoi elementi e attributi, a fronte di indicazioni meno specifiche negli altri casi. Così A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione*, cit., p. 59.

⁷⁰ Corte Edu, 29 ottobre 2020, *Doroz c. Polonia*, consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-205378>, §§ 30-31. In dottrina, suggeriscono di introdurre una simile limitazione A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 33 e P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 83.

⁷¹ Corte Edu, *Doroz c. Polonia*, cit., § 27.

⁷² Corte Edu, *Doroz c. Polonia*, cit., § 28.

⁷³ Corte Edu, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 413. A commento, v. F. FALATO, *(il)Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea*. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa *Brazzi c. Italia*, in *Arch. pen.*, 18 aprile 2019; S. NOVANI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata: le condizioni di una perquisizione domiciliare legittima*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3002 ss.; M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU*, cit., p. 433 ss.; A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4472 ss.

domiciliare la giurisprudenza nega la ricorribilità per cassazione *ex art. 111 comma 7 cost.* Pertanto, in questo caso, il decreto di perquisizione del pubblico ministero non era e non poteva essere sottoposto ad alcun vaglio giurisdizionale, che ne attestasse la necessità⁷⁴. Ciò violava, a parere della Corte, l'art. 8 CEDU⁷⁵, che al paragrafo 2 impone che le ingerenze nel diritto al domicilio siano previste dalla legge e necessarie in una società democratica⁷⁶.

Ora, l'art. 12 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150⁷⁷ ha introdotto un nuovo art. 252-*bis* c.p.p., in cui si disciplina, appunto, un nuovo diritto di opposizione della persona sottoposta alle indagini o di quella che ha subito la perquisizione avverso il decreto emesso dal pubblico ministero. Tale opposizione può essere proposta entro dieci giorni, a pena di decadenza, dalla data di esecuzione del provvedimento o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuta perquisizione, e solo per il caso in cui non abbia avuto luogo sequestro. Il giudice decide *ex art. 127 c.p.p.*, accogliendo l'opposizione se la perquisizione sia stata disposta al di fuori dei casi previsti dalla legge⁷⁸. Va condiviso l'approccio incentrato sul rimedio impugnatorio piuttosto che su una previa autorizzazione giurisdizionale⁷⁹, alla luce di quanto già anticipato con riguardo all'intervento del giudice per le indagini preliminari, che deve rimanere un'eccezione nel sistema e non divenirne la

⁷⁴ Corte Edu, *Brazzi c. Italia*, cit., pp. 412-413.

⁷⁵ Corte Edu, *Brazzi c. Italia*, cit., p. 413.

⁷⁶ Corte Edu, *Brazzi c. Italia*, cit., pp. 412-413 pone in realtà l'accento sul principio di legalità. Non mancano però cenni alla proporzionalità della misura (Corte Edu, *Brazzi c. Italia*, cit., p. 413), che sono peraltro al centro del ragionamento della Corte in una pronuncia analoga: Corte Edu, 2 ottobre 2014, *Delta Pekárny c. Repubblica Ceca*, consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146675>, § 82 ss. L'accento è posto sul requisito della proporzionalità anche in Corte Edu, 30 maggio 2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173787>, § 40 ss., in cui la Corte ha reputato illegittima l'apertura della cartella "Incoming" del programma *eMule* installato su un computer perquisito dalla polizia spagnola senza previa autorizzazione giurisdizionale.

⁷⁷ Si tratta del decreto attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari (c.d. riforma Cartabia). Tale normativa, in forza dell'art. 99-*bis* d.lgs. n. 150/2022 così come modificato dall'art. 6 d.l. 31 ottobre 2022, n. 62, è entrata in vigore il 30 dicembre 2022.

⁷⁸ L'art. 17 comma 1 lett. d) n. 2) d.lgs. n. 150/2022 ha introdotto altresì una procedura analoga al comma 4-*bis* dell'art. 352 c.p.p., per il caso in cui la perquisizione sia stata effettuata ad iniziativa della polizia giudiziaria.

⁷⁹ Anche M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU*, cit., p. 440 pare propendere per tale via. *Contra*: F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni*, cit., p. 31 ss.

regola. Lascia perplessi, invece, la mancata previsione delle conseguenze da connettere all'accoglimento dell'opposizione⁸⁰.

A differenza di quanto si dirà fra breve in tema di sequestro probatorio, la giurisprudenza interna non ha esplicitato il principio di proporzionalità nella materia *de qua*. Ciò non di meno, non mancano disposizioni ispirate a tale canone e la sua affermazione quale principio generale operativo nel procedimento penale potrebbe produrre ricadute positive sul rigore della motivazione alla base dei decreti che dispongono ispezioni e perquisizioni.

3.2. Il sequestro probatorio tra teoria e prassi

L'effettuazione di un sequestro probatorio, spesso successiva alla perquisizione o all'ispezione, fa subentrare la necessità di tutelare il diritto di proprietà, garantito dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del 1° Protocollo addizionale CEDU⁸¹, ma, a seconda dei casi, anche altri interessi, come la libertà di iniziativa economica⁸², la riservatezza⁸³ o, nel caso di sequestro presso il difensore, il diritto di difesa⁸⁴.

⁸⁰ V., per tutti, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 49.

⁸¹ Come detto al capitolo I, paragrafo 3.1.1, circa l'importanza assegnata al diritto di proprietà, si può rinviare ad alcune pronunce della Corte Edu (v. per tutte Corte Edu, *G.I.E.M. s.r.l. c. Italia*, cit.; Corte Edu, *de Tommaso c. Italia*, cit.; Corte Edu, *S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Romania*, cit.; Corte Edu, *Ünsped Paket Servisi SaN. Ve TiC. A.Ā. c. Bulgaria*, cit.) e della Corte costituzionale (v. per tutte Corte cost., n. 24/2019, cit.; Corte cost., n. 33/2018, cit., Corte cost., n. 85/2013, cit.), costantemente richiamate in giurisprudenza. Per un approfondimento, v. L. CALÒ, *Proporzionalità e cautele*, cit., p. 18 ss. e A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà*, cit., p. 3 ss. In tema di sequestro probatorio v., Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1920, con nota di F. MASSARI, *La necessità ai fini dell'accertamento come presupposto del sequestro del corpo del reato*.

⁸² V., per tutte, Cass., sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4095, con nota di G. SCHENA, *Quello che le Sezioni unite non dicono a proposito di "idoneità della motivazione" nel caso di sequestro probatorio del corpus delicti*. A commento v. anche M.F. CORTESI, *Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito interpretativo raggiunto "forse" un punto fermo*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 1, p. 150 ss. e A. PASTA, *La motivazione del decreto di sequestro probatorio del corpo del reato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3060 ss.

⁸³ Tale ulteriore lesione emerge in modo particolare in caso di sequestro di corrispondenza e, soprattutto, di dispositivi informatici, di cui si dirà *infra*.

⁸⁴ Com'è noto, l'art. 103 commi 2 e 6 c.p.p. vieta il sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa e di ogni forma di corrispondenza tra imputato e difensore, salvo che si tratti di corpo del reato. A dire il vero, a seconda dell'oggetto del sequestro, possono essere intaccati i più disparati beni costituzionalmente tutelati. Così, se ad essere sequestrato è un istituto scolastico, verrà inciso il diritto all'istruzione o, ancora, se oggetto del sequestro è una testata giornalistica, quello alla libertà di stampa e di informazione.

Dal punto di vista dei diritti su cui incide un sequestro probatorio, non v'è differenza con i sequestri cautelari, rispetto ai quali, come detto, trova pacifica applicazione l'art. 275 comma 2 c.p.p.⁸⁵. La giurisprudenza della Corte di cassazione prende atto di tale simmetria e invoca il pieno impiego del principio di proporzionalità⁸⁶. Ricorre, infatti, in un ampio numero di sentenze l'affermazione secondo la quale «il principio di proporzione, certamente ancorato alla disciplina delle cautele personali nel procedimento penale ed alla tutela dei diritti inviolabili, ha nel sistema una portata più ampia; esso travalica il perimetro della libertà individuale per divenire termine necessario di raffronto tra la compressione dei diritti quesiti e la giustificazione della loro limitazione»⁸⁷. Al riguardo, vengono altresì richiamati, magari con una certa confusione di norme diverse, l'art. 5 paragrafi 3 e 4 TUE e gli articoli 49 paragrafo 3 e 52 paragrafo 1 CDFUE. Ciò al fine di affermare la necessità di impiegare il test di proporzionalità «per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale» e «come parametro per verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto»⁸⁸, sino a statuire, con lodevole chiarezza, che «il principio di proporzionalità trova un formidabile ambito applicativo con riferimento ai mezzi di ricerca della prova, idonei ad incidere su beni giuridici costituzionalmente tutelati», segnando «il limite entro il quale la compressione di un'istanza fondamentale per fini processuali risulta legittima»⁸⁹.

⁸⁵ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.1.

⁸⁶ Cass., sez. un., n. 36072/2018, Botticelli, cit., pp. 4095-4096. In senso conforme, v., tra le tante, Cass., 2 maggio 2019, n. 18316, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 1432, con nota di M. TORRE, *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*. Nelle sentenze successive sono frequenti i riferimenti espliciti alla giurisprudenza che ha esteso il principio dalla materia cautelare personale a quella cautelare reale, senza neppure una chiara distinzione tra sequestri cautelari e probatori. Così, tra le tante, Cass., sez. II, 23 settembre 2020, n. 37941, in *Dir. e giust.*, 4 gennaio 2021, § 1.5.

⁸⁷ V., per tutte, Cass., sez. V, 23 marzo 2022, n. 15648, in *DeJure*, § 3; Cass., sez. VI, 29 settembre 2021, n. 1181, in *Dir. e giust.*, 14 gennaio 2022, § 3; Cass., sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1003, con nota di B.M. LEUZZI (a commento di tale pronuncia, v. anche M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *Sist. pen.*, 14 gennaio 2021). Sull'estensione della proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p. oltre le misure cautelari personali, v. M. TORRE, *Indagini informatiche*, cit., p. 1435.

⁸⁸ V., per tutte, Cass., n. 1181/2021, cit., p. 3 e Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1003.

⁸⁹ Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1004. In senso conforme, v. Cass., n. 15648/2022, cit., § 3, secondo cui «con particolare riferimento ai mezzi di ricerca della prova, idonei ad incidere su beni giuridici costituzionalmente tutelati, il principio di proporzionalità fissa il limite entro il quale la compressione di un'istanza fondamentale per fini processuali può ritenersi legittima». Sul punto, v. M. TORRE, *Indagini informatiche*, cit., p. 1435, per cui la proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p. si può ritenere applicabile anche alle perquisizioni.

Dunque, così come in materia cautelare il principio è richiamato alla base della necessità di motivare il *periculum in mora*⁹⁰, allo stesso modo per il sequestro probatorio è richiamato per imporre la motivazione in ordine alla pertinenza al reato delle cose sequestrate⁹¹ e, soprattutto, all'esigenza di accertamento del fatto⁹². Ciò, anche nel caso di sequestro del corpo del reato, mentre in passato lo si era negato, per lo più sulla base del - non dirimente - argomento letterale per cui l'aggettivo «necessarie» di cui all'art. 253 comma 1 c.p.p. si riferirebbe esclusivamente alle cose pertinenti al reato⁹³. In effetti, il corpo del reato non necessariamente presenta intrinsecamente un'utilità per le indagini tale da giustificare sempre il sequestro. Si pensi a un omicidio commesso con un tagliacarte in una banca di fronte a decine di testimoni e videoregistrato⁹⁴.

Pare tuttavia rimanere indefinito il contenuto, o se si preferisce il rigore, di tale onere motivazionale⁹⁵. Eppure, numerosi casi palesano la necessità di una motivazione approfondita. Si pensi al *quantum* di denaro da sottoporre a sequestro o alle delicate questioni poste dai sequestri in ambito societario o immobiliare. Ancora, un obbligo motivazionale rafforzato sarebbe doveroso qualora siano coinvolti beni appartenenti a

⁹⁰ Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, Ellade, in *Cass. pen.*, 2022, p. 532 ss., con nota di R. BELFIORE, *Le Sezioni unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, su cui v. anche M. ARBOTTI, *Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, ivi, p. 3305 ss. A commento, v. anche S. PIERGIOVANNI, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca: le Sezioni unite impongono l'onere di motivare sul periculum in mora*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2021.

⁹¹ V., per tutte, Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 41974, in *DeJure*, § 5 e Cass., sez. VI, 13 marzo 2019, n. 37639, in *Dir. e giust.*, 12 settembre 2019, pp. 3-4.

⁹² L'orientamento si è consolidato in seguito alle Sezioni unite n. 36072/2018, Botticelli, cit., che hanno confermato il *dictum* delle precedenti Sezioni unite n. 5876/2004, Ferrazzi, cit. Per una ricostruzione di tale percorso giurisprudenziale, caratterizzato complessivamente da quattro interventi della Cassazione a Sezioni unite, v. G. CASCONE, *Il sequestro informatico nel prisma del principio di proporzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 128 ss.

⁹³ Così, ad esempio, Cass., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 6149, in *C.e.d. Cass.*, n. 266072. Come detto, si tratta di argomento non dirimente. In particolare, non tanto perché la grammatica italiana consentirebbe «la concordanza dell'aggettivo con l'ultimo nome femminile, quando questo è plurale, anche se viene preceduto da nomi maschili» (Cass. sez. un., 18 giugno 1991, Raccah, in *Cass. pen.*, 1991, p. 927, con nota di E. SELVAGGI, *Sul sequestro operato dalla polizia giudiziaria*), quanto perché tale norma indica l'oggetto del sequestro, mentre la motivazione sull'esigenza probatoria che il sequestro deve soddisfare attiene alla sua finalità. Così A. PASTA, *La motivazione del decreto*, cit., p. 3072.

⁹⁴ A. PASTA, *La motivazione del decreto*, cit., p. 3066. Per altri esempi, v. G. SCHENA, *Quello che le Sezioni unite non dicono*, cit., p. 4103.

⁹⁵ G. SCHENA, *Quello che le Sezioni unite non dicono*, cit., p. 4107.

soggetti non indagati o imputati, terzi rispetto al procedimento, o addirittura alla persona offesa⁹⁶.

Ebbene, proprio la proporzionalità potrebbe guidare tali motivazioni. Stupisce, anzi, che un principio la cui cifra distintiva risiede nelle sue scansioni imposte come vincolo all'esercizio della discrezionalità giurisdizionale, venga in quest'ambito invocato per statuire un obbligo motivazionale, senza essere invece posto a fondamento della relativa struttura. Non mancano disposizioni codicistiche idonee a fungere da base normativa: l'art. 354 c.p.p. esclude ogni automatismo in tema di sequestro probatorio del corpo del reato (la polizia giudiziaria vi procede, in seguito ad accertamenti urgenti su luoghi, cose e persone, solo in via eventuale); l'art. 253 c.p.p. prevede espressamente che il decreto che dispone il sequestro debba essere motivato; ma soprattutto, l'art. 262 c.p.p. introduce un criterio di necessità a fini di prova per statuire che, qualora mancasse, occorrerebbe restituire la cosa sequestrata⁹⁷. Il problema risiede nella lacunosità di simili indicazioni, che, nonostante siano ispirate dal principio di proporzionalità, non lo esplicitano e non specificano quali siano i parametri giustificativi dell'istituto che disciplinano. La giurisprudenza, poi, non ha sviluppato chiaramente parametri che possano guidare le motivazioni giudiziarie. L'unico riferimento al riguardo sembra potersi rinvenire nell'affermata (seppure ancora timidamente) residualità del sequestro rispetto a misure meno afflittive⁹⁸.

È stato notato in dottrina come una simile estensione del criterio della residualità, fondata sulla traslazione della proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p. dal settore cautelare personale a quello reale e da questo al sequestro probatorio e a tutti i mezzi di ricerca della prova, sia in realtà una forzatura. In particolare, in tale ultimo ambito - si sostiene - là dove il legislatore abbia inteso inserire un canone di questo tipo, lo avrebbe fatto espressamente: in tema di intercettazioni, con il canone dell'assoluta indispensabilità, e in tutti i casi in cui, in ragione degli ulteriori interessi lesi dai vari mezzi di ricerca della prova in casi particolari (come, ad esempio, il sequestro presso il difensore o di corrispondenza), ha introdotto un rafforzamento delle garanzie. Sicché, in ultima istanza, tale estensione

⁹⁶ Così Cass., sez. un., n. 5876/2004, Ferrazzi, cit., p. 1920.

⁹⁷ Per la valorizzazione di queste norme quale fondamento dell'obbligo di motivazione per il decreto che dispone il sequestro probatorio del corpo del reato, v. L. NULLO, *Sequestro probatorio di materiale documentativo e principi di adeguatezza e proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 3, p. 665.

⁹⁸ Cass., sez. un., n. 36072/2018, Botticelli, cit., p. 4095.

finirebbe per comprimere in modo eccessivo le prerogative degli organi investigativi in ipotesi in cui non sarebbe realmente necessario e in contraddizione con una gradualità nelle garanzie che sembrerebbe caratterizzare la *voluntas legis*⁹⁹.

L'opinione è acuta e va tenuta in debito conto. Deve tuttavia essere disattesa, almeno in parte. Essa prende a presupposto la traslazione nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova del test di proporzionalità sviluppato in tema di misure cautelari personali a partire dall'art. 275 c.p.p. Questa è la via seguita dalla giurisprudenza al fine di trovare un sostegno normativo espresso. Tuttavia, e in questo va condivisa la citata opinione dottrinale, se portata avanti sino in fondo, presenta aporie insuperabili. Si è precedentemente ricostruito il test di proporzionalità in ambito cautelare personale e, in effetti, non tutti i suoi passaggi sono adatti a essere applicati ai mezzi di ricerca della prova: la fase dell'idoneità è lì saldamente ancorata alle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.; le misure alternative meno intrusive sono agevolmente rintracciabili nelle misure cautelari meno gravi, soprattutto quelle interdittive; la fase della proporzionalità in senso stretto trova termini di raffronto piuttosto chiari, raggiungendo l'intensità massima nel caso della custodia cautelare, in cui la gravità del fatto va comparata alla compressione della libertà personale. Lo scenario in tema di mezzi di ricerca della prova è ben più complesso e lacunoso: le esigenze probatorie sono di più difficile individuazione, così come le alternative istruttorie e, soprattutto, variano i termini della relazione imposta dalla proporzionalità in senso stretto: talvolta, anche in presenza di un fatto non particolarmente grave, potrebbe essere impiegato un mezzo di ricerca della prova comunque intrusivo come un sequestro, non essendo presa in considerazione tanto la gravità del fatto, quanto la necessità ai fini delle indagini. Il punto è che, benché si tratti pur sempre di un test di proporzionalità, e benché l'art. 275 c.p.p. si possa richiamare per dimostrare come tale principio faccia parte del nostro procedimento penale, la proporzionalità presenta sì caratteri comuni ma si atteggia in maniera parzialmente diversa a seconda dei settori del procedimento in cui si trovi ad operare. In ciò risiede la sua caratterizzazione quale principio di tipo metodologico¹⁰⁰. Esso, cioè, impone un metodo i cui contenuti mutano a seconda del peso dei diritti di volta in volta compressi e del grado di intrusività della misura

⁹⁹ G. SCHENA, *Quello che le Sezioni unite non dicono*, cit., p. 4114.

¹⁰⁰ T. TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, in AA.VV., *Oxford Principles Of European Union Law. Volume I: The European Union Legal Order*, a cura di R. SCHÜTZE - T. TRIDIMAS, Oxford University Press, 2018, p. 262.

impiegata rispetto a tali diritti. Di talché , fermo il suo carattere essenziale quale elemento della proporzionalità, la residualità assume un'intensità variabile a seconda dei casi: la residualità che secondo le già citate Sezioni unite Botticelli deve caratterizzare il sequestro probatorio non impone una verifica approfondita come quella posta dall'art. 275 comma 3 c.p.p. o dall'art. 267 comma 1 c.p.p. Però, anche il sequestro probatorio "ordinario" è misura intrusiva di diritti e pertanto, in forza del principio di proporzionalità (che non è quello di cui all'art. 275 c.p.p., bensì quello generale, che questa ed altre norme ispira), deve esserne motivata la necessità rispetto a misure che su tali diritti incidono in misura minore (ad esempio, un'ispezione con rilievi fotografici). Nei casi più semplici, poi, tale parte della motivazione potrà limitarsi a pochi cenni, ma non potrà mancare, risultando altrimenti ingiustificata la compressione, anche minima e in teoria giustificabile, dei diritti.

Infine, si noti che, come in ambito cautelare il principio può essere impiegato sia per scegliere una misura meno afflittiva sia per decidere di non applicare la misura, lo stesso accade in tema di sequestro probatorio: il principio può cioè essere posto, dal giudice del riesame, sia alla base di un riequilibrio del *quantum* sequestrato sia di una revoca o un annullamento del provvedimento, qualora manchi - o non sia stata neppure minimamente esplicitata in motivazione - l'esigenza probatoria che necessariamente deve ispirarlo.

Insomma, un principio generale di proporzionalità, d'altronde enunciato nelle premesse del filone giurisprudenziale esaminato, pare quantomai idoneo a riempire di contenuto disposizioni normative vaghe, fungendo da criterio di legittimazione delle pronunce attraverso la prescrizione di un percorso motivazionale articolato secondo il triplice test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, di facile verifica e contestazione, anche per la difesa in un eventuale riesame.

3.3. Ispezioni, perquisizioni e sequestri informatici: nuove tecnologie, nuovi diritti, vecchie regole

La legge 18 marzo 2008, n. 48, recependo la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, aperta alla firma a Budapest il 23 novembre 2001, c.d. "Convenzione di Budapest", ha optato per inquadrare le operazioni investigative volte a raccogliere ed utilizzare nel processo dati elettronici nell'alveo della disciplina di

ispezioni, perquisizioni e sequestri¹⁰¹, attraverso apposite interpolazioni nel codice di procedura penale¹⁰².

L'ingresso della *digital evidence* nel procedimento penale ha messo in crisi i confini e i rapporti dogmatici (ma non solo) tra ispezioni, perquisizioni e sequestri. Di fronte a un dispositivo elettronico, è lecito domandarsi cioè, ad esempio, se l'apertura di una cartella sia da qualificare come ispezione ovvero perquisizione o, ancora, se il sequestro abbia ad oggetto il dispositivo che contiene i dati informatici ovvero i dati informatici stessi.

Si può condividere l'opinione di chi afferma che, se l'attività consista esclusivamente in un'osservazione del dispositivo o di ciò che in esso è rappresentato al momento in cui viene rinvenuto, allora si tratta di ispezione; se si effettuano ricerche, anche solo mediante apertura di un *file* o di una cartella, allora si entra nel campo della perquisizione¹⁰³. Quanto al sequestro, come si vedrà meglio *infra*, pare condivisibile l'approdo giurisprudenziale per cui esso possa avere ad oggetto il *file* stesso, oltre che il supporto che lo contiene¹⁰⁴.

¹⁰¹ La scelta è in linea con quella presa dai maggiori Stati europei. Sul punto, v. L. BARTOLI - G. LASAGNI, *Antifraud Investigation and Digital Forensics: A Comparative Perspective*, in AA.VV., *Digital Forensic Evidence. Towards Common European Standards in Antifraud Administrative and Criminal Investigations*, a cura di M. CAIANIELLO - A. CAMON, Cedam - Wolters Kluwer, 2021, p. 209 ss., richiamate sul punto da M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks. Antifraud investigations and respect for fundamental rights faced with the challenge of e-evidence and digital devices*, *ivi*, p. 241.

¹⁰² Per le ispezioni, si è introdotto un apposito inciso nell'art. 244 comma 2 c.p.p.; per le perquisizioni, si consideri soprattutto l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 247 c.p.p. e del comma 1-bis nell'art. 352 c.p.p.; per i sequestri, dell'art. 254-bis c.p.p. Per un approfondimento in tema di perquisizioni e ispezioni, v. G. BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, a cura di L. LUPARIA, Giuffrè, 2019, p. 181 ss. In tema di sequestro, v. A. MONTI, *La nuova disciplina del sequestro informatico*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica*, *cit.*, p. 197 ss. Infine, con riguardo soprattutto alla modifica dell'art. 354 comma 2 c.p.p. in tema di accertamenti urgenti su luoghi, cose e persone, con riguardo alla conservazione e alla genuinità del dato, v. E. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica*, *cit.*, p. 135 ss.

¹⁰³ L. CUOMO, *La prova digitale*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, *cit.*, pp. 631-632.

¹⁰⁴ V., per tutte, Cass., sez. un., 20 luglio 2017, n. 40963, Andreucci, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4306 ss., con nota di A. MARI, *Impugnazioni cautelari reali e interesse a ricorrere in caso di restituzione di materiale informatico previa estrazione di copia dei dati (note a margine di sez. Un., 20 luglio 2017, n. 40963)*. A commento v. anche L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori*, *cit.*; P. RIVELLO, *L'interesse alla richiesta di riesame del provvedimento di sequestro probatorio di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 131 ss.; G. TODARO, *Restituzione di bene sequestrato, estrazione di copia, interesse ad impugnare: revirement delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 11, p. 157 ss.

Come anticipato, più che il domicilio, la libertà personale o la proprietà, ciò che viene in rilievo è la riservatezza. Attraverso queste operazioni, infatti, l'autorità procedente può venire a conoscenza di un numero sconfinato di informazioni. Evenienza, questa, non certo impossibile in caso di ispezioni, perquisizioni e “sequestri” tradizionali, ma senz'altro più rara.

Un primo problema può rivelarsi nella possibilità accordata alla polizia giudiziaria di perquisire l'autore del reato colto in flagranza o in caso di evasione (art. 352 c.p.p.). Oltre che in ragione dell'urgenza della situazione, tale potere della polizia giudiziaria si spiega con la limitatezza di una simile perquisizione, confinata appunto alle cose che si trovano sul corpo della persona o nella sua immediata disponibilità. Perquisendo un cellulare, ormai vera e propria estensione del corpo umano, si accede però a una quantità sterminata di dati. Una perquisizione in origine limitata a pochi oggetti, è oggi una perquisizione potenzialmente molto vasta. Proprio sulla base di queste argomentazioni, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha imposto l'obbligo di mandato per procedere alla perquisizione del cellulare¹⁰⁵. L'art. 352 comma c.p.p. prevede sì la convalida del provvedimento nelle successive quarantotto ore, ma si tratta comunque di atto (del pubblico ministero) che rischia di intervenire a lesione della riservatezza ormai avvenuta irreparabilmente.

Ma è in tema di sequestro probatorio che emergono i maggiori profili di criticità derivanti dall'impiego delle regole “tradizionali”, sotto il duplice profilo della possibilità di copiare i dati sequestrati prima della restituzione del dispositivo¹⁰⁶ e della loro selezione solo dopo copia integrale di quest'ultimo¹⁰⁷.

Il test di proporzionalità pone in bilanciamento, in questo caso, le esigenze investigative con l'interesse alla «disponibilità esclusiva del “patrimonio informativo”»¹⁰⁸.

In primo luogo, si è stabilito che non sia ammissibile un sequestro della totalità dei dati contenuti in un sistema informatico, senza cioè una previa selezione, se non in

¹⁰⁵ Supreme Court of the United States, *Riley v. California*, 25 giugno 2014, n. 13–132; Supreme Court of the United States, *United States v. Wurie*, 17 maggio 2013, n. 11–1792 (1st Cir. 2013).

¹⁰⁶ L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori: soluzioni provvisorie a incomprensioni durature*, in *Arch. pen.*, 5 marzo 2018, p. 1 ss., richiamata sul punto da M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks*, cit., p. 242.

¹⁰⁷ M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks*, cit., p. 242. V. anche L. BARTOLI - G. LASAGNI, *The Handling of Digital Evidence in Italy*, in AA.VV., *Digital Forensic Evidence*, cit., p. 98.

¹⁰⁸ Cass., sez. un., n. 40963/2017, Andreucci, cit., p. 4310.

presenza di specifiche ragioni¹⁰⁹. In secondo luogo, si è affermato come non venga meno l'interesse a presentare riesame avverso il provvedimento di sequestro qualora, benché sia già stato restituito il supporto informatico originale, i relativi *files* siano ancora nel possesso delle autorità a seguito di loro estrazione tramite copia, purché sussista un interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati¹¹⁰.

Entrambi gli approdi si fondano sul principio di proporzionalità: il primo perché appare sproporzionato un sequestro indiscriminato rispetto ai diritti individuali, soprattutto alla lesione arrecata alla riservatezza¹¹¹; il secondo perché imposta la relazione di proporzione tra il già indicato interesse alla esclusiva disponibilità del patrimonio informativo e le esigenze di accertamento del reato, anziché tra queste ultime e la mera proprietà di un supporto elettronico contenente i dati¹¹².

Così correttamente inquadrata la questione, resta però difficile da superare il nodo relativo alla possibilità di procedere a copia integrale dei dati. La Cassazione ha incluso tra le specifiche ragioni che la consentono, oltre al caso in cui risulti tecnicamente difficoltosa l'analisi *in loco*¹¹³, anche quello in cui sia necessario effettuare l'esame di molti dati per

¹⁰⁹ Così Cass., sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, in *Cass. pen.*, 2016, p. 289, con nota di G. SCHENA, *Ancora sul sequestro di materiale informatico nei confronti di un giornalista* (a commento, v. anche C. COSTANZI, *Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al riesame nel caso di estrazione di copie digitali e restituzione dell'originale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 277 ss.). Sono seguite numerose sentenze conformi, tra cui, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. VI, 28 settembre 2021, n. 38460, in *Dir. e giust.*, 28 ottobre 2021, p. 2; Cass., sez. V, 5 luglio 2021, n. 32761, in F. BRIZZI, *Utilizzazione del contenuto di chat, e-mail, MMS e SMS oggetto di sequestro: osservazioni alla nota della Procura Generale di Trento, 22 ottobre 2021*, in *Il Penalista*, 15 dicembre 2021, p. 4; Sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 6623, in *C.e.d. Cass.*, n. 280838.

¹¹⁰ Cass., sez. un., n. 40963/2017, Andreucci, cit., pp. 4310-4311. In questo senso già Cass., n. 24617/2015, cit., p. 292. Conforme, di recente, Cass., sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 18502, in *Dir. e giust.*, 11 maggio 2022, §§ 2.1-2.2, per cui, tra l'altro, secondo una concezione condivisibilmente ampia di "interesse alla esclusiva disponibilità", esso sussiste «in caso di istanza di riesame del sequestro probatorio di un computer o di un supporto informatico, (...) quando si tratti di strumenti informatici destinati per loro natura a raccogliere dati personali e riservati» (Cass., n. 18502/2022, cit., § 2.4). Per una critica di tale concetto e della sua necessaria dimostrazione da parte del ricorrente, v. G. TODARO, *Restituzione di bene sequestrato*, cit., p. 168 ss.

¹¹¹ Sul punto v., per tutti, A. TESTAGUZZA, *Il sequestro di dati e sistemi*, in AA.VV., *Cybercrime*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, Utet, 2019, p. 1459.

¹¹² In dottrina, prima ancora dell'*overruling* giurisprudenziale in ordine all'interesse alla restituzione, lo segnalava, tra i tanti, M. DANIELE, *Caratteristiche della prova digitale*, in AA.VV., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del Convegno. Como, 21-22 maggio 2010*, a cura di F. RUGGERI - L. PICOTTI, Giappichelli, 2011, pp. 210-211.

¹¹³ Cass., sez. V, 17 maggio 2019, n. 38456, in *C.e.d. Cass.*, n. 277343; Cass., sez. V, 14 marzo 2017, n. 16622, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4142.

poi procedere alla selezione¹¹⁴. È chiaro, che tale ultima ipotesi apre la porta proprio al sequestro indiscriminato che, in linea di principio, non dovrebbe essere consentito.

Una recente pronuncia cerca di mettere ordine, ribadendo la possibilità di procedere a un sequestro totalizzante, o comunque esteso, dei dati, solo in forza di un'analisi effettuata caso per caso, sulla base «della fase del procedimento, della fluidità delle indagini, della contestazione provvisoria, del fatto concreto per cui si procede, del tipo di illecito a cui il fatto sembra doversi ricondurre (...) della natura del bene che si intende sequestrare», ma soprattutto «della difficoltà di individuare nitidamente *ex ante* l'oggetto del sequestro»¹¹⁵. La Cassazione richiede, però, che si approntino degli «“strumenti compensativi”»¹¹⁶, volti a evitare che il sequestro assuma carattere meramente esplorativo di altre notizie di reato¹¹⁷. Essi sono indicati nella puntuale illustrazione delle ragioni del sequestro, specialmente rispetto a eventuali beni o dati di soggetti terzi, nonché alla necessità del sequestro totale, e nella previsione di termini di durata ancorati a «criteri oggettivi di ragionevolezza temporale»¹¹⁸.

Ciò che più rileva, però, è che la citata sentenza cerca di superare in radice l'obiezione legata alla violazione del diritto alla riservatezza determinata dalla copia integrale dei sistemi informatici, sostenendo che si tratterebbe di una “copia-mezzo”, mentre il “vero” sequestro avrebbe ad oggetto i dati da essa estratti¹¹⁹.

Per riassumere, i passaggi della procedura di sequestro, là dove sia necessario accedere, almeno in un primo momento, a un'ampia mole di dati, consistono nella creazione di una copia-mezzo identica all'originale con restituzione del supporto originale,

¹¹⁴ Cass., sez. VI, 14 novembre 2018, n. 4857, in *Dir. e giust.*, 31 gennaio 2019, § 5.2; Cass., sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13166, in *DeJure*, § 1. Sul punto, v. G. CASCONE, *Il sequestro informatico*, cit., p. 132.

¹¹⁵ Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1004.

¹¹⁶ Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1005. Il concetto è ripreso anche dalla recentissima Cass., sez. V, 23 marzo 2022, n. 15648, in *DeJure*, § 3.

¹¹⁷ Sulla serietà di tale rischio v., per tutti, R.E. KOSTORIS, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in AA.VV., *Nuove tendenze della giustizia penale*, cit., p. 182.

¹¹⁸ Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1005.

¹¹⁹ Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1006. Sul punto, v. L. CUOMO, *La prova digitale*, cit., p. 639; C. FONTANI, *Il sequestro probatorio di un documento informatico: bilanciamento tra esigenze investigative e baluardi difensivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 242; M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione*, cit., pp. 1-2; A. TESTAGUZZA, *Il sequestro di dati*, cit., p. 1443.

nella selezione da tale duplicato dei dati necessari per le indagini, tramite ulteriore copia, e infine nella consegna della copia-clone al titolare dei dati¹²⁰.

Pure qualificando la prima copia integrale come copia-mezzo - in contraddizione peraltro con quella giurisprudenza che, condivisibilmente, sostiene che la copia dei dati (vero oggetto del sequestro) integri, appunto, sequestro¹²¹ - non pare in realtà risolta la questione della lesione della riservatezza.

Ora, la realtà è che nella maggior parte dei casi pare in effetti inevitabile - ed anzi si deve - procedere alla copia-clone¹²², comunque la si voglia qualificare (copia-mezzo o sequestro vero e proprio). Si rischierebbe altrimenti di perdere o compromettere dati preziosi per le indagini, tanto a sfavore quanto a favore dell'indagato o dell'imputato, come certe vicende in cui si è operato in *live forensics* hanno dimostrato¹²³. Si rischierebbe, in altri termini, di compromettere la prima fase del test di proporzionalità, quella dell'idoneità. Sicché, pare imporsi un'inversione metodologica rispetto allo schema delineato dal codice, per cui la perquisizione precederebbe di regola il sequestro, a cui è finalizzata. In questo caso, si procede direttamente al sequestro, al più preceduto da un'ispezione avente ad oggetto il dispositivo informatico, per poi selezionare, nella copia-clone, i dati rilevanti, attraverso un'attività perquirente¹²⁴. Si potrebbe invece procedere a perquisizione *in loco* (c.d. *live data forensic*) solo in via residuale, qualora non sia possibile attendere per un esame più sicuro e accurato dei dati¹²⁵. Tuttavia, è proprio la

¹²⁰ Oltre a Cass., n. 34265/2020, cit., p. 1006, v. anche Cass., sez. V, 18 gennaio 2022, n. 21488, in *Dir. e giust.*, 6 giugno 2022, § 1.3 e Cass., n. 37941/2020, cit., p. 3. In dottrina, v. M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione*, cit.

¹²¹ Cass., n. 24617/2015, cit., p. 291 ss. Sul punto, in dottrina, v. S. CARNEVALE, *Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 472; C. COSTANZI, *Perquisizione e sequestro informatico*, cit., p. 269; L. CUOMO, *La prova digitale*, cit., pp. 636-637.

¹²² Questo è quanto risulta dall'art. 254-bis c.p.p. Sul punto, v. L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori*, cit., p. 16; E. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica*, cit., pp. 153-154; G. ZICCARDI, *L'ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p. 165 ss.

¹²³ Ci si riferisce al notissimo "delitto di Garlasco" del 13 agosto 2007. Per una ricostruzione degli errori commessi dagli inquirenti in quel caso, v. E. COLOMBO, *La sentenza del caso di Garlasco e la computer forensics: analisi di un complesso rapporto tra diritto ed informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, p. 447 ss.

¹²⁴ Così G. CASCONE, *Il sequestro informatico*, cit., p. 134 e M. TORRE, *Indagini informatiche*, cit., p. 1436. Su tutte le possibili combinazioni di ispezioni, perquisizioni e sequestri informatici, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, in AA.VV., *Cybercrime*, cit., p. 1416 ss.

¹²⁵ Così L. ALGERI, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 851; D. BUSO - D. PISTOLESI, *Le perquisizioni e i sequestri informatici*, in

proporzionalità, nelle fasi della necessità e della proporzionalità in senso stretto, a imporre l'intrusione minore possibile nella vita privata individuale attraverso una selezione dei dati rilevanti per le indagini. Allora, assumono rilievo centrale i già citati "strumenti compensativi". Sarebbe auspicabile, quindi, introdurre per legge dei tempi per la selezione dei dati, di modo che si possa prevedere per il loro mancato rispetto la caducazione del provvedimento; si dovrebbe poi imporre una netta delimitazione a monte dei soggetti abilitati ad accedere alla copia, con garanzie contro l'indebita divulgazione dei dati; infine, occorrerebbe fissare chiari limiti alla circolazione dei dati.

Al contrario, è ancora frequente la presenza in banche dati appartenenti alla polizia giudiziaria a cui agenti e ufficiali accedono liberamente, per lunghi lassi di tempo, di copie integrali dei dati che erano contenuti nei dispositivi informatici sequestrati. In tal senso, può interpretarsi come una denuncia di una situazione insoddisfacente la nota recentemente diffusa dalla Procura Generale di Trento, che riporta le citate prassi, richiedendo che invece, in conformità alle più recenti indicazioni provenienti dalla Corte di cassazione, si proceda immediatamente dopo la copia del dispositivo alla selezione dei dati rilevanti, con successiva restituzione o distruzione di tutto il resto¹²⁶.

È ancora evidente, quindi, la scollatura tra principi enunciati dai giudici di legittimità e realtà investigativa. Va però sottolineato l'accento finalmente posto dalla giurisprudenza sull'attitudine lesiva del sequestro con riguardo alla riservatezza, secondo un approccio ispirato dalla proporzionalità, che impone garanzie calibrate innanzitutto sul rango del bene compresso. Seguendo tale linea ermeneutica, si può allargare lo sguardo secondo una duplice direttrice.

Intanto, la riservatezza ben può essere lesa anche dal sequestro di documenti cartacei¹²⁷, non solo nel caso di sequestro di corrispondenza preso in considerazione

AA.VV., *Nuove tendenze della giustizia penale*, cit. pp. 188-189; P. FELICIONI, *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, cit., p. 1418.

¹²⁶ Procura Generale di Trento, nota d'indirizzo organizzativo del 22 ottobre 2021, p. 5, in *Penaledp*, 22 novembre 2021, con nota di L. FILIPPI, *Sequestro dispositivi elettronici: nota della Procura Generale di Trento*. A commento, v. anche F. BRIZZI, *Utilizzazione del contenuto di chat*, cit.

¹²⁷ Non a caso Cass., n. 24617/2015, cit., p. 292 si riferisce alla «restituzione degli originali, cartacei o digitali». Lo nota A. MARI, *Impugnazioni cautelari reali*, cit., pp. 4319-4320. In effetti, basti notare come il diritto al controllo sul e al godimento esclusivo del patrimonio informativo venga in rilievo in ragione del trasferimento del valore del documento sulla copia, non già della sua natura informatica o meno. Così Cass., sez. un., n. 40963/2017, Andreucci, cit., p. 4310 e, in dottrina, A. TESTAGUZZA, *Il sequestro di dati*, cit., p. 1462 e G. TODARO, *Restituzione di bene sequestrato*, cit., p. 159.

dall'art. 254 c.p.p. e specialmente nel caso di grandi quantità di documenti. D'altronde, lo stesso *discrimen* tra cartaceo e digitale è in molti casi labile¹²⁸, come in tutte le ipotesi in cui il documento esista in entrambi i formati¹²⁹, e l'art. 258 c.p.p. disciplina espressamente la copia dei documenti e il sequestro di documenti contenuti in registri (equiparabili, in un certo senso, ai dati contenuti in ampi *database*)¹³⁰. Nonostante alcune differenze pratiche, le regole generali e i principi applicabili paiono essere gli stessi per i documenti fisici e digitali. Degna di nota, in questo senso, una sentenza della Cassazione in cui si è annullata con rinvio, data la motivazione meramente apparente, un'ordinanza di riesame che confermava un decreto di sequestro di una massa indiscriminata di documentazione contenuta in numerosissime cartelle rinvenute nei locali di un'impresa, riguardanti anche dati strettamente contabili dell'azienda e i rapporti con i dipendenti, già appresi dalla guardia di finanza¹³¹.

Secondo una ulteriore direttrice, che si vedrà meglio poi, si dovrebbe uniformare il più possibile la disciplina del sequestro dei dati (art. 254-*bis* c.p.p.) con quella della loro acquisizione dai gestori delle comunicazioni (art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. codice *privacy*): l'aggressione al diritto alla riservatezza pare equiparabile¹³².

Nel settore considerato, in conclusione, la proporzionalità è impiegata estensivamente dalla giurisprudenza a tutela dei diritti individuali e pare porsi sempre più come principio generale, benché dallo statuto ancora particolarmente incerto. Di sicuro si è mostrata ancora una volta l'attitudine del canone *de quo* a espandersi oltre i confini in cui è esplicitamente posto.

¹²⁸ Sulle varie possibilità ermeneutiche per distinguere il "sequestro d'informazione" da altri istituti oltre il contesto del sequestro informatico, v. L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori*, cit., p. 20 ss.

¹²⁹ Al riguardo, v. M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, 2017, pp. 25-26.

¹³⁰ Sul punto v. Cass., n. 24617/2015, cit., p. 289 e, in dottrina, L. ALGERI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 853.

¹³¹ Cass., sez. VI, 26 settembre 2019, n. 43556, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 662, con nota di L. NULLO, *Sequestro probatorio di materiale documentativo*, cit. In conclusione, si richiede ai giudici del rinvio di «chiarire (...) per quale (...) documentazione possa dirsi soddisfatta l'esigenza di proporzionalità tra il contenuto del provvedimento ablativo ed i bisogni di accertamento dei fatti oggetto delle indagini» (*ibidem*).

¹³² V. paragrafo 4.2.5 del presente capitolo.

4. La proporzionalità e la tutela della vita privata

La necessità di un test di proporzionalità è avvertita massimamente con riguardo ai casi di contrasto tra accertamento dei reati e tutela della sfera privata individuale. Le moderne tecnologie hanno ampliato notevolmente le opportunità investigative e, con esse, i casi di lesione della riservatezza. In questo campo, se una volta era possibile limitarsi a esaminare la frizione tra le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni con il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost., occorre oggi ampliare lo sguardo. La raccolta di dati personali, la loro conservazione e la loro gestione coinvolgono diritti non sempre facili da identificare, anch'essi in evoluzione assieme alla società di cui sono espressione e, appunto, ai mezzi investigativi.

Sicché, è ormai semplicistico fare riferimento esclusivamente alla libertà e segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost.

In generale, è il diritto alla *privacy*, inteso anche come diritto alla protezione dei dati di carattere personale che riguardano un individuo (art. 8 paragrafo 1 CDFUE¹³³) a essere compresso da tali misure. Il diritto al rispetto della «vita privata»¹³⁴ rientra ormai a pieno titolo fra i diritti fondamentali della persona ben al di là dei confini segnati dagli articoli 14 e 15 Cost. Da molto tempo la Corte costituzionale annovera il diritto alla riservatezza¹³⁵ tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.¹³⁶ e una sua protezione è espressamente sancita, oltre che dall'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dall'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dal già citato art. 8 CDFUE, dall'art. 8 CEDU e dall'art. 7 CDFUE.

¹³³ Nell'ordinamento italiano una previsione analoga è rintracciabile in una fonte di rango ordinario come l'art. 1 codice *privacy*, in cui si afferma che «chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali».

¹³⁴ L'espressione risale a F. CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 3 ss.

¹³⁵ Vi è spesso la tendenza a riferirsi in modo indifferenziato al diritto alla vita privata (o *privacy*) e quello alla riservatezza. In realtà quest'ultimo rientra nella più ampia nozione di *privacy*, «esprimendo la pretesa alla non divulgazione di informazioni inerenti alla sfera personale» (E. ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 917).

¹³⁶ Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, p. 362. Per un commento alla sentenza, oltre che per un quadro completo sulla giurisprudenza della Corte costituzionale inerente alla riservatezza ed ai suoi possibili referenti costituzionali, v. F. MORELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana tra diritto alla riservatezza e potere di controllo sulle informazioni personali*, in AA.VV., *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. NEGRI, Aracne, 2007, p. 33 ss.

Per effetto dei recenti sviluppi tecnologici, che hanno moltiplicato le occasioni di diffusione di informazioni inerenti alla vita privata e le tecniche investigative integranti un'intrusione nella stessa, il diritto *de quo* ha trovato declinazioni ben più ampie di quella originaria. Legandosi alla tutela della dignità della persona, esso non corrisponde più esclusivamente al *right to be let alone* elaborato da Warren - Brandeis¹³⁷, ma ingloba il diritto alla sovranità da parte dell'individuo sui propri dati personali¹³⁸. Ragiona in questi termini la Corte costituzionale tedesca, che già nel 1983 ha individuato il diritto all'"autodeterminazione informativa" come prerogativa inviolabile dell'individuo¹³⁹ e successivamente ha riconosciuto l'esistenza di un nuovo diritto costituzionale "alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici", inteso come "diritto alla dignità" dell'individuo-utente¹⁴⁰. A dire il vero, ragiona in modo simile anche la nostra Corte costituzionale, che ha comunque ribadito di recente il rango di diritto inviolabile del diritto alla riservatezza, collegando l'art. 15 Cost. con l'art. 2 Cost.¹⁴¹. Tuttavia nel nostro paese non si è proceduto a una corretta traduzione nella materia processuale penale di tale postulato¹⁴². Al contrario, paiono di particolare pregio le indicazioni da seguire, ai fini del rispetto del principio di proporzionalità in materia, fornite dalla Corte costituzionale tedesca con sentenza del 20 aprile 2016, tra cui spicca la necessità che il nucleo

¹³⁷ S.D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 15 dicembre 1890, n. 5, p. 193 ss.

¹³⁸ Così M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Giuffrè, 2020, pp. 11-12.

¹³⁹ BVerfG, 15 dicembre 1983, BVerfGE 65, 1, c.d. *Volkszählungsurteil*. Per un approfondimento della sentenza in relazione al tema oggetto del presente lavoro, v. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, pp. 1153-1154.

¹⁴⁰ In questo senso F. DITARANTO - R. RUGGIERI - V. CUPELLI, *Nuove tecniche d'investigazione nell'era digitale: il "malware" di Stato*, in *Cyberspazio e diritto*, 2017, p. 151, ove si fa riferimento alla sentenza BVerfG, 27 febbraio 2008, BVerfGE 120, 274, in www.bundesverfassungsgericht.de, annotata da R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona*, in Riv. trim. dir. pen. economia, 2009, p. 695 ss.; ID., *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, p. 359 ss. La stessa Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca fornisce una chiara definizione del diritto alla riservatezza quale «libertà dell'individuo di determinare in perfetta autonomia le modalità di costruzione della propria sfera privata, comprese le singole informazioni che andranno a comporla» (BVerfG, 15 dicembre 1983, BVerfGE 65, 1).

¹⁴¹ Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, in Cass. pen., 2009, p. 4655, con nota di F. SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni "illegali" rende indispensabile il "ritorno" al legislatore*.

¹⁴² Si tornerà sul punto nel paragrafo 4.1.1 del presente capitolo.

fondamentale della vita privata sia rigorosamente preservato tramite norme particolari che innalzino il livello di garanzia¹⁴³.

Pare affiorare, insomma, un nuovo diritto fondamentale, che tutela la sfera intima dell'individuo da indebite intrusioni, ma che garantisce altresì, in senso attivo e dinamico, la possibilità di sviluppare la propria personalità tanto nel mondo reale quanto in quello virtuale potendo fare affidamento su una "ragionevole aspettativa di privacy"¹⁴⁴ che va ben oltre quella del domicilio e delle relazioni interpersonali più strette¹⁴⁵.

Valga in ogni caso il solenne monito del Parlamento europeo che, riguardo alle ingerenze finalizzate alla preservazione dell'ordine pubblico, ha affermato che «il punto di vista secondo cui l'intercettazione di tutte le comunicazioni rappresenterebbe la miglior

¹⁴³ BVerfG, 20 aprile 2016, BVerfGE 141, 220, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016, con nota di A. VENEGONI - L. GIORDANO, *La corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*.

¹⁴⁴ Questo il parametro impiegato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, di cui si riporteranno alcune fondamentali pronunce nel paragrafo 4.1.2 del presente capitolo. Un'eco di tale concetto si rintraccia anche in Corte di Giustizia, *SpaceNet AG*, cit., § 54; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5 aprile 2022, *G.D. c. The Commissioner of the Garda Síochána e altri*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 2346, con nota di F. IOVENE, *Nuova decisione della Corte di Giustizia in materia di tabulati: quali conseguenze per l'ordinamento nazionale?* (su cui v. anche A. CHELO, *Tabula rasa sui tabulati? Riflessioni a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, ivi, p. 3268 ss.; A. CISTERNA, *Data retention: la lotta ai crimini gravi non giustifica la conservazione generalizzata dei dati*, in *Guida dir.*, 2022, n. 15, p. 16 ss.; L. FILIPPI, *La corte di Lussemburgo ribadisce lo stop ai tabulati: una fine annunciata*, in *Penaledp*, 14 aprile 2022; G. SPANGHER, *Data retention: non basta un restyling ora serve una vera riforma organica*, in *Guida dir.*, 2022, n. 17, p. 12 ss.); Corte di Giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e altri c. Premier ministre e altri*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 185 (a commento v. G. FORMICI, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE*, 2021, p. 1361 ss.; M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, n. 1, p. 93 ss.; M. ZALNIERIUTE, *The Future of Data Retention Regimes and National Security in the EU after the Quadrature Du Net and Privacy International Judgments*, in *Asil*, 5 novembre 2020, n. 28), per cui «gli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica hanno il diritto di attendersi, in linea di principio, che le loro comunicazioni e i dati a queste correlati, in mancanza del loro consenso, rimangano anonimi e non possano essere registrati».

¹⁴⁵ Vi è chi ha persino parlato di «un diritto al rispetto della "vita sociale privata" dell'individuo»: così F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Cedam - Wolters Kluwer, 2020, pp. 52-53, che cita Corte Edu, 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, in M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. 2, Giuffrè, 2006, p. 158. Commentando la medesima pronuncia, anche A. SCARCELLA, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni relative a soggetti i cui procedimenti penali non abbiano trovato sviluppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 758 rileva come la Corte sembri individuare una «tutela della proiezione dell'individuo nella sfera sociale».

protezione contro la criminalità organizzata sarebbe contrario all'art. 8 C.e.d.u. anche se fosse ammesso dalla legislazione statale» posto che «un sistema dei servizi d'informazione che captasse qualsiasi comunicazione costituirebbe comunque una violazione del principio di proporzionalità»¹⁴⁶.

In altri termini, il Parlamento europeo dimostra di non accedere alla visione tendente a fornire autonomo rilievo al diritto di sicurezza, la cui enunciazione al fianco del diritto di libertà all'interno dell'art. 5 CEDU e dell'art. 6 CDFUE sta invece solo a rafforzare quest'ultimo¹⁴⁷. Come detto, il principio di proporzione postula la prevalenza dei diritti individuali quale punto di partenza¹⁴⁸. Proprio da ciò discende che, anche ammettendo l'utilità di un pervasivo sistema di sorveglianza volto a garantire la sicurezza collettiva, esso sarebbe egualmente illegittimo.

4.1. La proporzionalità delle intercettazioni rispetto allo scopo: il quadro normativo interno

In Italia, per lungo tempo, la proporzionalità nel campo delle intrusioni nella sfera privata individuale, a livello tanto legislativo quanto giurisprudenziale, emergeva per lo più nell'individuazione dei presupposti al ricorrere dei quali sia legittima l'autorizzazione delle intercettazioni. In tal modo, è rimasta in ombra, e in buona parte continua ad esserlo, la tutela della vita privata, che spesso non è tenuta in debito conto dagli organi investigativi e giudiziari e neppure è tutelata tramite effettive garanzie di segretezza dei dati raccolti prima del loro ingresso nel procedimento, nonché dei dati giudicati irrilevanti¹⁴⁹. Completamente insoddisfacente era altresì, sino a tempi recentissimi, la disciplina relativa all'acquisizione dei tabulati telefonici. Come si vedrà successivamente, lo scenario adesso è cambiato¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Parlamento europeo, 16 settembre 1998, dichiarazione ufficiale sulle relazioni transatlantiche - Sessione plenaria, parte II, B4-0803, 0805, 0806 e 0809/98. Citazione riportata da A. GAITO - S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 313.

¹⁴⁷ V. *retro*, paragrafo 1 del presente capitolo.

¹⁴⁸ V. *retro*, paragrafo 1 del presente capitolo.

¹⁴⁹ Così si esprime, condivisibilmente, M. TORRE, *Privacy*, cit., pp. 57-58: «all'interno del codice di rito penale, la *privacy* non ha mai goduto di un posto di riguardo: il diritto alla protezione dei dati personali (...) è risultato sistematicamente soccombente rispetto alle esigenze proprie dell'accertamento investigativo-processuale».

¹⁵⁰ V. paragrafo 4.2 del presente capitolo.

Sembra però opportuno prendere le mosse dalle disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche, in cui si rinvergono giudizi di proporzione sin dall'entrata in vigore del codice di procedura penale.

In via di premessa, occorre considerare come la materia delle intercettazioni fosse stata oggetto di penetrante riforma da parte del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, adottato in attuazione della delega contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Il decreto è stato poi modificato in modo significativo - per lo più nel senso di un "ritorno al passato" rispetto a una normativa entrata in vigore ma che di fatto non è mai stata applicabile - dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con modificazioni ad opera della legge 28 febbraio 2020, n. 7. La nuova disciplina è destinata a convivere ancora per svariati anni con quella precedente (sempre *ante* d.lgs. n. 216/2017), in quanto trova applicazione in riferimento ai procedimenti iscritti successivamente al 31 agosto 2020¹⁵¹, laddove nei procedimenti iscritti anteriormente a tale data si dovrà continuare a osservare le "vecchie" disposizioni.

Come visto per la materia cautelare, anche per l'adozione del mezzo di ricerca della prova in esame è innanzitutto il legislatore, a monte, a dettare una disciplina ispirata al principio di proporzionalità. Nello specifico, esso si esplica chiaramente nella tassativa selezione di reati per l'accertamento dei quali è consentito disporre intercettazioni di conversazioni o comunicazioni *ex art.* 266 c.p.p.

Peraltro, piuttosto che sindacare le scelte legislative in ordine alla individuazione di tali fattispecie di reato, riconducibile alla proporzionalità della pena di cui all'art. 49 CDFUE, interessa verificare quali spazi siano lasciati alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria e in che modo il principio di proporzionalità interagisca con essi.

L'art. 267 c.p.p. afferma che il giudice per le indagini preliminari concede al pubblico ministero l'autorizzazione a disporre le intercettazioni con decreto motivato

¹⁵¹ Il d.l. n. 161/2019 prevedeva l'applicabilità della nuova disciplina ai procedimenti iscritti dopo il 30 aprile 2020 ma il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito nella legge 25 giugno 2020, n. 70, l'ha ulteriormente prorogata alla già indicata data del 31 agosto 2020, con la sola eccezione della norma che statuisce che «con decreto del Ministro della giustizia, adottato previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, sono stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici» (art. 2 comma 6 d.l. n. 161/2019). Tale normativa è stata ormai rimaneggiata in modo tale da ricondurla a schemi più vicini a quelli della disciplina "previgente".

«quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini»¹⁵².

La prima valutazione è strettamente connessa allo sviluppo delle indagini e si riferisce alla necessaria sussistenza di un *fumus* circa la commissione del reato, senza necessità però che sia già stato individuato il possibile autore dello stesso¹⁵³.

Con la seconda, il legislatore sembra considerare l'importanza dei beni coinvolti nel richiedere che non sia sufficiente, per poter eseguire delle intercettazioni, che il procedimento abbia ad oggetto uno dei reati indicati nell'art. 266 c.p.p. e neppure che sussistano gravi indizi di reato, ma che sia necessario che il giudice verifichi in concreto la proporzionalità delle operazioni rispetto alla prosecuzione delle indagini. Il canone dell'assoluta necessità esprime inequivocabilmente la residualità dello strumento¹⁵⁴, a cui, a parità di risultato, devono essere preferiti altri mezzi investigativi meno intrusivi¹⁵⁵ (*id est*, soprattutto, non occulti). Meno chiaro, invece, se si pretenda altresì una prognosi circa il concreto esito positivo delle operazioni per le indagini. Taluno lo ipotizza¹⁵⁶ ma la norma non pare richiederlo¹⁵⁷, né tantomeno dovrebbe esigerlo il paradigma della proporzionalità. Esso, infatti, instaura un rapporto tra misura e suo risultato soprattutto nella fase dell'idoneità, che però si arresta ad un piano astratto, ossia alla possibilità che tramite certe misure si possa contribuire al raggiungimento di un certo fine. Coglie nel segno, quindi, chi rileva come, a richiedere una simile previsione, si produrrebbe il paradossale effetto di ritenere consentite intercettazioni di delinquenti alle prime armi e non di criminali

¹⁵² Diversa la valutazione nei peculiari casi previsti dagli articoli 295, commi 3 e 3-bis c.p.p., di semplice necessità per «agevolare le ricerche del latitante».

¹⁵³ Così, tra i tanti, V. GREVI - G. ILLUMINATI, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 369; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1160. V. anche V. GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3346, alla cui nota 5 si rinvia per la giurisprudenza, ormai pacifica, a supporto dell'interpretazione riportata nel testo.

¹⁵⁴ Così, tra i tanti, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 77 e V. GREVI, *Sul necessario collegamento*, cit., p. 3349, il quale richiama G. GIOSTRA, *Intercettazioni tra indagini e privacy*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 31, p. 98. Chiaro il parallelismo con la residualità della custodia cautelare rispetto alle altre misure.

¹⁵⁵ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo*, cit., pp. 76 e 78.

¹⁵⁶ P. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 7, 1993, p. 189; V. MUSACCHIO, *Brevi note sulla funzionalità delle intercettazioni nel nuovo codice di procedura penale*, in *Nuovo dir.*, 1995, n. 4, p. 251; C. PARODI, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, Giappichelli, 2002, p. 83. C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 102 rileva come anche la citata Corte cost., n. 34/1973, p. 11, sembrerebbe avallare una simile interpretazione.

¹⁵⁷ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo*, cit., pp. 78.

“smaliziati”, attenti a quello che dicono al telefono¹⁵⁸: la prognosi circa il risultato del mezzo investigativo va svolta in astratto, non in concreto, sicché anche nel caso del criminale “smaliziato”, astrattamente, l’operazione è idonea a raggiungere il risultato investigativo. Altro è la sua necessità, per cui la misura deve essere la meno intrusiva tra quelle a disposizione per raggiungere il risultato; altro ancora è la sua proporzionalità in senso stretto, che impone di non comprimere i diritti in modo eccessivo, tenuto conto dell’obiettivo perseguito, inteso come risultato ottenuto in caso di successo della misura.

L’assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, dunque, dovrebbe essere valutata impiegando il triplice giudizio di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto dell’intercettazione autorizzata, che dovrebbe poi risultare dalla motivazione del decreto¹⁵⁹. Lo stesso dovrebbe valere per i casi urgenti *ex art. 267* comma 2 c.p.p., in cui è il pubblico ministero a disporre le intercettazioni con decreto motivato da comunicare «immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice», il quale entro quarantotto ore dal provvedimento «decide sulla convalida con decreto motivato» (art. 267 comma 2 c.p.p.). Sarebbe opportuno insomma che nei decreti tanto del giudice per le indagini preliminari quanto del pubblico ministero, entrambi motivati per espressa richiesta legislativa, fosse contenuta una giustificazione circa la proporzionalità delle operazioni rispettivamente disposte ed autorizzate, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti. Allo stesso modo, sarebbe importante valorizzare la motivazione del giudice in ordine alla permanenza dei presupposti ove intenda prorogare lo svolgimento delle operazioni allo scadere dei quindici giorni individuati dall’art. 267 comma 3 c.p.p. quale limite massimo di scadenza delle stesse disposte con decreto del pubblico ministero. La giurisprudenza, mentre richiede una motivazione specifica e approfondita per il provvedimento autorizzativo delle intercettazioni, arriva persino ad affermare che il decreto di proroga possa non essere motivato¹⁶⁰.

Alla normativa ordinaria si affianca, secondo la logica c.d. del doppio binario, la disciplina derogatoria contenuta nel d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (convertito con

¹⁵⁸ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo*, cit., pp. 79.

¹⁵⁹ V., per tutte, Cass., sez. V, 17 novembre 2016, n. 1407, in *C.e.d. Cass.*, n. 268900 e Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12722, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3341 ss., con nota di V. GREVI, *Sul necessario collegamento*, cit., su cui v. anche F. GALLUZZO, *Spunti di riflessione in tema di intercettazioni: motivazione, indicazione degli atti viziati, interesse ad impugnare*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3141 ss.

¹⁶⁰ Cass., sez. I, 20 dicembre 2004, n. 2612, in *C.e.d. Cass.*, n. 230453.

modificazioni nella legge 12 luglio 1991, n. 203) in relazione a non meglio precisati delitti «di criminalità organizzata» (art. 13 comma 1 d.l. n. 152/1991), oltre che ad altri gravi reati¹⁶¹. Rispetto ad essi, e ora - ex art. 6 comma 1 d.lgs. n. 216/2017 (unica norma processuale del decreto entrata in vigore e già applicabile) - anche rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni¹⁶², ci si accontenta, quali presupposti applicativi, di «sufficienti» indizi di reità e di “necessarietà” per lo «svolgimento delle indagini» (art. 13 comma 1 d.l. n. 152/1991). Non sembra potersi individuare una sensibile differenza tra i «sufficienti» ed i «gravi» indizi di reato richiesti gli uni dall’art. 13 comma 1 d.l. n. 152/1991, gli altri dall’art. 267 comma 1 c.p.p. Di dubbia efficacia precettiva appare anche la differenziazione tra necessità per lo svolgimento delle indagini ed indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini ordinariamente richiesta. È chiaro però l’effetto psicologico che la diversa terminologia comporta, sollecitando «di fatto gli operatori a non essere troppo rigorosi nella valutazione dei requisiti»¹⁶³. È indubbia la volontà, proprio in un’ottica di proporzione, di lasciare un margine di discrezionalità più ampio all’autorità giudiziaria in procedimenti per reati di particolare allarme sociale, per l’accertamento dei quali le intercettazioni vengono ritenute un mezzo investigativo decisivo. Inoltre, la durata dell’autorizzazione a disporre le intercettazioni è fissata nel termine di quaranta giorni, prorogabili per periodi successivi di venti giorni.

¹⁶¹ Si tratta del delitto di minaccia col telefono, dei delitti di cui agli articoli 270-ter, 280-bis, 600-604 c.p. e di quelli indicati all’articolo 3 legge 20 febbraio 1958, n. 75 ed all’art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p.

¹⁶² Pare irragionevole l’equiparazione tra autori di delitti contro la pubblica amministrazione e soggetti affiliati alla criminalità organizzata. Le due classi di reati sembrano infatti eterogenee, tanto per gravità quanto per caratteristiche. Così V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d’autore” e derive emergenziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2020, pp. 1011-1012, che richiama anche R. CANTONE - E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, 2018, p. 65. Sul punto, si rinvia alla diffusa analisi di G. DI VETTA, *L’assimilazione tra corruzione e criminalità organizzata nel declino della categoria del white-collar crime*, in Studi sulla questione criminale, 2020, n. 3, p. 31 ss. È pur vero, tuttavia, che anche per l’accertamento di tali reati, la regola della «eguale incriminabilità dei partecipi all’accordo criminoso costituisce per le inchieste penali uno schermo assai difficilmente penetrabile senza violare la segretezza delle comunicazioni» (P. BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in AA.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. GIOSTRA - R. ORLANDI, Giappichelli, 2018, p. 255).

¹⁶³ G. ILLUMINATI, *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni? Forum con Leonardo Filippi, Giulio Illuminati, Guglielmo Leo, Pasquale Profiti*, a cura di A. CAPUTO, in Quest. giust., 2006, p. 1212.

Oltre alle tipiche intercettazioni di conversazioni telefoniche, il codice regola anche quelle «tra presenti» (art. 266 comma 2 c.p.p., c.d. intercettazioni ambientali), adottabili al ricorrere dei medesimi presupposti delle prime, ma eseguibili nel domicilio solo qualora vi sia fondato motivo di ritenere che in esso sia in corso lo svolgimento dell'attività criminosa. Anche in questo caso, l'art. 13 d.l. n. 152/1991 istituisce un doppio binario normativo per i delitti «di criminalità organizzata», consentendo tali intercettazioni anche nel domicilio pur in assenza di tale fondamentale presupposto. La *ratio* della legge sembra rispondere a una presunzione assoluta di continuità della condotta criminosa¹⁶⁴.

Strettamente connessa alla necessità di definire e motivare rigorosamente i presupposti giustificanti le intercettazioni è la delimitazione dei confini di utilizzabilità in altri procedimenti degli elementi di prova raccolti. L'art. 270 comma 1 c.p.p. pone un generale divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni «in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti». Si evita così una trasmigrazione incontrollata di tali importanti risultati probatori in ogni procedimento penale. Non sono mancate ricostruzioni diverse della *ratio* della norma¹⁶⁵, tendenti a ravvisarla nella tutela della *privacy* rispetto a colloqui non pertinenti¹⁶⁶ o della segretezza di ogni forma di comunicazione¹⁶⁷ o ancora del diritto di difesa delle parti nel procedimento *ad quem*¹⁶⁸, ma si deve accogliere l'opinione maggioritaria, secondo cui essa risiede nel rispetto della riserva di giurisdizione posta dall'art. 15 Cost.¹⁶⁹. Sembra che il legislatore abbia inteso pretendere che ogni dato probatorio risultante da intercettazioni debba essere stato ottenuto sulla base di operazioni aventi un saldo fondamento in un provvedimento autorizzativo con specifica motivazione che le giustifichi in relazione al reato per cui si procede, onde evitare una sorta di

¹⁶⁴ Così R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 545.

¹⁶⁵ Sul punto v. D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede*, cit., p. 97 ss.

¹⁶⁶ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo*, cit., p. 273, rispetto a Corte cost, n. 34/1973, cit.

¹⁶⁷ D. POTETTI, *L'art. 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 786 ss.

¹⁶⁸ F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, p. 22 ss.

¹⁶⁹ Si vedano, tra i tanti, M.S. CHELO, *Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1419-1420; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997, pp. 182 ss.; M. LONGO, *L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 861 ss.; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 2001, p. 102 ss.

“autorizzazione in bianco”¹⁷⁰. E quindi, migrati in un diverso procedimento, essi potrebbero perdere tale legame ed il loro impiego potrebbe violare la citata riserva di giurisdizione di cui all’art. 15 Cost.

Ciò che in ultima istanza non pare più verificabile è proprio la proporzionalità del mezzo di ricerca della prova e conseguentemente del suo risultato: il procedimento *ad quem* mira all’accertamento «di nuovi reati di cui non si aveva contezza al momento dell’autorizzazione, e per ciò stesso sottratti alla valutazione dei gravi indizi e della indispensabilità dell’intercettazione, così come previsto dalla legge»¹⁷¹.

I primi problemi, oltre alle vecchie e nuove eccezioni alla regola di cui si tratterà a seguire, si pongono però in relazione alla nozione di “diverso procedimento”. Si può ormai considerare definitivamente superato il primo formalistico orientamento che, in pratica, considerava diverso il procedimento avente un differente numero di ruolo¹⁷². Si trattava di criterio selettivo ancorato a «fattori meramente casuali e non oggettivi»¹⁷³, essendo sufficiente una trattazione cumulativa dei procedimenti a rendere utilizzabili in entrambi le intercettazioni emerse in uno di essi. La giurisprudenza, in seguito a una recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, pare essersi assestata sulla utilizzabilità nel procedimento diverso solo qualora tra i procedimenti sussista una connessione secondo i parametri di cui all’art. 12 c.p.p.¹⁷⁴. La dottrina ha sempre spinto per un’interpretazione,

¹⁷⁰ Così Corte cost., n. 366/1991, cit., p. 3263. In dottrina, P. BALDUCCI, *Le garanzie delle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002, p. 174 ss. evidenzia come un controllo *ex ante* rappresenti una garanzia irrinunciabile, pena l’inutilizzabilità dei risultati acquisiti. V. anche E. APRILE - F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali*, Giuffrè, 2004, p. 196 ss. In senso contrario, v. A. PACE, *sub art. 15*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Articoli 13 - 20*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1977, p. 109 ss., il quale implicitamente esclude una violazione della riserva di giurisdizione per le ipotesi di inutilizzabilità processuale in generale.

¹⁷¹ G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., pp. 5-6. Nello stesso senso M.S. CHELO, *Intercettazioni telefoniche*, cit., pp. 1419-1420.

¹⁷² Si veda, ad esempio, Cass., sez. I, 23 giugno 1986, n. 10827, in *C.e.d. Cass.*, n. 173947, annotata da F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni*, cit., p. 19 ss. Con l’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 tale tesi è stata gradualmente superata.

¹⁷³ F. DELVECCHIO, *La “circolazione trasversale” delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 210, cui si rinvia anche per un ulteriore approfondimento dell’evoluzione della nozione in esame nella giurisprudenza di legittimità e in dottrina.

¹⁷⁴ Cass., sez. un., n. 51/2019, Cavallo, cit., p. 1891, in cui si enuncia il seguente principio di diritto: «il divieto di cui all’art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l’autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge».

più garantista e coerente con la menzionata *ratio* della disposizione in cui la locuzione è inserita, volta a considerare diverso un procedimento relativo a un reato non contemplato nel decreto autorizzativo. La recente presa di posizione della giurisprudenza sembra ancora collidere con una piena considerazione nel decreto autorizzativo del reato oggetto del “diverso procedimento” in cui i risultati delle intercettazioni vengono utilizzati. E tuttavia, non può che giudicarsi positivamente tale ultimo arresto del Supremo Collegio¹⁷⁵, essendo stato individuato un criterio comunque più restrittivo di quello in precedenza prevalente, secondo cui anche in presenza soltanto di indagini unitarie, connesse o collegate *ex art.* 371 c.p.p., si potevano utilizzare come prova i risultati delle intercettazioni nei procedimenti inerenti ai reati emersi durante le stesse¹⁷⁶. Al contrario, si deve ora correttamente ritenere che tali risultati possano essere utilizzati esclusivamente come *notitiae criminis* in relazione a reati diversi da quelli per cui le intercettazioni sono state disposte. Tale impostazione potrebbe contribuire altresì a scoraggiare quella “pigrizia investigativa” in cui altrimenti gli organi investigativi rischiano di incappare, ove sia loro concessa la possibilità di usare il mezzo delle intercettazioni come «una rete nella quale si spera che qualcosa resti impigliato»¹⁷⁷. Proprio una simile prassi può finire con l’ostacolare una più scrupolosa indagine, conducendo a un impianto accusatorio solo apparentemente solido, in quanto fondato su comunicazioni captate da cui è possibile ricavare «solo prove indiziarie, intrinsecamente equivocate e foriere di dubbi e cattive interpretazioni»¹⁷⁸.

Eppure la descritta impalcatura teorica potrebbe essere compromessa dalle già menzionate eccezioni all’operare della regola contenute nel medesimo art. 270 comma 1 c.p.p., per cui i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti se siano rilevanti¹⁷⁹ e indispensabili «per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e dei reati di cui

¹⁷⁵ In questo senso G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., p. 6.

¹⁷⁶ Cass., sez. II, 10 ottobre 2013, n. 3253/2020, Diotallevi, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 206, con nota di F. DELVECCHIO, *La “circolazione trasversale” delle intercettazioni*, cit.

¹⁷⁷ G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., p. 7. Analogamente, G. GIOSTRA, *Intercettazioni, il punto di equilibrio è l’interesse pubblico*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 settembre 2017, p. 2, al riguardo, parla di un utilizzo delle intercettazioni come una “rete a strascico”.

¹⁷⁸ G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., p. 7.

¹⁷⁹ Il canone della rilevanza è stato affiancato a quello dell’indispensabilità dalla citata legge n. 7/2020. Non sembra però possa aggiungere alcunché alla valutazione di indispensabilità. In questo senso, dopo aver ricostruito tutte le possibili interpretazioni dell’interpolazione, J. DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 7*, a cura di M. GIALUZ, in *Dir. internet*, suppl. al fasc. 3/2020, pp. 96-97.

all'articolo 266, comma 1». La prima deroga è presente nel testo sin dalla sua prima stesura e rappresenta un tipico caso eccezionale¹⁸⁰ - trattandosi di reati particolarmente gravi - accettabile anche in termini di proporzionalità. Ciò che preoccupa è invece l'inciso «e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1», aggiunto in sede di conversione del d.l. 161/2019 dalla legge 7/2020¹⁸¹. Una sua interpretazione letterale condurrebbe inevitabilmente a ritenere che sia stata aggiunta un'ulteriore eccezione all'operare del generale divieto, ogniqualvolta emergano reati per i quali le intercettazioni siano ammissibili ex art. 266 comma 1 c.p.p., con ciò abrogando in pratica il divieto di utilizzazione¹⁸². Si deve però auspicare che la giurisprudenza non disperda l'acquisizione garantista raggiunta non senza fatica dalle citate Sezioni unite e, sia pure forzando in parte il dato letterale, interpreti la norma come una (maldestra) trasposizione dell'orientamento secondo cui in ogni caso il reato oggetto del diverso procedimento in cui i risultati delle intercettazioni vengano utilizzati debba rientrare tra quelli per cui le stesse sono consentite ex art. 266 c.p.p.¹⁸³. Altrimenti (e sarebbe forse la soluzione più corretta), non resterebbe che attendere la proposizione di una questione di costituzionalità, atteso che l'interpretazione letterale della disposizione pare porsi in contrasto con l'art. 15 Cost. secondo la ricostruzione fornita da giurisprudenza e dottrina¹⁸⁴.

¹⁸⁰ G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., p. 4.

¹⁸¹ Giova ricordare nuovamente come la novità normativa è applicabile solo in relazione ai procedimenti iscritti successivamente al 31 agosto 2020, in forza del d.l. n. 28/2020, convertito nella legge n. 70/2020.

¹⁸² Aderisce, condividendola anche nel merito e sottolineando il superamento della posizione espressa dalle Sezioni unite n. 51/2019, Cavallo, cit., a tale interpretazione D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020, p. 10 ss. In senso critico, invece, v. F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in *Sist. pen.*, 5/2020, p. 240, nota come ci si trovi di fronte a «un evidente overruling legislativo rispetto al *dictum* delle Sezioni unite».

¹⁸³ Su tale orientamento, v. Cass., sez. un., n. 51/2019, Cavallo, cit., p. 1886, nonché G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., pp. 6-7. Intanto, la Cassazione ha ribadito il principio espresso dalle citate Sezioni unite, solo per il passato però, senza cioè confrontarsi con l'intervenuta modifica normativa: v. Cass., sez. VI, 20 gennaio 2021, n. 23148, in *Sist. pen.*, 10 settembre 2021, § 7.3, con nota di D. ALBANESE, *La Cassazione chiarisce la portata del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite "Cavallo": nessun limite all'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in caso di riqualificazione giuridica del fatto oggetto di autorizzazione*. Per l'interpretazione correttiva proposta nel testo, v. K. NATALI, *Sezioni unite e "legge Bonafede"*, cit., p. 1912 ss.

¹⁸⁴ F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni*, cit., p. 244 richiama specificamente la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 366 del 1991. Secondo l'Autore sarebbero altresì prospettabili profili di incostituzionalità in relazione all'art. 3 Cost., fondati sull'irragionevolezza dell'equiparazione fra reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza e reati di cui all'art. 266

La proporzionalità sembra dunque ergersi a vera *ratio* fondante gran parte della disciplina in tema di intercettazioni, poiché l'esigenza di definizione rigorosa dei presupposti, differenziati a seconda della gravità del reato perseguito, al ricorrere dei quali si possano adottare certi mezzi investigativi dipende proprio dalla necessità che si possa risalire a un giudizio di proporzione degli stessi rispetto alla finalità perseguita e al contesto procedimentale e sostanziale in cui sono inseriti. Anche la giurisprudenza, tradizionalmente incline a far prevalere le esigenze della repressione e dell'accertamento dei reati, inizia a modificare i propri orientamenti in senso più garantista.

Maggiori problemi si pongono quando si passa ad esaminare la tutela accordata alla riservatezza una volta avvenute le intercettazioni, e nell'impiego dei c.d. captatori informatici.

4.1.1. Il nodo della tutela della riservatezza dopo l'autorizzazione delle intercettazioni: la selezione delle conversazioni e comunicazioni captate

Le garanzie poste a presidio della segretezza delle registrazioni e dei verbali prima dell'acquisizione al fascicolo di indagine (o prima che vengano «comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari», secondo l'attuale disposto dell'art. 269 comma 1 c.p.p.), ma anche le salvaguardie contro indebite divulgazioni di dati processualmente irrilevanti e le modalità di selezione del materiale rilevante non sono neutre in quanto a tutela dei diritti coinvolti. Al contrario, agevoli «fughe di notizie» nel corso del procedimento e un ingresso indiscriminato nel processo di tutti i dati raccolti andrebbero a ledere molteplici interessi.

Particolarmente avvertita è l'esigenza di tutela della *privacy* dell'imputato e dei terzi eventualmente coinvolti nelle intercettazioni: rendere pubblici elementi della loro vita privata non necessari per l'accertamento penale viola radicalmente il loro diritto. Sul versante opposto, si colloca il diritto di cronaca, che postula la possibilità per i giornalisti e quindi per l'opinione pubblica di accedere a determinate informazioni. Inoltre, la stessa efficacia del mezzo probatorio potrebbe risultare compromessa dall'assenza di chiari criteri selettivi. Può accadere infatti che l'enorme mole di dati raccolti, spesso già

c.p.p. ai fini dell'operare dell'eccezione alla regola dell'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in un procedimento diverso. V. anche J. DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione*, cit., pp. 98-99, a cui si rinvia per un approfondimento delle varie opinioni espresse in dottrina sulla novità normativa.

intrinsecamente ambigui¹⁸⁵, non conduca ad utili risultati investigativi proprio a causa della sua sovrabbondanza, che appesantisce i processi, dilatandone la durata e rendendo arduo individuare gli elementi davvero rilevanti. Difficoltà quest'ultima ben nota ai difensori, per i quali è spesso complesso consultare proficuamente tutti gli atti depositati, con conseguente lesione del diritto di difesa.

Con il d.lgs. n. 216/2017 si cercava di operare a monte, nella dichiarata intenzione di garantire uno «speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni (...) non rilevanti a fini di giustizia penale» (art. 1 comma 84 lett. a) legge n. 103/2017). Al di là delle pur legittime critiche rivolte alla riforma del 2017¹⁸⁶, è innegabile che andasse a colmare un *deficit* che caratterizzava la normativa sulle intercettazioni sin dalla sua genesi, ossia la mancanza di disposizioni e meccanismi procedurali direttamente miranti alla tutela della riservatezza¹⁸⁷.

Innanzitutto, si instaurava un triplice filtro sul materiale investigativo da inserire nel fascicolo delle indagini¹⁸⁸: in prima battuta gli ufficiali di polizia giudiziaria avrebbero dovuto astenersi dal trascrivere nei c.d. brogliacci d'ascolto le conversazioni e comunicazioni «irrilevanti ai fini delle indagini»¹⁸⁹ o relative a «dati personali definiti sensibili dalla legge» (art. 268 comma 2-bis c.p.p.), inviando un'annotazione riguardo a tali parti al pubblico ministero, al quale si assegnava il potere di disporre il recupero delle stesse; in seconda battuta il pubblico ministero avrebbe dovuto formulare le richieste di acquisizione al giudice in relazione alle sole comunicazioni o conversazioni «rilevanti ai fini di prova» (art. 268-bis comma 1 c.p.p., richiamato dall'art. 268-ter comma 2 c.p.p.);

¹⁸⁵ G. ILLUMINATI, *Quale riforma*, cit., p. 1212.

¹⁸⁶ Si rinvia a due opere di commento, sovente in senso critico, alla riforma Orlando: AA.VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. MAZZA, Giappichelli, 2018; AA.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit.

¹⁸⁷ Rilevava, tra i tanti, tale aspetto della disciplina delle intercettazioni pre-riforma del 2017 G. ILLUMINATI, *Quale riforma*, cit., pp. 1220-1221. Si veda altresì C. GABRIELLI, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni rilevanti*, in AA.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., pp. 3-4.

¹⁸⁸ F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1395, parla di «distillazione del materiale rilevante», che avrebbe avuto luogo in «tre successive cernite».

¹⁸⁹ Proprio sul potere della polizia giudiziaria di selezionare le conversazioni secondo tale canone si appuntava una delle critiche più convincenti avanzate in dottrina. Si segnalava, cioè, la preoccupazione che la polizia giudiziaria potesse svolgere valutazioni inerenti all'impatto della prova sulla decisione, con il rischio che il parametro della rilevanza virasse «verso una pericolosa coerenza con l'ipotesi investigativa» (F. MORELLI, *Il nuovo volto delle intercettazioni: procedimento selettivo e riservatezza dei dialoghi intercettati*, in AA.VV., *Dai decreti attuativi della legge "Orlando"*, cit., p. 113).

infine, il giudice avrebbe disposto con ordinanza l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, scartando quelle «manifestamente irrilevanti» e ordinando lo stralcio di quelle di cui fosse «vietata l'utilizzazione» (art. 268-*quater* comma 1 c.p.p.). Non solo: la tutela della riservatezza veniva perseguita altresì attraverso una significativa estensione dell'obbligo di mantenere segrete le comunicazioni intercettate. Si specificava infatti chiaramente, agli articoli 268-*quater* comma 3 c.p.p. e 269 comma 1-*bis* c.p.p., come esclusivamente con la menzionata ordinanza venisse meno il segreto sul materiale captato¹⁹⁰. Segreto che altrettanto chiaramente (art. 269 comma 1 c.p.p.) avrebbe continuato a coprire anche il materiale scartato, custodito presso il nuovo archivio «riservato» (art. 89-*bis* disp. att. c.p.p.) del pubblico ministero.

Gli articoli 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p. sono stati abrogati dal d.l. n. 161/2019 e l'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. dispone ora che «il pubblico ministero dà indicazione e vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini». Non si può fare a meno di sottolineare l'alto rischio di scarsa effettività della nuova previsione¹⁹¹, contenente per di più un'ampia clausola di salvezza fondata sulla mera rilevanza ai fini delle indagini, a fronte invece di una normativa che, seppur perfettibile e criticata da autorevolissima dottrina¹⁹², rappresentava comunque un buon esempio dell'utilizzo di strumenti processuali al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità¹⁹³. Ancora, la

¹⁹⁰ Rimarca la maggiore chiarezza sul punto della disciplina proposta dalla riforma Orlando rispetto a quella attualmente vigente F. CAPRIOLI, *Intercettazioni e tutela della privacy nella cornice costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1152.

¹⁹¹ Per un approfondimento di tale aspetto si rinvia a M. MIRAGLIA, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei "brogliacci di ascolto"*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020*, n. 7, cit., p. 16 ss.

¹⁹² Tra i tanti, v. G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 537, definiva il meccanismo descritto quale un «macchinoso carteggio». Ancora G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017, p. 33, parlava di «meccanismo farraginoso» e «complicato per tutti i protagonisti». Mostra di condividere tali posizioni, sposando nella sostanza la direzione presa con la riforma successiva, M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020*, n. 7, cit., p. 72. Molto meno critico nei confronti dell'assetto delineato dalla riforma Orlando invece P. RIVELLO, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 55 ss.

¹⁹³ In senso contrario, è stato affermato che non vi sarebbe necessità di vincoli procedurali al fine di tutelare la riservatezza nella materia in esame, ma di «una riforma diretta a sanzionare con

norma attuale tutela esclusivamente i dati “sensibili”, non anche quelli irrilevanti ai fini delle indagini, che ben potrebbero continuare a entrare nei verbali¹⁹⁴.

La procedura di selezione segue oggi due strade, l’una alternativa rispetto all’altra. Se (caso rarissimo nella prassi) l’organo inquirente deposita i risultati delle intercettazioni prima della conclusione delle indagini, ha luogo la (riesumata) udienza c.d. di stralcio¹⁹⁵, al termine della quale il giudice procede ad espungere il materiale “irrilevante”¹⁹⁶ (art. 268 comma 6 c.p.p.). Se invece, come avviene nella pressoché totalità dei casi¹⁹⁷, si proceda al deposito al termine delle indagini, allora si devono avvisare il difensore e la persona sottoposta alle indagini ex art. 415-bis comma 2-bis c.p.p. della facoltà di esaminare gli atti depositati e di estrarne copia. Il difensore può quindi presentare un’istanza per l’acquisizione delle ulteriori registrazioni che reputa rilevanti e di cui chiede copia. Destinatario di tale richiesta è ancora il pubblico ministero, che emanerà decreto motivato.

maggiore efficacia deterrente le condotte di chi viola i vincoli processuali di segretezza e riservatezza», a fronte di un procedimento penale che dovrebbe preoccuparsi esclusivamente di garantire al meglio il diritto di difesa (F.R. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 52). L’efficacia deterrente di pesanti sanzioni penali, per quanto sempre tutta da dimostrare, potrebbe in effetti risultare utile, così come è innegabile la centralità del diritto di difesa nel diritto processuale. Ma una simile visione pare non tenga in debito conto l’importanza della proporzionalità nel procedimento penale, in particolare in tutti quegli ambiti in cui, essendo lesi diritti fondamentali da strumenti procedurali, un certo mezzo sia da utilizzare in ossequio al principio di *extrema ratio*, con ciò imponendosi un’operazione di bilanciamento fra diritti già all’interno del procedimento.

¹⁹⁴ Così W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 69.

¹⁹⁵ Per un quadro completo del rapporto tra vecchia e nuova disciplina, v. A. CABIALE, *L’acquisizione delle intercettazioni con procedura di controllo giudiziale: ritorni al passato e nuove lacune*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020*, n. 7, cit., p. 32 ss.

¹⁹⁶ Non più quello “manifestamente irrilevante” come da testo previgente della disposizione. La modifica è stata accolta con favore in dottrina (si veda ad esempio G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni. Note a margine del decreto legge n. 161 del 2019*, in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 52). Tuttavia ciò che non convince, ancora una volta, è il ritorno alla vecchia filosofia di un giudice che, peraltro senza aver accesso all’intero ventaglio di intercettazioni effettuate ma solo a quelle indicate dalle parti, si trova a dover scartare il materiale irrilevante a partire da una base molto ampia. Al contrario, la riforma del 2017 sembrava delineare un modello tale per cui il giudice era chiamato a una procedura di inclusione, piuttosto che di esclusione del materiale investigativo. Così F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., pp. 1394 e 1402.

¹⁹⁷ Lo rileva, tra i tanti, A. DIDI, *Le novità in materia di intercettazioni telefoniche*, in *Penaledp*, 31 agosto 2020, pp. 8-9. V. anche, L. BARONTINI, *L’acquisizione delle intercettazioni su iniziativa del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020*, n. 7, cit., p. 50. Si rinvia altresì a tale contributo per un’approfondita analisi delle problematiche sottese alla nuova procedura acquisitiva.

Solo qualora il difensore continui a non essere soddisfatto, allora si potrà rivolgere al giudice perché si proceda all'udienza c.d. di stralcio.

Sarà pertanto il magistrato inquirente a effettuare la vera selezione, residuando poco margine operativo al difensore ed uscendone ridimensionato il ruolo del giudice¹⁹⁸. La tutela della riservatezza, in questa fase, non è praticamente garantita, specialmente quella dei terzi. Si deve infatti considerare che la captazione in sé lede senz'altro la segretezza della comunicazione e, se consente di apprendere notizie riservate, la riservatezza, ma anche che con le successive divulgazioni si producono ulteriori lesioni della riservatezza¹⁹⁹. Riemergono le criticità del passato, poiché le norme poste a tutela della riservatezza tornano ad operare nel momento, successivo a quello della captazione e trascrizione, della selezione²⁰⁰, con la differenza che un potere ancora maggiore è attribuito al pubblico ministero²⁰¹. Il bilanciamento fra diritti torna a pendere nettamente in favore dell'accertamento dei reati²⁰².

È stata invece confermata l'istituzione di un archivio del pubblico ministero in cui saranno depositati «i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono» (art. 89 comma 1 disp. att. c.p.p.). E tuttavia, tale archivio non viene più definito “riservato”. Pare preferibile ritenere che si tratti di omissione priva di significato,

¹⁹⁸ Particolarmente critico nei confronti del legislatore sul punto A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, 7 gennaio 2020, pp. 2-3. V. anche F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1396, per il quale il d.l. n. 161/2019 assume, in questo caso, «i contorni di una resa: inutile coltivare l'illusione che il giudice possa mettere efficacemente le mani nella babele delle conversazioni intercettate e compiere oculate scelte *ad excludendum*; meglio attribuire al pubblico ministero la piena responsabilità delle sue opzioni inclusive, promuovendolo a paladino pressoché solitario delle ragioni della riservatezza».

¹⁹⁹ F. CAPRIOLI, *Intercettazioni e tutela*, cit., p. 1148: «con l'ascolto clandestino che permetta all'intruso di venire a conoscenza di notizie riservate è violata tanto la segretezza (perché il terzo ascolta il colloquio) quanto la riservatezza (perché il terzo apprende la notizia): con la divulgazione si consumano altre lesioni della riservatezza, perché la notizia privata viene fatta ulteriormente circolare oltre la sfera di conoscenza delimitata dal suo titolare».

²⁰⁰ Così, in senso adesivo, M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza*, cit., p. 72.

²⁰¹ Amaro il giudizio espresso sulla riforma da A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario*, cit., p. 4: «così com'è scritta, la riforma affila le armi del pubblico ministero lasciandogli libertà nella gestione dei verbali e nell'approvvigionamento processuale del materiale istruttorio; inoltre, sminuisce il giudice, costretto ad intervenire con improbabile consapevolezza; infine, comprime la difesa, già subalterna in fase d'indagine, assoggettandola all'antagonista».

²⁰² G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza* cit., p. 48, pur prendendo atto della scelta di “ritornare la passato”, reputa tuttavia che la riforma Orlando sia riuscita a fungere da argine alla «tentazione contro-riformatrice», contenendone l'impatto e ridimensionandone gli effetti. Eppure, proprio ragionando in termini di proporzionalità, sembra che la contro-riforma sia da ritenersi pressoché totale, proprio perché scompare quasi del tutto quel bilanciamento diretto tra esigenze investigative e diritto alla riservatezza che rappresentava il vero *leitmotiv* della riforma precedente.

dato che non avrebbe senso un simile archivio se fosse liberamente accessibile a tutti²⁰³. Di conseguenza, quanto conservato nell'archivio e non acquisito al processo è coperto da una particolare forma di segreto, distinta da quella prevista dall'art. 329 c.p.p., in quanto fondata sull'art. 114 comma 2-*bis* c.p.p., in cui espressamente si sancisce il divieto di pubblicazione delle registrazioni non acquisite²⁰⁴.

Certo però la modifica normativa è sintomo di una indebolita tutela contro indebite divulgazioni di quanto contenuto nell'archivio, così come non pochi dubbi suscita la conservazione nello stesso di tutte le intercettazioni e non solo di quelle giudicate irrilevanti come disposto nel vecchio schema dal legislatore delegato²⁰⁵. Ancora, lascia perplessi la modifica dell'art. 269 comma 2 c.p.p., che prevede che gli interessati possano chiedere la distruzione delle registrazioni non necessarie per il procedimento e non più di

²⁰³ In questo senso A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario*, cit., p. 3. A parere di S. CIAMPI, *L'archivio delle intercettazioni tra presidio della riservatezza, tutela del diritto di difesa e svolta digitale*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 7*, cit., p. 26, tale aggettivo sarebbe stato eliminato perché la riforma del 2020 sposta proprio sull'archivio il baricentro dell'iter di acquisizione, che per definizione è partecipato.

²⁰⁴ Si accede qui all'interpretazione proposta da A. NAPPI, *Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Giustizia insieme*, 17 aprile 2020, p. 2. Altri autori, come G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., p. 56, al fine di sostenere la persistenza del segreto così come delineato dalla precedente riforma del 2017, fanno leva soprattutto sull'art. 89-*bis* comma 1 disp. att. c.p.p., che continua ad affidare al pubblico ministero il compito di «assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari categorie di dati personali» e quello di impartire «con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto (...) custodito» nel registro delle intercettazioni. Si veda anche L. FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 464. Al contrario, altra dottrina (F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1408 ss.) ritiene che nell'assetto attuale la particolare forma di segreto processuale - finalmente indirizzata alla tutela della riservatezza e non a quella dell'esito delle indagini - introdotta dal d.lgs. n. 216 del 2017, che aveva chiaramente esteso il segreto a tutte le registrazioni non acquisite, così che chi le avesse divulgate sarebbe incorso nei reati di cui agli articoli 326 e 379-*bis* c.p., sia scomparsa. Lo si desumerebbe, più che dalla sparizione dell'aggettivo "riservato" che accompagnava l'archivio delle intercettazioni, dall'inserimento nell'art. 114 c.p.p. del comma 2-*bis*, in cui espressamente si sancisce il divieto di pubblicazione delle registrazioni non acquisite, con ciò implicitamente negando che siano coperte da segreto, poiché altrimenti sarebbe stato sufficiente il disposto del primo comma del medesimo art. 114 c.p.p. a vietarne la pubblicazione. Tale conclusione si argomenta altresì valorizzando gli ulteriori indizi di un "ritorno all'antico" contenuti nella più recente riforma ed esposti nel testo. Per un efficace riassunto delle varie posizioni espresse circa la sussistenza o meno del segreto sulle intercettazioni fino alla conclusione della procedura selettiva, v. M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza*, cit., p. 68.

²⁰⁵ Al riguardo, F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., pp. 1399-1400: «comunicazioni rilevanti e irrilevanti tornano a vivere in condizioni di pericolosa promiscuità giuridica e materiale».

quelle non acquisite, come da precedente formulazione²⁰⁶. Suscita poi ulteriore incertezza la previsione in forza della quale i difensori delle parti possono accedere per via telematica (come avviene in relazione alle comunicazioni acquisite *ex art. 268 comma 6 c.p.p.*) agli atti depositati *ex art. 415-bis comma 2-bis c.p.p.*, rendendo in sostanza inutile la disciplina che al contrario imporrebbe loro di procedere all'ascolto delle registrazioni e alla consultazione dei verbali solo negli appositi locali, potendo chiedere in copia solo gli atti acquisiti *ex articoli 268, 415-bis e 454 c.p.p. (art. 89-bis comma 4 disp. att. c.p.p.)*²⁰⁷.

In conclusione, senza un meccanismo effettivo di selezione delle informazioni rilevanti e senza una normativa chiara sul segreto di registrazioni e verbali e sulle sanzioni connesse alla sua violazione, a poco vale l'implementazione del nuovo registro delle intercettazioni.

La divulgazione di informazioni processualmente irrilevanti attinenti alla sfera familiare, professionale, affettiva dei soggetti captati non trova alcuna giustificazione e torna ad essere una «vistosa carenza del dato normativo»²⁰⁸. Il processo penale inevitabilmente comprime taluni diritti individuali ma fintanto che ciò avviene nella misura minore possibile e in relazione a diritti previamente individuati e accuratamente selezionati, non viene violato il principio di proporzionalità. Perché questo sia assicurato sono necessari meccanismi interni al processo, che prendano in considerazione a monte gli interessi confliggenti con l'esigenza di repressione dei reati.

L'autorizzazione legittima delle intercettazioni non assicura la proporzionalità nella limitazione del diritto alla riservatezza, dal momento che non si prevedono procedure idonee a garantire una effettiva e restrittiva selezione a monte del materiale captato né efficaci salvaguardie contro indebite divulgazioni di dati processualmente irrilevanti. Dunque, ferma restando la conclusione positiva circa la riconducibilità della disciplina relativa ai presupposti per disporre le intercettazioni di comunicazioni al principio di proporzionalità, non altrettanto può dirsi rispetto alla normativa che dovrebbe tutelare la riservatezza dei soggetti le cui comunicazioni sono state captate.

²⁰⁶ Si vedano F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1400 e C. PARODI, *La riforma dimezzata: prime osservazioni sul decreto in tema di intercettazioni*, in *Il Penalista*, 8 gennaio 2020, p. 5.

²⁰⁷ Lo notano, tra i tanti, F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro*, cit., p. 1404 e G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sist. pen.*, 2/2020, p. 124.

²⁰⁸ In questi termini si esprimeva, in sede di commento della riforma Orlando, riferendosi alla disciplina previgente C. GABRIELLI, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto*, cit., p. 3.

4.1.2. Le potenzialità intrusive delle moderne tecnologie

In relazione alle intercettazioni ambientali il legislatore, seppure - come detto - con efficacia limitata ai procedimenti iscritti in data successiva al 31 agosto 2020, si è da ultimo occupato del captatore informatico (c.d. *trojan horse*). Si tratta, com'è ormai noto, di un *malware* inoculato in un terminale informatico capace di controllarlo da remoto come l'amministratore dello stesso²⁰⁹. Tale mezzo tecnologico dalle notevoli potenzialità è stato regolato sotto lo specifico profilo del suo utilizzo per attivare il microfono di un dispositivo portatile al fine di ascoltare conversazioni in corso tra persone presenti nel luogo in cui il dispositivo si trova.

In primo luogo, l'art. 266 comma 2 c.p.p. statuisce espressamente come le intercettazioni ambientali possano essere eseguite anche «mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile». In secondo luogo, l'art. 266 comma 2-bis c.p.p. prevede la possibilità di ricorrervi anche presso il domicilio, senza necessità che si ritenga in atto lo svolgimento di attività criminosa, nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p.²¹⁰, nonché, «previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo, per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni»²¹¹.

²⁰⁹ Per un approfondimento circa il funzionamento e le potenzialità applicative di tale strumento, v., per tutti, R. APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 442 ss.

²¹⁰ Si tratta, com'è noto, di delitti di criminalità organizzata e di altri gravi delitti. Apprezzabile il chiaro riferimento normativo, rispetto alla generica locuzione contenuta nel citato art. 13 d.l. n. 152/1991.

²¹¹ Tale ultima disposizione, salva l'interpolazione relativa alla necessità di indicare le «ragioni che ne giustificano l'utilizzo», riconducibile alla legge n. 7/2020, è stata introdotta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge spazzacorrotti), entrata in vigore il 31 gennaio 2019. Tuttavia, tale specifico precetto è applicabile solo in relazione ai procedimenti iscritti in seguito al 31 agosto 2020. Questo è infatti quanto previsto per le sue norme-contenitore (articoli 266 e 267 c.p.p.) dal d.l. n. 28/2020, convertito nella legge n. 70/2020. In questo senso, rispetto alle precedenti proroghe che hanno interessato il d.lgs. n. 216/2017, S. SIGNORATO, *Intercettazioni di comunicazioni*, in AA.VV., *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. ORLANDI - S. SEMINARA, Giappichelli, 2019, p. 257. Si sono già segnalati i profili di irragionevolezza che, in generale, caratterizzano la menzionata equiparazione tra reati contro la pubblica amministrazione e reati di criminalità organizzata (v. *retro*, paragrafo 4.1 del presente capitolo). A questi si aggiunga, per quanto riguarda l'impiego del captatore informatico presso il domicilio, che se per i delitti di criminalità organizzata l'ampliamento trova giustificazione nella difficoltà di entrare in certi territori gestiti dalle organizzazioni criminali, sicuramente non può dirsi lo stesso per i delitti contro la pubblica amministrazione. Il legislatore, seppure in parte, pare tenere conto di tale differenza, richiedendo l'indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo. R. APRATI, *Prime riflessioni*, cit., p. 454

Si precisa poi che, in ogni caso, il decreto autorizzativo dell'intercettazione tra presenti con captatore informatico deve contenere le «specifiche»²¹² ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini (art. 267 comma 1, terza parte c.p.p.). Qualora si proceda per delitti diversi da quelli indicati dall'art. 266 comma 2-bis c.p.p. è richiesta altresì l'indicazione dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono. Anche in questo caso è attribuito al pubblico ministero il potere di emanare un decreto che dispone le operazioni senza autorizzazione del giudice in casi di urgenza, con necessità di successiva convalida, solo però nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p.²¹³ e «per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni»²¹⁴ (art. 267 comma 2-bis c.p.p.).

Ciò che pare interessante approfondire in termini di proporzionalità è il vaglio di necessità imposto per l'impiego del captatore informatico dall'art. 267 comma 1 terzo periodo c.p.p., ulteriore rispetto all'«assoluta indispensabilità» ordinariamente richiesta per disporre l'intercettazione ambientale attraverso le classiche metodologie di inserimento di cimici e simili dall'art. 267 comma 1 secondo periodo c.p.p. Il fine perseguito è il medesimo, ma mediante modalità differenti, delle quali l'una è considerata più insidiosa dell'altra. Si può pertanto ricorrere al *virus* informatico solo come *extrema ratio*, ossia solo qualora il medesimo risultato non sia raggiungibile mediante mezzi meno intrusivi²¹⁵. Si tratta di previsione quanto mai opportuna, a fronte dell'impiego di un mezzo tecnologico insidioso e ancora poco compreso tanto dagli operatori di polizia quanto dai suoi destinatari, la cui sfera privata viene invasa tramite una modalità di cui potenzialmente

individua in tale presupposto la volontà legislativa di inserire un riferimento alla proporzionalità in senso stretto, intesa come giustificazione in concreto della prevalenza dei fini statali rispetto al diritto fondamentale al domicilio. In senso critico in ordine a tale distinzione, v. L. AGOSTINO - M. PERALDO, *Le intercettazioni con captatore informatico: ambito di applicazione e garanzie procedurali*, in AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 7*, cit., pp. 80-81.

²¹² Aggettivo inserito dalla citata legge n. 178/2021 di conversione del citato d.l. n. 132/2021. V., sul punto, C. PARODI, *Convertito il decreto in tema tabulati: (quasi) tutto chiaro*, in *Il Penalista*, 19 novembre 2021, p. 3.

²¹³ Tale limitazione pare coerente con il controllo giurisdizionale rafforzato richiesto per l'impiego dei captatori informatici. Così P. BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., p. 253.

²¹⁴ Si noti, ancora una volta, la discutibile equiparazione tra delitti contro la pubblica amministrazione e delitti di criminalità organizzata.

²¹⁵ R. ORLANDI, *Usi investigativi*, cit., pp. 546-547. V. anche R. APRATI, *Prime riflessioni*, cit., p. 454 e P. BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., pp. 248-249.

neppure conoscono l'esistenza, che realizza una compressione di diritti di altissimo rango spesso imprevedibile per il destinatario.

In questo senso desta fondata preoccupazione in punto di pericolo per i diritti individuali - con conseguente grave carenza in termini di proporzionalità - l'utilizzo del già citato *trojan horse* non solo come strumento per effettuare intercettazioni ambientali²¹⁶. Tale *malware* è infatti idoneo a consentire riprese di immagini - oltre che di conversazioni - e ad acquisire ogni contenuto del dispositivo in cui è inoculato, da ciò che viene digitato a ciò che compare sullo schermo, sino a consentire il recupero di dati cancellati dall'utente. Il legislatore è di fatto caduto nel medesimo errore di prospettiva commesso dalla Corte di cassazione nella fondamentale sentenza Scurato del 2016 sul punto²¹⁷, occupandosi esclusivamente di un profilo applicativo del captatore informatico²¹⁸.

Ecco quindi che la soluzione dei nodi più problematici, anche in termini di proporzionalità, continua ad essere affidata alle discrezionalità di giudici e pubblici ministeri. Una tecnica investigativa di tal guisa, adottata seguendo la nuova normativa e in relazione alle finalità sopra indicate, potrebbe risultare "proporzionata" nel senso sinora considerato, ossia rispetto allo specifico scopo perseguito²¹⁹. Ma allargando la visuale, essa potrebbe comportare un trattamento complessivamente sproporzionato nei confronti della persona sottoposta alle indagini, solo che gli organi investigativi ne sfruttino appieno le potenzialità investigative. E senza un chiaro quadro normativo di riferimento non si può

²¹⁶ V., per tutti, P. BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., p. 236.

²¹⁷ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3546 ss., con nota di W. NOCERINO, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*. Più di recente, si rintraccia la medesima visione in Cass., sez. V, 30 settembre 2020, n. 31604, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2136, con nota di E. TOMA (su cui v. anche E.S. MURONE, *Brevi note sul rapporto tra trojan horse e libertà di autodeterminazione*, in *Penaledp*, 12 febbraio 2021), secondo cui il captatore informatico «non è altro che uno strumento messo a disposizione dalla moderna tecnologia, attraverso il quale è possibile effettuare un'intercettazione ambientale». M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2019, n. 4, p. 274, commentando la citata sentenza del 2016 e la novella legislativa in esame, definisce, condivisibilmente, tale errore di prospettiva un «"good" example of digital illiteracy».

²¹⁸ Da ciò, a parere, tra i tanti, di R. ORLANDI, *Usi investigativi*, cit., p. 556, dovrebbe discendere l'inutilizzabilità delle captazioni di flussi unidirezionali e di dati confinati all'interno dei circuiti del *personal computer*, dovendosi reputare la giurisprudenza sul punto (evidente l'allusione a Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *C.e.d. Cass.*, n. 246954, che ha qualificato tale attività come prova atipica) «creativa e priva di copertura legale».

²¹⁹ Il problema più rilevante attiene, sotto questo profilo, al carattere "itinerante" delle intercettazioni eseguite mediante captatore informatico, visto che pare arduo predeterminare i luoghi in cui il *trojan* si troverà a operare. V., per tutti, P. BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., p. 249 ss.

reputare questo uno scenario impossibile: il bilanciamento da effettuare è delicato e in presenza di difficoltà investigative, magari in relazione a delitti gravi, il ricorso al captatore informatico per le finalità più disparate potrebbe apparire legittimo non solo a polizia giudiziaria e pubblico ministero ma anche al giudice²²⁰.

La giurisprudenza cui fare riferimento è quella inerente alle c.d. prove atipiche, contemplate dall'art. 189 c.p.p.²²¹. Riassumendo, si deve previamente valutare se un mezzo di prova non espressamente previsto - in questo caso un mezzo di ricerca della prova - sia riconducibile, per affinità di caratteristiche, a uno espressamente disciplinato dalla legge. In caso contrario, occorre interrogarsi sulla sua legittimità, individuando i diritti potenzialmente lesi. E così si distingue fra prove atipiche lesive di diritti fondamentali, prove atipiche che intaccano solo la sfera periferica di diritti fondamentali e prove atipiche che non ledono diritti fondamentali²²². In altre parole, si deve individuare il peso da porre sulla bilancia del giudizio di proporzione con l'esigenza di accertare e reprimere i reati.

In siffatte valutazioni è prospettabile anche un elevato tasso di discrezionalità. Si considerino, a titolo esemplificativo, i diversi inquadramenti offerti dalle corti nazionali e

²²⁰ Sul punto così D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 26: «quando la prassi poliziesca scopre e collauda tecniche investigative inedite, la giurisprudenza tende a qualificarle superficialmente alla stregua di mezzi atipici ma nel contempo legittimi di ricerca probatoria, mentre non di rado esse comportano l'ingresso clandestino dell'autorità entro ambiti di sviluppo della vita privata sui quali il singolo confida di mantenere il controllo e di cui avrebbe perciò il diritto di conoscere in anticipo il regime di comprimibilità». L'Autore prosegue poi evidenziando come i limiti posti dall'art. 189 c.p.p. risultino schermo inadeguato rispetto a simili derive, «lasciando scoperti aspetti normativi essenziali del potere probatorio». Si veda anche G. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3835, che esprime preoccupazione rispetto al fatto che una giurisprudenza tendenzialmente incline a legittimare l'uso di strumenti investigativi atipici, possa legittimare il ricorso a tutti i possibili impieghi del captatore informatico. V., altresì, S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 773, che parla di una tradizionale «“bulimia conoscitiva” di stampo inquisitorio della giurisprudenza». Ancora, v. F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., pp. 21-22, che ravvisa una «inclinazione opportunistica della giurisprudenza, evidentemente propensa a plasmare diversamente l'ambito di operatività di un istituto processuale dai contorni incerti per affermare comunque la legittimità delle acquisizioni realizzate mediante i controlli». A conferma di simili considerazioni, si veda la recente *Cass.*, sez. I, 7 ottobre 2021, n. 3591, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 3110-3111, con nota di A. PROCACCINO, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi informatici, perquisizioni e prove atipiche*, che ha affermato l'utilizzabilità di dati contabili riportati sul programma *Excel* fotografati dal *malware* inoculato in un computer.

²²¹ Tra i tanti, R. APRATI, *Prime riflessioni*, cit., p. 455 rileva correttamente come tutte le attività *lato sensu* di spionaggio informatico, realizzabili mediante l'impiego di un *trojan horse virus*, siano qualificabili come mezzi di ricerca della prova atipici.

²²² C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1212 ss.

internazionali del pedinamento mediante GPS: prova atipica non lesiva di diritti fondamentali e dunque rimessa alle determinazioni della polizia giudiziaria per la nostra Cassazione²²³; atto contrario alla Costituzione federale e richiedente l'autorizzazione del giudice per la Corte Suprema degli Stati Uniti²²⁴; atto interferente con l'art. 8 CEDU ma non in misura di intensità tale da richiedere un'autorizzazione giudiziaria per la Corte Edu²²⁵. In ogni caso, è fondamentale che l'impiego di un certo strumento investigativo o di una certa prova non conduca ad aggirare le garanzie stabilite dagli strumenti tipici legislativamente previsti²²⁶.

Nello specifico, si torni a considerare l'acquisizione attraverso captatore informatico di dati salvati sull'*hard disk* di un computer. Ebbene, non sembra possibile ricondurre tale attività nell'alveo delle intercettazioni, non potendo neppure ravvisarsi la captazione di un «flusso di comunicazioni», come previsto - con l'intento di ampliare l'oggetto delle intercettazioni - dall'art. 266-bis c.p.p. Problematico anche un suo inquadramento come perquisizione *ex art.* 247 comma 1-bis c.p.p., in quanto atto a sorpresa, svolto all'insaputa del destinatario²²⁷. Così il suo risultato dovrebbe considerarsi prova atipica²²⁸. E in particolare prova atipica lesiva di diritti costituzionali, quale si reputa

²²³ Così esplicitamente Cass., Sez. II, 13 febbraio 2013, 21644, in *C.e.d. Cass.*, n. 255542: «i dati ricavabili dall'uso della citata tecnologia non attengono né a conversazioni telefoniche, né a comunicazioni tra presenti e non richiedono pertanto il rispetto delle regole previste dall'art. 266 ss., essendo stati assimilati ai dati rilevati attraverso semplici pedinamenti».

²²⁴ Supreme Court of the United States, *United States v. Jones*, 23 gennaio 2012, n. 10–1259; Supreme Court of the United States, *Carpenter v. United States*, 22 giugno 2018, n. 16–402. In tale ultima pronuncia, in particolare, si afferma la violazione del IV Emendamento a fronte dell'acquisizione dei dati sulla localizzazione di un telefono effettuata senza previo mandato di perquisizione. La Corte, quindi, supera la precedente teoria secondo cui era necessaria, per la citata violazione, una intrusione in un'area privata (nel citato caso *United States v. Jones* era un'automobile) per inserirvi un dispositivo per la localizzazione mediante GPS. Per un approfondimento v., per tutti, M. TAKEUCHI, *A New Third-Party Doctrine: The Telephone Metadata Program and Carpenter v. United States*, in *Notre Dame Law Review*, 2019, n. 5, p. 2243 ss.

²²⁵ Corte Edu, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 396. Per un approfondimento, v. C. CONTI, *Prova informatica*, p. 1213.

²²⁶ Si vedano Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1875, con nota di E. APRILE; Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 28997, Pasqua, in *Cass. pen.*, 2013, p. 955 ss., con nota di C. RENOLDI, *Le Sezioni Unite sul controllo del contenuto della corrispondenza di persona ristretta in un istituto penitenziario*; Corte cost., 19 giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2848. L'argomento è desumibile in modo chiaro anche da Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 30.

²²⁷ E. ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione*, cit., p. 930.

²²⁸ Così Cass., n. 16556/2009, cit. Indirizzo ribadito da Cass., sez. V, 30 maggio 2017, n. 48370, in *C.e.d. Cass.*, n. 271412.

essere quello alla riservatezza. Di talché, il suo utilizzo dovrebbe essere subordinato alla doppia riserva di legge e di giurisdizione, nonché a una rigorosa applicazione del principio di proporzionalità. Soprattutto poi, il suo impiego deve essere coerente con le linee di fondo del sistema normativo in materia di ispezioni, perquisizioni, sequestri e intercettazioni, interamente teso a consentire solo «limitazioni “mirate” a determinati luoghi, beni o persone»²²⁹.

Tale vuoto normativo rischia di risolversi in un contrasto difficilmente sanabile con le istanze di tutela del trattamento dei dati personali provenienti dalle fonti e dalla giurisprudenza europee. Soprattutto quest'ultima infatti pone l'accento non tanto sulle modalità acquisitive dei dati, quanto sulla lesività intrinseca all'acquisizione di certi dati²³⁰.

L'art. 270 comma 1-bis c.p.p. definisce ora anche una disciplina specifica per la circolazione dei risultati probatori raccolti mediante captatore informatico, limitando la loro utilizzabilità al caso in cui «risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266 comma 2-bis». Dal testo della legge non è dato evincere chiaramente se si sia inteso dettare per queste ipotesi una deroga al criterio stabilito dalle citate Sezioni unite Cavallo²³¹, disponendo che in ogni caso si possano utilizzare come prove i risultati delle intercettazioni inerenti ai gravi reati di cui all'art. 266 comma 2-bis c.p.p., oppure se si possano usare i risultati delle intercettazioni mediante *trojan* qualora si proceda in relazione a tali reati solo se connessi ex art. 12 c.p.p., come richiesto in via generale dal Supremo Collegio.

Questa seconda impostazione è senz'altro da preferire. Non tanto perché la sentenza da ultimo citata si fonda sulla nozione di “diverso procedimento” contenuta nel comma 1 dell'art. 270 c.p.p., che si deve ritenere operi anche in relazione al comma 1-bis della medesima norma²³², quanto perché è proprio l'opzione esegetica prescelta dalle

²²⁹ L. FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione “itinerante”: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 349.

²³⁰ Si veda il paragrafo 4.2 del presente capitolo.

²³¹ V. *retro*, paragrafo 4.1 del presente capitolo.

²³² L'art. 270 comma 1-bis c.p.p. si riferisce invero all'utilizzabilità per la prova di «reati diversi». Da ciò, a parere di parte della dottrina, discenderebbe la non riferibilità della nozione di diverso procedimento alla disciplina dettata per la circolazione delle intercettazioni effettuate tramite captatore informatico. Conseguentemente, e ritenendo che il richiamo al comma precedente posto in apertura («fermo restando quanto previsto dal comma primo») sia da riferirsi esclusivamente all'eccezione prevista per i reati per cui è previsto l'arresto in flagranza, l'art. 270 comma 1-bis c.p.p. consentirebbe il trasferimento dei dati captati esclusivamente rispetto a questi ultimi e a quelli di cui all'art. 266 comma 2-bis c.p.p. (F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni*, cit., p. 245). Tale ricostruzione non si deve condividere poiché non pare si possa individuare una distinzione

Sezioni unite a rendere conforme al principio di proporzionalità l'utilizzazione in altri procedimenti delle captazioni. Solo così la valutazione compiuta nel decreto autorizzativo di intercettazioni che avevano di mira l'accertamento di altro delitto pare collegabile - seppur non pienamente - al reato emerso nel corso delle intercettazioni.

E quindi, secondo la medesima logica ispiratrice già vista riguardo alle «ragioni che rendono necessaria» la modalità di intercettazione tramite *malware* informatico di cui all'art. 267 comma 1 terzo periodo c.p.p., anche in questo caso l'utilizzo dei risultati tratti con tale invasivo mezzo in altri procedimenti rappresenta l'*extrema ratio*, cui ricorrere alle medesime condizioni previste per le intercettazioni "tradizionali" e ad una condizione ulteriore, rappresentata dalla gravità del reato per cui si procede²³³.

Occorre poi ampliare lo sguardo ai diritti dei terzi le cui conversazioni vengano intercettate casualmente. La normativa sembra ancora particolarmente carente sul punto. Sarebbe infatti opportuna una tipizzazione delle situazioni che legittimino intercettazioni anche nei confronti di persone non indagate, alla stregua, ad esempio, di quanto previsto dal § 100a comma 3 del codice di procedura penale tedesco (*Strafprozessordnung*), che le consente solo se, sulla base di fatti concreti, si ritiene che queste siano in contatto con l'indagato, ricevano da lui comunicazioni o siano solite utilizzarne l'utenza²³⁴. La Corte di cassazione, dopo aver ribadito la cruciale funzione di garanzia rivestita dal decreto autorizzativo, che deve esplicitare il collegamento tra le indagini ed il destinatario delle intercettazioni mediante *trojan horse*, ha di recente riconosciuto che, ove il destinatario dell'intercettazione sia un soggetto terzo, diverso dall'indagato, sussiste un onere rafforzato di motivazione circa la correlazione tra l'indagine in corso e l'intercettato. In particolare, si è richiesto che «il giudice indichi ed espliciti chiaramente l'interesse investigativo sottostante, chiarisca cioè le ragioni di collegamento diretto o indiretto (conoscenza) tra il soggetto ed il fatto di reato oggetto di accertamento», e che esponga «i motivi per i quali il soggetto terzo che si intende intercettare dovrebbe essere "informato

rilevante fra "diverso reato" e "diverso procedimento" (v. G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., pp. 2-3). Sembra interpretabile in senso diverso anche la clausola che apre l'art. 270 comma 1-bis c.p.p. Trattandosi di richiamo generico e non ravvisandosi alcuna apprezzabile differenza fra "reato diverso" e "procedimento diverso", essa sembra contenere un mero rinvio all'operare della regola generale anche con riferimento alle intercettazioni effettuate mediante *trojan horse*.

²³³ P. BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., p. 262.

²³⁴ In questo senso R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1160.

sui fatti” e perché si ritiene che vi possano essere conversazioni o comunicazioni attinenti a quei fatti»²³⁵.

Emerge, in tale ambito, come una piena esplicazione della proporzionalità non possa prescindere da una rigorosa definizione dei presupposti al ricorrere dei quali si possa procedere all’adozione di mezzi investigativi particolarmente temibili. Perciò, si lega inscindibilmente al principio di legalità, essendo necessaria una chiara cornice normativa di riferimento oltre che un rigoroso apprezzamento *case by case*. D’altronde, già nel 1962, Vassalli scriveva che «allo Stato e alla comunità internazionale (...) compete (...) il compito di disciplinare l’uso dei progressi tecnici entro rigorosi schemi giuridici»²³⁶.

Non a caso la Corte Edu tende a concentrare i propri giudizi sull’inciso dell’art. 8 CEDU richiedente che l’ingerenza nella vita privata sia «prevista dalla legge», intesa anche in senso “qualitativo”, ovverosia quale previsione accessibile a tutti e in grado di rendere prevedibili le conseguenze derivanti dalla sua applicazione²³⁷. Ciò vale, oltre che per le intercettazioni telefoniche²³⁸, anche per l’utilizzo delle tecniche di tracciamento mediante

²³⁵ Cass., sez. VI, 8 marzo 2018, n. 45486, in *C.e.d. Cass.*, n. 274934. A commento, v. L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all’utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 122 e M. TORRE, *Intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico. La S.C. sulla motivazione del decreto autorizzativo*, in *Il Penalista*, 19 novembre 2018. La sentenza conferma e approfondisce quanto già statuito dalla precedente Cass., sez. VI, n. 12722/2009, cit., p. 3343, in cui per la prima volta si è esplicitato l’obbligo di motivazione in ordine al «collegamento tra l’indagine in corso e l’intercettando».

²³⁶ G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell’era della tecnica*, in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. 5, Giuffrè, 1962, p. 675 ss. La citazione è richiamata da C. CONTI, *Prova informatica*, cit., p. 1221.

²³⁷ Per tale concezione rapportata alla legittimità della conservazione di informazioni personali v., per tutti, Corte Edu, Grande Camera, 4 dicembre 2018, *S. e Marper c. Regno Unito*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051>, § 99. A commento della pronuncia v., tra i tanti, F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4435 ss.; C. SARTORETTI, *Il diritto alla privacy tra sicurezza e principio di proporzionalità: il punto di vista della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *DPCE*, 2009, p. 583 ss.; V. SELLAROLI, *Il “Caso S. e Marper” e la Corte Europea: il DNA e il bilanciamento tra opposte esigenze in una società democratica*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 639 ss.

²³⁸ Corte Edu, 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, in M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. 1, Giuffrè, 2006, p. 900 ss.; Corte Edu, 24 aprile 1990, *Huvig c. Francia*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62184>; Corte Edu, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, p. 838 ss.

geolocalizzazione²³⁹, per le intercettazioni ambientali²⁴⁰ e per l'utilizzo di *virus* in grado di intercettare praticamente tutte le attività operazioni effettuate con un dispositivo elettronico²⁴¹. La Corte valorizza particolarmente la necessità di autorizzazione alle operazioni proveniente da un'autorità indipendente dall'esecutivo²⁴².

Ad ogni modo, le potenzialità intrusive nella sfera privata dei soggetti le cui conversazioni sono captate tramite le intercettazioni impongono, almeno in linea di principio, che si ricorra a tale mezzo di ricerca della prova solo qualora non si possano utilizzare altri metodi meno invasivi per accertare il reato oggetto del procedimento. I mezzi investigativi cui ricorrono gli organi inquirenti per ricostruire il fatto concreto non sono gli uni equivalenti agli altri. Alcuni di essi possono comprimere rilevanti diritti e la scelta di un determinato metodo investigativo si riflette sulla completezza delle indagini. Impiegare "il cannone per sparare ai passerì"²⁴³ non solo contrasta con le garanzie dell'imputato, ma rischia in questo caso di compromettere anche l'interesse primario alla repressione dei reati, aumentando la durata dei procedimenti e consegnando risultati spesso da interpretare e non univoci. Le nuove tecnologie, se non regolamentate e se impiegate da personale privo delle necessarie competenze, rischiano di accentuare tale profilo, piuttosto che risolverlo.

4.2. Il trattamento dei dati personali: un cambio di paradigma imposto dalla giurisprudenza europea

Nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova incidenti sulla tutela della vita privata di chi vi è sottoposto, occorre allargare lo sguardo all'acquisizione dei dati del traffico telefonico e telematico in generale.

²³⁹ Corte Edu, 8 febbraio 2018, *Ben Faiza c. Francia*, in *Federalismi*, 25 giugno 2018; Corte Edu, *Uzun c. Germania*, cit., p. 395 ss.

²⁴⁰ Corte Edu, 21 giugno 2016, *Oleynik c. Russia*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163807>; Corte Edu, Grande Camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91704>.

²⁴¹ Corte Edu, Grande Camera, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, in *Federalismi*, 22 gennaio 2016. Per un approfondimento del caso v., per tutti, A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2278 ss.

²⁴² Corte Edu, *Roman Zakharov*, cit., § 272 ss. V. anche Corte Edu, 18 maggio 2010, *Kennedy c. Regno Unito*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105249>, § 167 e Corte Edu, 6 settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, in M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo*, vol. 1, cit., p. 300.

²⁴³ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 1.

Tradizionalmente si riteneva che le intercettazioni da un lato e l'acquisizione dei tabulati attestanti il flusso del traffico telefonico dall'altro andassero distinti in modo netto: un conto è intercettare una comunicazione, altro è limitarsi ad acquisire dati concernenti, ad esempio, le chiamate ricevute ed effettuate. Pareva evidente cioè il minore livello di intrusività della seconda operazione investigativa. Da qui la storica sottovalutazione da parte della nostra giurisprudenza dell'attitudine lesiva insita nella conservazione di dati comunicativi, non includenti i contenuti delle relative conversazioni, come i numeri telefonici di chi effettua le chiamate e di chi le riceve, la durata della conversazione, l'indirizzo IP o i dati relativi alla localizzazione del dispositivo. Risale infatti al 1993 la prima sentenza con cui la Corte costituzionale ha negato l'applicabilità della disciplina dettata per le intercettazioni (articoli 266 ss. c.p.p.) all'acquisizione dei c.d. dati esteriori di una conversazione telefonica²⁴⁴, individuando quindi in tale ipotesi una lesione marginale dell'art. 15 Cost.²⁴⁵. Ancora, nel 1998, a fronte di questione di costituzionalità dell'art. 267 comma 1 Cost. sollevata con riferimento all'art. 3 Cost., la Consulta ha ribadito che la disciplina posta dagli articoli 266 e 267 c.p.p. «è modellata con esclusivo riferimento all'intercettazione del contenuto delle conversazioni e comunicazioni e non è pertanto estendibile a istituti diversi, quale l'acquisizione a fini probatori di notizie riguardanti il mero fatto storico della avvenuta comunicazione telefonica»²⁴⁶.

²⁴⁴ Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2744, con nota di D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 della Costituzione*. Sulla sentenza v. anche S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 107 ss.; G.P. DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della «ragionevolezza»*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2111 ss.; A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, *ivi*, p. 742 ss.

²⁴⁵ Così C. CONTI, *Sicurezza*, cit., p. 1581.

²⁴⁶ Corte cost., ordinanza 17 luglio 1998, n. 281 in *Cass. pen.*, 1999, p. 28. Sulle due pronunce citate, v. anche V. GREVI - G. ILLUMINATI, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 369-370. Più di recente, Cass., 19 aprile 2019, n. 36380, in *Sist. pen.*, 5/2020, § 3.7, con nota di I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, p. 183 ss. (su cui v. anche L. GIORDANO, *L'acquisizione dei tabulati telefonici e il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy*, in *Il Penalista*, 9 Settembre 2019; L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. internet*, 2019, p. 757 ss.) ha ribadito che l'acquisizione dei tabulati «genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni, sia telefoniche che ambientali». Non è mancato chi abbia notato come la Corte costituzionale abbia anche sostenuto l'assoggettamento dell'acquisizione dei tabulati telefonici alle medesime garanzie imposte dall'art. 15 Cost. circa le limitazioni della libertà e segretezza delle comunicazioni (G. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Quest. giust.*, 30 settembre 2021, p. 3, con riferimento a Corte cost., 28 maggio 2010, n. 18, in *Cass. pen.*, 2010,

In effetti, prima della rivoluzione digitale avviatasi sul finire degli anni novanta e dell'avvento degli *smartphones* tale impostazione poteva anche essere condivisibile. Tuttavia, è oggi possibile conoscere le abitudini di vita di una persona e violarne la sfera più riservata proprio attraverso l'acquisizione di dati digitali, di tipo comunicativo e non. Basti pensare ai siti visitati, ai dati sulla geolocalizzazione, alle interazioni avute sui *social networks*. In altri termini, gli stessi giudici costituzionali non potevano immaginare nel secolo scorso quello che limpidamente ha affermato nel 2016 la Corte di Giustizia nel caso *Tele2 Sverige*, ossia che, presi nel loro insieme, i dati riferibili alle utenze degli individui anche non implicanti la captazione del contenuto di conversazioni, «sono idonei a consentire di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati»²⁴⁷.

Ebbene, sino a tempi recentissimi, di tutto ciò la nostra giurisprudenza pareva non tenere conto, seguitando ad affermare la legittimità di una normativa che rimetteva l'accesso a dati di questo genere alla discrezionalità del pubblico ministero, non vincolato da presupposti legislativamente indicati e senza necessità di autorizzazione del giudice. Evidentemente, si trattava di una disciplina e di un orientamento giurisprudenziale che avevano perso d'attualità, necessitanti di una urgente rivisitazione²⁴⁸.

p. 3385). Tuttavia, si tratta di pronuncia rimasta per lo più isolata. Basti considerare, d'altronde, che gli stessi precedenti richiamati in quell'occasione dalla Corte sostenessero in realtà l'esatto opposto, ossia l'ontologica differenza tra intercettazioni e acquisizione di dati relativi al traffico telefonico. Lo rilevava, in sede di commento alla sentenza, V. GREVI, *Tabulati telefonici e disciplina delle "immunità processuali" (art. 67 commi 2 e 3 Cost.) a tutela dei membri del Parlamento*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2976. L'unico caso in cui la Consulta ha nuovamente aperto alla mancanza di una distinzione ontologica tra intercettazioni e acquisizione di dati estrinseci si ravvisa in Corte cost., 6 marzo 2019, n. 38, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 2491-2492. Per un commento, v. R. ORLANDI, *Tabulati telefonici e immunità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 678 ss. Segnala tale pronuncia, in nota, A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021*, n. 132, in *Sist. pen.*, 8 ottobre 2021, p. 16.

²⁴⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e a.*, in *Dir. inf.*, 2016, p. 1013 (a commento, v., tra i tanti, O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Corte di Giustizia e una trama oramai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017 e G. TIBERI, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: una iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla Data retention*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 434 ss.).

²⁴⁸ Sul punto si vedano D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., pp. 26-27 e I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni*, cit., pp. 194-195. Si veda altresì G. ILLUMINATI, *Libertà*

Come anticipato²⁴⁹, lo scenario è cambiato, in particolare dopo l'approvazione del d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2021, n. 178. Sicché, pure in tale ambito, pare oggi trovare esplicazione il canone della proporzionalità. Sono però ancora molte le criticità della disciplina italiana, idonee a porre quantomeno in dubbio che sia pienamente rispettato il criterio *de quo*. Per tentare di fornire una risposta ad una simile domanda, occorre riportare la normativa interna alla giurisprudenza europea, che ne costituisce la genesi. La modifica normativa italiana rappresenta, infatti, la trasposizione di un vero e proprio cambio di paradigma in tema di acquisizione di dati personali che è maturato in seno al *case law* della Corte di Giustizia dell'Unione europea, peraltro sulla scia di quello della Corte Edu. Nelle loro pronunce, tali Corti si sono poste su un piano più generale rispetto al dibattito circa la disciplina delle intercettazioni, concentrandosi sul *vulnus* arrecato dalla mera conservazione di dati personali da parte delle società di telecomunicazione e all'accesso ad essi da parte dell'autorità pubblica. Affiora così un'accresciuta tutela dei dati personali, fondata su una concezione avanzata e dettagliata del principio di proporzionalità.

Il *reasoning* delle Corti trova il suo perno nelle disposizioni che tutelano la riservatezza contenute nella CEDU, nella CDFUE e nelle direttive 95/46/CE²⁵⁰, 58/2002/CE²⁵¹ e 2016/680/UE²⁵².

Il diritto al rispetto della vita privata è tutelato, come già segnalato²⁵³, dall'art. 8 CEDU. Dopo averlo enunciato nel primo paragrafo, la disposizione individua poi nel secondo paragrafo le condizioni al ricorrere delle quali è legittima un'«ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio» del diritto stesso. Segnatamente, ciò è consentito ove l'ingerenza «sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società

e segretezza, cit., p. 3833, che conclude nel senso che, al fine di attivare le garanzie previste dall'art. 15 Cost., sarebbe opportuno considerare esclusivamente lo scopo di comunicare in maniera riservata, a prescindere dalle modalità concrete con cui la comunicazione si svolga.

²⁴⁹ V. *retro*, paragrafo 4.1 del presente capitolo.

²⁵⁰ Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

²⁵¹ Direttiva 58/2002/CE del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), c.d. direttiva *e-Privacy*.

²⁵² Direttiva 680/2016/UE del 27 aprile 2016, 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 esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

²⁵³ V. *retro*, paragrafo 4 del presente capitolo.

democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Si lascia quindi agli Stati un certo margine di apprezzamento nel prevedere misure che incidano sulla sfera privata degli individui. Ciò che si richiede è che sia rispettato un triplice test, costituito dal c.d. *procedural test*, secondo cui l'interferenza deve essere conforme alla legge, dal c.d. *legitimate test*, richiedente che l'interferenza persegua un interesse legittimo e infine dal c.d. *substantive test*, relativo alla necessità dell'interferenza in una società democratica²⁵⁴. È evidente che si tratta, salvo che per il primo test²⁵⁵, di requisiti piuttosto ampi, che richiamano chiaramente i principi di legalità e proporzionalità, e soprattutto rispetto ai quali la discrezionalità dei legislatori nazionali risulta particolarmente vasta. Spetta agli Stati infatti definire i contorni degli ambiti *lato sensu* attinenti alla sicurezza pubblica elencati dalla disposizione. Spetta altresì agli Stati stabilire la necessità della misura rispetto a tali cruciali obiettivi²⁵⁶. Ciò detto, proprio l'ultimo test sembra quello che più potrebbe aprire la porta a rigorosi scrutini da parte della Corte di Strasburgo, poiché potrebbe essere interpretato come un richiamo a un onere giustificativo della scelta circa la prevalenza dell'interesse collettivo sulla protezione della *privacy* particolarmente stretto in capo agli Stati. In altri termini, il margine discrezionale non può tramutarsi in arbitrio e va di pari passo con un controllo europeo sugli interessi in gioco e la gravità dell'ingerenza²⁵⁷. Di recente, la Corte Edu si è concentrata invece soprattutto sul requisito della conformità alla legge, ribadendo la legittimità di una forma di sorveglianza di massa da parte degli Stati purché siano soddisfatti i requisiti posti dall'art. 8 CEDU²⁵⁸.

²⁵⁴ Si veda P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Giuffrè, 2020, p. 51.

²⁵⁵ La conformità alla legge è assicurata da una previsione legislativa che abbia le caratteristiche della prevedibilità, della accessibilità a tutti gli interessati e della sufficiente chiarezza e precisione.

²⁵⁶ Si veda, in senso critico rispetto all'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati, L. BACHMAIER WINTER, *Criminal investigation and right of privacy: the case-law of the European Court of Human Rights and its limits*, in *Lex et Scientia*, 2009, n. 2, pp. 18-19.

²⁵⁷ Sul punto, v. S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione Europa*, in AA.VV., *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, cit., p. 73.

²⁵⁸ Corte Edu, 13 settembre 2018, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048>, § 314. A commento della sentenza, v. M. CATANZARITI, *La dimensione extraterritoriale della sorveglianza di massa*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2019, n. 2, p. 335 ss.; C. CINELLI, *Sorveglianza digitale, sicurezza nazionale e tutela dei diritti umani*, in *OIDU*, 2020, n. 3, p. 21 ss.; F. ERTOLA, "Mass surveillance" e diritto alla "privacy", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 653 ss.; G. TIBERI, *Il caso "Big Brother Watch" quale cambio di*

Una tutela più articolata del diritto alla riservatezza è contenuta negli articoli 7 e 8 CDFUE. Il primo enuncia il classico diritto al rispetto della vita privata, includendovi il rispetto delle «comunicazioni» proprie dell'individuo. Il secondo invece pone un vero e proprio diritto alla protezione dei dati personali²⁵⁹, specificando che i dati «devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge», che «ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica» (art. 8 paragrafo 2 CDFUE) e che «il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente» (art. 8 paragrafo 3 CDFUE). In questo caso per individuare i limiti entro i quali è consentita agli Stati un'interferenza con tali diritti occorre fare riferimento al già citato art. 52 paragrafo 1 CDFUE.

L'art. 8 CDFUE è la norma che più di tutte ha contribuito a un innalzamento del livello di tutela apprestato rispetto ai dati personali. Essa era stata posta nell'intento di differenziare, all'interno del diritto alla riservatezza, tra il tradizionale diritto al rispetto della vita privata e familiare ed il più moderno diritto alla protezione dei dati aventi carattere personale. In questo senso doveva trattarsi di un "aggiornamento" dell'art. 8 CEDU imposto dal mutato contesto sociale e, soprattutto, tecnologico. Eppure, la disposizione ha finito per rivestire un autonomo ruolo ben più incisivo, e cioè quello di codificare un vero e proprio diritto fondamentale. L'art. 8 CDFUE si pone infatti come norma che eleva il rango del diritto alla protezione dei dati personali, che già andava emergendo tramite una serie di disposizioni, espressamente richiamate nelle note

paradigma nel bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali?, in *Quad. cost.*, 2018, p. 931 ss. Il caso è stato nuovamente affrontato dalla Grande Camera della Corte (Corte Edu, Grande Camera, 25 maggio 2021, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210077>). L'impianto della sentenza precedente non è stato cambiato ed è stato confermato il superamento, per quanto riguarda le *bulk interceptions*, del più stringente orientamento sviluppato nei precedenti casi *Zakharov* (già citato) e *Szabó e Vissy* (Corte Edu, 12 gennaio 2016, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020>, per un approfondimento del quale v. S. CRESPI, *Sicurezza nazionale e diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza UE in materia di tutela dei dati personali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 983 ss. e M. RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e "privacy": nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi*, 2016, n. 23, p. 26 ss.). Per un'analisi più dettagliata della giurisprudenza della Corte Edu in tema di sorveglianza di massa si rinvia a P. PERRI, *Sorveglianza elettronica*, cit., p. 55.

²⁵⁹ Sul punto vedi O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 572.

esplicative alla Carta²⁶⁰. Non solo, esso segna anche il superamento definitivo dell'originaria concezione del diritto alla *privacy* quale prerogativa esclusivamente negativa, sancendo al contrario la necessaria predisposizione di un corpo di regole e principi posti a tutela del diritto. La disposizione *de qua*, pertanto, «rappresenta il culmine del percorso di emersione e di costituzionalizzazione del diritto europeo alla protezione dei dati personali»²⁶¹. Così interpretato, il diritto in questione innalza il livello di tutela da assegnare ai dati personali anche in confronto al citato diritto all'autodeterminazione informativa tedesca²⁶²: l'art. 8 CDFUE pare mirare alla creazione di uno statuto dei dati personali, tale da assicurare ad essi adeguata protezione a prescindere - in una serie di casi - dal consenso dell'interessato²⁶³.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha utilizzato l'art. 8 CDFUE quale parametro di legittimità, quale norma di ri-orientamento costituzionale *ex post* del sistema. Una delle prime pronunce che lo ha preso a paradigma è la sentenza *Volker*²⁶⁴, in cui la Corte ha affermato la lesione del principio di proporzionalità da parte di alcune disposizioni che statuivano l'obbligo di pubblicazione dei nominativi delle persone fisiche beneficiarie di fondi agricoli europei²⁶⁵. Nel caso *Volker* la Corte sembra tuttavia ancora molto legata all'art. 8 CEDU, esplicitamente richiamato, e non pare assegnare un ruolo particolarmente innovativo all'art. 8 CDFUE, sempre affiancato all'art. 7 CDFUE.

²⁶⁰ Il riferimento è all'art. 8 CEDU, all'art. 16 TFUE (*ex art.* 286 TCE), alla direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, al regolamento n. 45/2001 concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati.

²⁶¹ O. POLLICINO - M. BASSINI, *sub art.* 8, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 135.

²⁶² V. *retro*, paragrafo 4 del presente capitolo.

²⁶³ H. KRANENBORG, *sub art.* 8 (Protection of Personal Data), in AA.VV., *The EU Charter*, cit., p. 239.

²⁶⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0092>. Per un commento alla pronuncia v., tra i tanti, G. MARTINICO, *sub art.* 7, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 125.

²⁶⁵ Gli articoli 42 punto 8-ter e 44-bis regolamento 2005/1290/CE del 21 giugno 2005, relativo al finanziamento della politica agricola comune e il regolamento 2008/259/CE del 18 marzo 2008 recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1290/2005 del Consiglio per quanto riguarda la pubblicazione di informazioni sui beneficiari dei finanziamenti provenienti dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR).

Un decisivo passo in avanti nel peso assegnato al diritto alla protezione dei dati personali e nell'autonomia ad esso assegnata si realizza con le pronunce dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia del 2014 *Google Spain*²⁶⁶ e *Digital Rights Ireland*, già citata.

Con la prima sentenza, la Corte sancisce, quale regola generale²⁶⁷, il diritto alla deindicizzazione da parte dei motori di ricerca dei dati riguardanti una certa persona *on-line*. Si tratta del c.d. diritto all'oblio²⁶⁸, cui si contrappone quello all'esercizio della libertà di informazione, che si lega non solo all'interesse economico del motore di ricerca ma soprattutto all'interesse della collettività ad accedere a certe informazioni relative a una data persona. Molto significativo dunque che il diritto alla *privacy* venga fatto prevalere, seppur a certe condizioni, su un diritto di rango così elevato, sancito anche all'art. 11 CDFUE. Ciò è sintomo di come la Corte di Lussemburgo inizi ad emanciparsi dalle sue prime pronunce, ancora molto influenzate dalla giurisprudenza della Corte Edu, nelle quali spesso si ricordava espressamente come il diritto in questione sia suscettibile di compressione ove sia necessario per il perseguimento di interessi generali e non venga leso il principio di proporzione²⁶⁹. Ebbene, nel bilanciamento fra interessi confliggenti, è evidente il peso assunto dal diritto alla riservatezza nella prospettiva della Corte di

²⁶⁶ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1242 ss., con nota di S. RICCI, *Le ricadute penali della sentenza della Corte di Giustizia europea sul diritto all'oblio*. V. anche, tra i tanti, O. POLLICINO, *Un digital right to privacy*, cit., p. 569 ss. Nel medesimo solco di tale sentenza, si veda Corte di Giustizia, 24 settembre 2019, *CNILL c. Google*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 228 ss., con nota di L. GRIMALDI, *Diritto alla deindicizzazione: dati sensibili, poteri e responsabilità*.

²⁶⁷ Non sussiste tale diritto alla deindicizzazione qualora risultasse, per ragioni particolari, come ad esempio il ruolo ricoperto dalla persona nella vita pubblica, che vi sia un interesse preponderante del pubblico all'accesso all'informazione che il soggetto richiede non venga più associata al suo nome sul *web* (Corte di Giustizia, *Google Spain*, cit., p. 1242).

²⁶⁸ In realtà alcuni autori distinguono la soluzione individuata dalla Corte di Giustizia, consistente nel diritto alla deindicizzazione, dal c.d. diritto all'oblio, che consisterebbe non già nella semplice rimozione dei *link* che colleghino la persona alla notizia ma nella rimozione della notizia stessa (ad esempio, F. PIZZETTI, *Le Autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di giustizia sul caso Google Spain: è tempo di fa cadere il 'Velo di Maya'*, in AA.VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH, RomaTre-Press, 2015, pp. 257-258 e 268-269). V. sul punto L. GRIMALDI, *Diritto alla deindicizzazione*, cit., p. 264.

²⁶⁹ Si veda, per tutte, Corte di Giustizia, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Repubblica d'Austria*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 1790. A commento della sentenza v., tra i tanti, A. GRATANI, *Tutela ambientale e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, p. 793 ss.

Giustizia²⁷⁰. Si tenga altresì presente che il diritto all'oblio trova ormai un riferimento normativo espresso nell'art. 17 regolamento 2016/679/UE (*General Data Protection Regulation*, GDPR)²⁷¹.

Con la seconda sentenza si entra invece nel vivo della questione che più interessa ai fini della presente indagine, ovverossia la legittimità dei sistemi nazionali di *data retention*. Con tale termine si indica la regolamentazione degli obblighi di conservazione, da parte dei fornitori di servizi di comunicazione telefonica o elettronica, di un ampio novero di dati connessi all'erogazione dei servizi che tali gestori offrono agli utenti. In particolare, ci si riferisce ai c.d. tabulati, da cui ricavare una serie di attività che si svolgono mediante dispositivi mobili, come le telefonate in entrata e in uscita e i dati relativi alla localizzazione dei dispositivi²⁷².

Preliminarmente, la Corte opera una distinzione tra le funzioni svolte rispettivamente dagli articoli 7 e 8 CDFUE. Si nota infatti come la mera conservazione di dati personali sia potenzialmente idonea a ledere l'art. 7 CDFUE, non richiedendosi necessariamente che si tratti di dati sensibili²⁷³. Si prosegue poi sottolineando come ove si ricada in un'ipotesi di trattamento dei dati personali, entri in gioco l'art. 8 CDFUE, che svolge una fondamentale funzione servente rispetto all'art. 7 CDFUE. Esso, come anticipato, impone l'adozione di un *corpus* normativo che contenga misure tecniche e organizzative in grado di contrastare il rischio di distruzione, perdita o alterazione dei dati e che regoli l'accesso ai dati da parte delle autorità pubbliche²⁷⁴.

Alla luce di tale cornice ermeneutica, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della direttiva 2006/24/CE²⁷⁵, che, agli articoli da 1 a 9, 11 e 13, prevedeva l'obbligo in capo ai

²⁷⁰ Si segnala inoltre come anche le Sezioni unite civili della Corte di cassazione abbiano riconosciuto, in linea di principio, simile diritto in capo a chi vi sia interessato: Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Dir. inf.*, 2019, p. 1011 ss. A commento della sentenza v., tra i tanti, R. PARTOLESI, *Oblio e anonimato storiografico: 'usque tandem...'*?, in *Foro it.*, 2019, p. 3082 ss.

²⁷¹ Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

²⁷² Si riprende qui la definizione fornita da M. TORRE, *Privacy*, cit., p. 49, che a sua volta rinvia sul punto a S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 del codice privacy da parte del D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 11, p. 153 ss.

²⁷³ Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 865.

²⁷⁴ Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 869.

²⁷⁵ Direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti

gestori delle comunicazioni di trattenere moltissimi dati riferibili agli utenti per un periodo compreso tra i sei mesi e i due anni. La direttiva, chiaramente derogatoria del regime di tutela del diritto al rispetto della vita privata così come enunciato nelle citate direttive 95/46/CE e 58/2002/CE²⁷⁶ e inserita in ragione della situazione politica contingente caratterizzata da forti preoccupazioni securitarie in seguito a importanti attentati terroristici, era finalizzata a garantire la possibilità di accedere a tali dati agli organi investigativi degli Stati membri per la persecuzione di crimini gravi²⁷⁷. Si precisa che un regime di *data retention* a ciò finalizzato è astrattamente legittimo, poiché si tratta di finalità che risponde a un interesse generale e che ben può essere perseguita mediante l'accesso a dati del tipo di quelli individuati nella direttiva 2006/24/CE²⁷⁸. E tuttavia, affinché un'ingerenza siffatta nel diritto alla protezione dei dati personali ed in quello del rispetto alla vita privata possa ritenersi proporzionata ex art. 52 paragrafo 1 CDFUE, la medesima ingerenza deve possedere una serie di caratteristiche.

Ora, la *Data Retention Directive* è stata ritenuta incompatibile con gli articoli 7, 8 e 52 CDFUE sotto molteplici profili: non contemplava alcuna comunicazione agli utenti circa la conservazione ed il successivo accesso ai loro dati, con conseguente rischio di ingenerare in essi «la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza»²⁷⁹; si riferiva potenzialmente a qualunque mezzo di comunicazione ed a qualunque persona, anche non collegata ad alcuna indagine in corso relativa a crimini gravi, la cui qualificazione come tali era per di più rimessa agli Stati membri; non stabiliva criteri oggettivi tesi a limitare l'accesso e l'uso dei dati da parte delle autorità nazionali, non imponendo alcun controllo preventivo a tal fine da parte di una corte o di un organo amministrativo indipendente e neppure introducendo al riguardo salvaguardie sostanziali e procedurali; non assegnava agli Stati la possibilità di modulare i periodi di conservazione dei dati in modo flessibile, sulla base dello scopo perseguito; non dettava delle regole circa la sicurezza dei dati detenuti dai gestori, né circa la distruzione irreversibile degli stessi²⁸⁰.

pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, c.d. *Data Retention Directive* o direttiva Frattini.

²⁷⁶ Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 865.

²⁷⁷ Per un approfondimento riguardo alla genesi della direttiva, nonché riguardo al periodo di vigenza della stessa, v. D. FENNELLY, *Data retention: the life, death and afterlife of a directive*, in *ERA Forum*, 2019, p. 673 ss.

²⁷⁸ Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 866 ss.

²⁷⁹ Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 866.

²⁸⁰ Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 869 ss.

Traducendo tali limiti della direttiva indicati dalla Corte in caratteristiche positive di un regime nazionale di *data retention*, si ottiene un test di proporzionalità specifico per il settore. Tale test si trova dunque a poter essere applicato a tutte le normative nazionali emanate sulla base della direttiva dichiarata invalida alla luce del mutato contesto normativo, che torna ad avere quale riferimento principale la citata direttiva *e-Privacy* del 2002. L'art. 15 di quest'ultima direttiva statuisce che gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi ivi sanciti a tutela della riservatezza dei dati²⁸¹ qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per salvaguardare la sicurezza nazionale, la difesa, la sicurezza pubblica o ancora abbia come obiettivo la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento dei reati, ovvero l'uso non autorizzato di sistemi di comunicazione elettronica. La disposizione prevede poi espressamente che «a tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato» per i suddetti motivi.

Non stupisce affatto quindi, alla luce del mutato paradigma a livello sovranazionale, che la sentenza *Digital Rights Ireland* abbia inaugurato una vera e propria “saga” giudiziaria: a tale sentenza sono seguite altre pronunce in tema di *data retention* che hanno, per così dire, specificato gradualmente i punti del test di proporzionalità ricavabile in via interpretativa dalla sentenza *Digital Rights Ireland*, sino ad arrivare alla «dirompente»²⁸² sentenza *H.K.* del 2 marzo 2021²⁸³. Infatti, solo in seguito a tale

²⁸¹ La norma si riferisce espressamente agli articoli 5, 6, 8 (paragrafi da 1 a 4) e 9 direttiva *e-Privacy*. Tali disposizioni proteggono rispettivamente la riservatezza delle comunicazioni, dei dati sul traffico telefonico, dell'identificazione della linea chiamante e collegata e dei dati relativi all'ubicazione diversi da quelli relativi al traffico.

²⁸² G. SPANGHER, *Per un equilibrio tra diverse esigenze necessaria una modifica legislativa*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 35.

²⁸³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 marzo 2021, *H.K.*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2556 ss., con nota di P. DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?*. A commento, v. anche G. AMATO, *Gli effetti di una pronuncia nella quale la vita privata prevale sulle indagini*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 28 ss.; G. BATTARINO, *CGUE e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, in *Quest. giust.*, 21 aprile 2021; G. CASCONE, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea definisce le condizioni per la legittimità delle normative nazionali in materia di acquisizione dei tabulati. Le ripercussioni sull'ordinamento italiano della sentenza del 2 marzo 2021 (c-746/18) nel caso H.K.*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 419 ss.; A. CISTERNA, *Data retention: dalla Corte di giustizia una rivoluzione in “punta di piedi”*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 15 ss.; C. GRECO, *Quest'acquisizione non s'ha da fare: ennesimo ‘no’ della Corte di Giustizia alla data retention indiscriminata in campo penale*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 235 ss.; L. FILIPPI, *Il legislatore deve urgentemente riformare la*

pronuncia, che a ben vedere riprende per lo più posizioni già precedentemente espresse nella “*data retention saga*”²⁸⁴, molte affermazioni sono parse non più ignorabili da parte dei legislatori nazionali, incluso quello italiano, che è prontamente intervenuto. Occorre a questo punto esplorare come il legislatore nazionale abbia recepito le indicazioni provenienti dagli organi sovranazionali, al fine di verificare se la normativa attualmente vigente in tema di *data retention* rappresenti una estrinsecazione del generale principio di proporzionalità.

4.2.1. La conservazione dei dati: presupposti, estensione e termini di durata

Quale primo elemento della tutela accordata ai cittadini in tema di dati personali, bisogna considerare la disciplina, rivolta ai gestori delle comunicazioni, inerente alla conservazione dei dati.

disciplina dell’acquisizione dei tabulati relativi al traffico e all’ubicazione, in *Il Penalista*, 15 marzo 2021; ID., *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *Diritto di difesa*, 20 marzo 2021; E.N. LA ROCCA, *Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne*, in *Arch. pen.*, 29 aprile 2021; G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sist. pen.*, 31 maggio 2021; T. RAFARACI, *Verso una law of evidence dei dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 853 ss.; F. RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in *Giustizia insieme*, 6 marzo 2021; F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l’intervento del legislatore*, in *Giur. pen.*, 11 maggio 2021; S. ROVELLI, *Case Prokuratuur: Proportionality and the Independence of Authorities in Data Retention*, in *European papers*, 2021, n. 1, p. 199 ss.; R. SCIAUDONE, *Indispensabile una riscrittura del Cdp per allinearsi agli orientamenti Ue*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 31 ss.; G. SPANGHER, *I tabulati: un difficile equilibrio tra esigenze di accertamento e tutela di diritti fondamentali*, in *Giustizia insieme*, 3 maggio 2021; ID., *Per un equilibrio*, cit., pp. 35-36.

²⁸⁴ Le “tappe intermedie” essenziali della “*data retention saga*”, che si ipotizza prendere avvio con la citata sentenza *Digital Rights Ireland* e che comunque prosegue anche dopo la citata sentenza *H.K.*, si possono senz’altro individuare nelle seguenti pronunce della Corte di Giustizia: Corte di Giustizia, *Tele2 Sverige*, cit.; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 2 ottobre 2018, *Ministerio fiscal*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 905 ss. (a commento, v. G. FORMICI, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministerio Fiscal*, in *Oss. cost.*, 2018, n. 3, p. 453 ss. e G. MILIZIA, *La polizia può accedere ai dati personali dei titolari delle SIM attivate su cellulari rubati*, in *Dir. e giust.*, 2 ottobre 2018); Corte di Giustizia, Grande Sezione, 6 ottobre 2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e altri*, in *Federalismi*, 28 dicembre 2020 (a commento v. G. FORMICI, *La data retention saga al capolinea?*, cit., p. 1361 ss.; M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention*, cit., p. 93 ss.; M. ZALNIERIUTE, *The Future of Data Retention Regimes*, cit.); Corte di Giustizia, *La Quadrature du Net*, cit., p. 157 ss.

Il nostro sistema configura un obbligo di conservazione generalizzato e indifferenziato dei dati in capo ai *providers*. Solo in un secondo momento, in quello cioè dell'accesso dell'autorità, avviene una selezione. Ebbene, tale impostazione pare destinata ad essere superata in favore di un modello fondato sulla necessità di una previa ingiunzione di un'autorità giudiziaria o amministrativa anche per la sola raccolta dei dati, in cui siano imposti limiti spaziali e temporali. La raccolta, si badi bene, potrebbe essere a questo punto generalizzata (riferibile, cioè, a un numero indefinito di soggetti) ma troverebbe la sua legittimazione in un atto che ne delimiti i confini territoriali e la durata. Si può sin d'ora ipotizzare, quindi, che a livello eurolunitario tale posizione verrà ulteriormente sviluppata²⁸⁵, sulla scia dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che già richiede un simile modello di raccolta dei dati²⁸⁶. Ciò in coerenza con l'ormai definitivo cambio di paradigma in tema di protezione dei dati personali: se non solo l'accesso ai dati da parte dell'autorità pubblica rappresenta un'invasione della sfera

²⁸⁵ Si tengano presenti i lavori in corso per l'approvazione di un nuovo "regolamento *e-Privacy*", che andrà a sostituire la citata direttiva *e-Privacy*.

²⁸⁶ Corte di Giustizia, *G.D. c. The Commissioner of the Garda Síochána*, cit., p. 2348; Corte di Giustizia, *La Quadrature du Net*, cit., p. 201. F. IOVENE, *Nuova decisione della Corte di Giustizia*, cit., p. 2373 ss. sottolinea l'incompatibilità del nostro ordinamento con queste pronunce e la necessità di un intervento del legislatore, almeno con riguardo ai dati di traffico e sull'ubicazione (non invece rispetto agli indirizzi IP). Ancora più di recente, v. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 20 settembre 2022, *VD e SR*, in *Giustizia insieme*, 23 settembre 2022, §§ 94-95, con nota di F. RESTA, *La Corte di giustizia europea*, cit. (su cui v. anche V. TARTARA, *La Corte di giustizia conferma il "divieto di conservazione generalizzata e indiscriminata" dei dati relativi al traffico delle comunicazioni elettroniche per finalità preventive di contrasto alla criminalità. Possibili ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Sist. pen.*, 12/2022, p. 173 ss.) e, soprattutto, Corte di Giustizia, *SpaceNet AG*, cit., § 75, § 108 ss. e § 131. In quest'ultima sentenza si stabilisce chiaramente che solo nel caso in cui lo Stato affronti una minaccia grave, reale e attuale o prevedibile, per la sicurezza nazionale è possibile ordinare una conservazione, pur sempre tramite un'ingiunzione soggetta a controllo giurisdizionale e che fissi un limite temporale (prorogabile), generalizzata e indiscriminata dei dati. Per il contrasto a forme gravi di criminalità la Corte di Giustizia consente una conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate (elemento, questo, già emerso, rispetto all'accesso ai dati, in Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2561, in cui la Corte chiariva come solo per fini di sicurezza nazionale è possibile acquisire dati di persone non sospettate della commissione di un reato) o mediante un criterio geografico, per un periodo (rinnovabile) temporalmente limitato allo stretto necessario. Allo stesso fine, per i giudici di Lussemburgo è possibile la conservazione generalizzata e indiscriminata dei soli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione (sempre per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario). Gli unici dati, insomma, che gli Stati potrebbero conservare indiscriminatamente per la repressione e l'accertamento dei reati in generale, sarebbero quelli relativi all'identità anagrafica degli utenti. Infine, è reputata legittima la «conservazione rapida» dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione imposta tramite ingiunzione soggetta a controllo giurisdizionale e per un tempo determinato (Corte di Giustizia, *SpaceNet AG*, cit., § 131).

privata individuale, ma anche la mera conservazione dei dati da parte dei soggetti, per lo più privati, che tali dati gestiscono, allora la tutela va anticipata al momento della loro raccolta e conservazione. Alla base del ragionamento c'è proprio il principio di proporzionalità, che in questa materia impone che le intrusioni nella vita privata abbiano luogo secondo criteri di stretta necessità²⁸⁷.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, dopo aver considerato unitariamente i due momenti della conservazione e dell'accesso nella citata pronuncia *Tele2 Sverige*²⁸⁸, li ha distinti chiaramente²⁸⁹. Essa ha specificato altresì come un trattamento dei dati rispettoso del principio di proporzionalità imponga innanzitutto che il legislatore stabilisca un limite ragionevole alla durata massima per cui possono essere conservati. Non a caso, come detto²⁹⁰, la citata sentenza *Digital Rights Ireland*, aveva dichiarato l'illegittimità di un tempo di conservazione pari a un periodo compreso tra i sei mesi e i due anni.

Per quanto riguarda la disciplina italiana, che sul punto non ha subito modifiche ad opera del citato d.l. n. 132/2021, il primo comma dell'art. 132 codice *privacy* fissa in ventiquattro mesi dalla data della comunicazione il tempo per il quale il fornitore deve conservare i dati relativi al traffico telefonico e in dodici mesi quelli relativi al traffico telematico «per finalità di accertamento e repressione dei reati» (escludendo sempre i contenuti delle comunicazioni). Il comma 1-bis della disposizione impone invece che i dati relativi alle chiamate senza risposta siano conservati per trenta giorni. Tuttavia, il nuovo comma 5-bis dell'art. 132 codice *privacy*, introdotto ad opera del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 al fine di adeguare la normativa nazionale al c.d. pacchetto protezione dati del legislatore europeo consistente nei già menzionati regolamento 2016/679/UE (GDPR) e direttiva 2016/680/UE²⁹¹, fa salva la disciplina di cui all'articolo 24 della legge 20 novembre 2017, n. 167. Tale ultima norma stabilisce un termine di conservazione dei dati

²⁸⁷ Tali considerazioni sono riprese da M. CAIANIELLO, nel Webinar “L’acquisizione di dati relativi al traffico telefonico/informatico o relativi all’ubicazione fra Codice Privacy e primauté del diritto UE. Incontri di procedura penale”, Università di Trento, 13 maggio 2021.

²⁸⁸ Così, condivisibilmente, O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 5, in nota. Nello stesso senso, G. FORMICI, *Tutela della riservatezza*, cit., p. 466.

²⁸⁹ Chiarissima sul punto, ad esempio, Corte di Giustizia, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 918. Ancora più di recente, v. Corte di Giustizia, *G.D. c. The Commissioner of the Garda Síochána*, cit., p. 2350 ss.

²⁹⁰ V. *retro*, paragrafo 4.2 del presente capitolo.

²⁹¹ Tale direttiva, relativa al trattamento dei dati per finalità di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati e per l'esecuzione di sanzioni penali, ha in realtà un'influenza pressoché nulla sul procedimento penale italiano, come affermato da M. TORRE, *Privacy*, cit., p. 42. Manca infatti qualunque forma di giustiziabilità del complesso apparato di garanzie apprestato dalla direttiva e dal decreto 18 maggio 2018, n. 51 che ad essa dà attuazione.

di traffico telefonico, telematico e relativo alle chiamate senza risposta di settantadue mesi in rapporto all'accertamento e alla repressione dei delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo (art. 51 comma 3-*quater* c.p.p.) e dei reati ricompresi nell'elenco di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. Il legislatore incappa evidentemente nel medesimo errore rintracciabile nella citata sentenza *Tele2 Sverige* della Corte di Giustizia, che consiste - come detto - nella mancata distinzione tra disciplina della conservazione dei dati e disciplina dell'accesso ai dati. Quella che è introdotta come una clausola di salvezza da applicare in casi eccezionali in ragione dell'importanza attribuita alle indagini relative a certi reati diviene infatti inevitabilmente la regola, poiché per rispettare la legge i fornitori di servizi di comunicazione, ovviamente ignari delle finalità per le quali i dati che conservano potranno essere utilizzati, non potranno che conservare tutti i dati, indistintamente, per un periodo di settantadue mesi²⁹². I tempi indicati per la conservazione dei dati nel primo comma dell'art. 132 codice *privacy* divengono giocoforza termini dettati per valutare la legittimità dell'accesso agli stessi da parte delle autorità. Ma anche la "mera" conservazione di dati quali quelli relativi alle chiamate senza risposta per un lasso di tempo così ampio pare in contrasto con la protezione dei dati personali sancita dall'art. 8 CDFUE, come interpretato dalla Corte di Lussemburgo²⁹³.

4.2.2. La proporzionalità in astratto tra gravità dell'ingerenza e gravità dei reati per cui si procede

Una delle più vistose carenze della normativa italiana antecedente al citato d.l. 132/2021 riguardava la possibilità per l'autorità giudiziaria di accedere ai dati detenuti dai gestori dei servizi informatici nell'ambito di indagini relative a qualunque reato.

²⁹² S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention*, cit. p. 157. V. anche E. ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 17 dicembre 2020, pp. 15-16 e M. TORRE, *Privacy*, cit., p. 52.

²⁹³ In questo senso M. TORRE, *Privacy*, cit., p. 53 ed E. ANDOLINA, *La raccolta dei dati*, cit., p. 16. Denunciano poi tale persistente criticità della disciplina italiana, anche dopo l'entrata in vigore del citato d.l. n. 132/2021, L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici e rispetto della vita privata*, in *Diritto di difesa*, 15 febbraio 2022, p. 13; ID., *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penaledp*, 1° ottobre 2021; F. RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *Giur. pen.*, 2021, n. 10, p. 29. In particolare poi F. RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in *Giustizia insieme*, 2 ottobre 2021, p. 6 segnala l'incongruenza con Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit. e Corte di Giustizia, *Privacy International*, cit.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel sancire il divieto di un regime generalizzato di acquisizione dei dati (*bulk data retention*), ha posto quale primo requisito necessario perché un sistema rispetti il principio di proporzionalità la finalizzazione dell'accesso alla prevenzione e repressione di “reati gravi”²⁹⁴. Più precisamente, la Corte ha specificato come ciò sia necessario là dove ci si trovi di fronte a una “grave ingerenza” nei diritti fondamentali²⁹⁵. I giudici di Lussemburgo notano infatti come l'art. 15 CDFUE consenta la limitazione del diritto alla riservatezza per la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento «dei reati», non richiedendo affatto che si tratti di reati gravi. La gravità del reato perseguito è tuttavia necessaria allorché l'accesso si riferisca a dati che consentano di «trarre conclusioni precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono oggetto di attenzione»²⁹⁶. Si sposta in tal modo l'attenzione sui dati a cui le autorità statuali accedono: qualora da essi si possano trarre elementi idonei a ricostruire in modo dettagliato la vita privata delle persone coinvolte, allora risultano violati gli articoli 7 e 8 CDFUE, altrimenti l'interferenza è legittima ex art. 15 direttiva *e-Privacy*. In sostanza, si introduce un nuovo presupposto affinché si possa fare applicazione del test di proporzionalità sviluppato dalla sentenza *Digital Rights Ireland* e affinato nella successiva *Tele2 Sverige*, consistente nella serietà dell'interferenza nel diritto alla riservatezza²⁹⁷. La Corte ha altresì specificato come tale presupposto vada valutato esclusivamente con riferimento alla tipologia di dati raccolti, senza che altre caratteristiche dell'accesso rientranti nel test di proporzionalità possano controbilanciarlo²⁹⁸. Sempre ragionando in termini di proporzionalità in astratto, si è affermato che, però, in linea generale, l'obiettivo

²⁹⁴ Per la prima chiara enunciazione di tale requisito, v. Corte di Giustizia, *Tele2 Sverige*, cit., p. 1013.

²⁹⁵ Tale chiarimento è stato fornito da Corte di Giustizia, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 919.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ La Corte segue dunque la linea prospettata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale H. S. ØE del 3 maggio 2018, consultabili al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62016CC0207>, § 79. Sul punto E. ARTEMIOU, *The way out of Digital Rights Ireland*, in www.law.kuleuven.be, 19 giugno 2018. Per un approfondimento, v. E. CELESTE, *The Court of Justice and the Ban on Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, n. 1, p. 144.

²⁹⁸ In questi termini Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2558. V., sul punto, A. MALACARNE, “Gravità” dell'ingerenza e “terzietà” dell'organo titolare del potere autorizzatorio: vecchi e nuovi principi in materia di data retention, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1166.

di salvaguardia della sicurezza nazionale possa giustificare misure comportanti ingerenze nei diritti fondamentali più gravi di quelle normalmente consentite²⁹⁹.

L'art. 132 codice *privacy* così come modificato dal citato d.l. n. 132/2021, consente l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico e telematico per l'accertamento di reati per i quali «la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni» e a quelli di «minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi». Il legislatore, dunque, introduce il criterio della proporzionalità in astratto, riconducibile alla proporzionalità della pena di cui all'art. 49 CDFUE, in parallelo con l'art. 266 c.p.p. Si è scelto, tuttavia, di mantenere in piedi la premessa teorica che vede nell'acquisizione dei dati un'attività dotata di capacità intrusive minori rispetto alle intercettazioni di comunicazioni, attraverso l'individuazione di un perimetro di reati più ampio³⁰⁰. A ciò si aggiunge, come accade nel caso dell'art. 266 c.p.p., un criterio qualitativo, giustificato dalle caratteristiche dei reati considerati. A tal riguardo, si noti come una certa discrezionalità è comunque lasciata all'autorità giudiziaria relativamente alla definizione della “gravità” della molestia³⁰¹.

Ma soprattutto, la nostra giurisprudenza sarà presto chiamata a chiarire se nella nozione di «dati relativi al traffico telematico», per la cui acquisizione si applica la disciplina di cui all'art. 132 codice *privacy*, rientri ogni genere di dato, inclusi ad esempio quelli sull'ubicazione e i c.d. “*files di log*” (che consentono l'acquisizione dell'indirizzo IP) ovvero se sia opportuno distinguere³⁰². La giurisprudenza europea fornisce delle

²⁹⁹ Corte di Giustizia, *Privacy International*, cit., p. 19; Corte di Giustizia, *La Quadrature du Net*, cit., p. 192. Una simile affermazione potrebbe essere in qualche modo pericolosa: si possono cioè senz'altro prevedere requisiti meno stringenti per l'accesso ai dati nel caso in cui l'autorità stia perseguendo reati particolarmente gravi, idonei a mettere a repentaglio la sicurezza nazionale, ma non è possibile pretendere dai gestori delle comunicazioni una preventiva conoscenza della finalità per cui i dati che raccolgono potrebbero essere loro richiesti, con conseguente dilatazione dei tempi di conservazione dei dati indiscriminata. Tuttavia, tale obiezione è presto superata dalla Corte di Giustizia, che, come anticipato, ha di recente specificato che anche in questi casi è comunque necessaria una specifica ingiunzione che ordini ai fornitori dei servizi la conservazione (Corte di Giustizia, *SpaceNet AG*, cit., § 131).

³⁰⁰ Sul punto, v. A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza*, cit., p. 5. Esprimono un giudizio positivo circa tale scelta C. PARODI, *Sottratto al P.M. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *Il Penalista*, 1° ottobre 2021, p. 4 e F. RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 5.

³⁰¹ Per un breve approfondimento sul punto, v. G. AMATO, *Nella “costruzione” normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida dir.*, 2021, n. 39, p. 23 e F. RINALDINI, *La nuova disciplina*, cit., p. 17.

³⁰² Una prima risposta si può rintracciare in Cass., sez. V, 24 febbraio 2022, n. 8968, in *Il Penalista*, 28 marzo 2022, §§ 4.3.2-4.3.3, con nota di C. PARODI, *Il regime transitorio dei tabulati telefonici*:

indicazioni in merito. Ad esempio, la Corte di Lussemburgo ha sostenuto come in ogni caso l'acquisizione di dati relativi all'indirizzo IP integri una "grave ingerenza" nei diritti fondamentali³⁰³, a differenza di quella di dati che consentano esclusivamente di venire a conoscenza dell'identità civile di un soggetto³⁰⁴. Da ciò, è stata fatta discendere la possibilità, a differenza che per i secondi, di conservare i primi solo in relazione a gravi reati e previa delimitazione temporale dell'acquisizione³⁰⁵. Tuttavia, molto resta nelle mani di legislatori e giudici nazionali nell'interpretazione circa il concetto di "gravità dell'ingerenza", purché la sua definizione resti basata esclusivamente sul tipo di dati acquisiti e sulla loro attitudine a consentire di ricostruire abitudini, opinioni e altri aspetti della vita privata. A ben vedere, lo sforzo richiesto ai nostri giudici, là dove non preferiscano - in senso garantista, sia ben chiaro - accedere a un'interpretazione onnicomprensiva dell'espressione *de qua*, non è di poco conto. Al di là della scelta legislativa di prevedere un perimetro di reati più ampio rispetto a quello delineato dall'art. 266 c.p.p. per le intercettazioni, occorre infatti uscire definitivamente dalla logica per cui la maggiore o minore intrusività di un'acquisizione risiederebbe nella sua natura comunicativa o meno.

A tal fine, si dovranno approfondire i criteri utilizzati per distinguere i dati personali. Una proposta interessante è quella secondo la quale si dovrebbe adottare come paradigma la ragionevole aspettativa di confidenzialità di un soggetto rispetto ai dati di

le prime indicazioni della Cassazione. Tale decisione fa rientrare tra i dati relativi al traffico telefonico tutti quelli diversi dal contenuto della comunicazione, attinenti quindi ad autori, tempo, luogo e durata della comunicazione (su tale statuizione, v. anche A. PASTA, *Luci e ombre nella disciplina dei tabulati nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 4459-4460). La sentenza, tuttavia, si pronuncia sul punto solo in via incidentale e pare non prendere posizione con riguardo a dati diversi rispetto a quelli non relativi a una comunicazione strettamente intesa come conversazione telefonica. In dottrina, pare condivisibile la posizione assunta da L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 5 ss. che, a partire dalla definizione fornita dall'art. 121 codice *privacy* («qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione»), accede a un'interpretazione estensiva del concetto di dati relativi al traffico telefonico, tale per cui vi rientrano sia i dati sulla localizzazione (acquisiti mediante tracciamento telefonico o localizzazione satellitare) sia i c.d. *files di log IP*. In senso contrario rispetto a tutti questi dati: G. PESTELLI, *Convertito in legge il D.L. 132/2021: le modifiche apportate (e quelle mancate) in materia di tabulati*, in *Quot. giur.*, 18 novembre 2021, p. 6 ss.; rispetto ai soli dati sull'ubicazione ottenuti mediante localizzazione satellitare di un veicolo: C. PARODI, *Localizzazione e tracciamento: una nuova disciplina?*, in *Il Penalista*, 1° dicembre 2021.

³⁰³ Corte di Giustizia, *La Quadrature du Net*, cit., p. 196.

³⁰⁴ Corte di Giustizia, *Ministerio Fiscal*, cit., p. 920; Corte di Giustizia, *La Quadrature du Net*, cit., pp. 197-198.

³⁰⁵ Corte di Giustizia, *SpaceNet AG*, cit., § 131.

volta in volta suscettibili di essere captati o acquisiti da autorità pubbliche. Ricorrendo a tale canone distintivo si possono qualificare i dati in modo aderente alla realtà odierna, in cui, a seconda del servizio utilizzato, ciascuno di noi si aspetta diversi gradi di protezione in relazione ai propri dati immessi nelle memorie interne di dispositivi elettronici o nel *web*³⁰⁶.

Di certo risulta sempre meno giustificabile uno statuto di garanzie - nonché un bilanciamento tra interessi nel giudizio di proporzionalità - differenziato a seconda del fatto che un dato sia qualificabile o meno come corrispondenza suscettibile di essere intercettata in tempo reale. Non a caso, infatti, anche la Corte Edu ha attribuito la medesima attitudine lesiva alle ingerenze connesse all'acquisizione di dati esterni e a quelle relative alla captazione di contenuto comunicativo, sostenendo che molto spesso l'analisi dei metadati permette di ricostruire aspetti della vita privata di un soggetto in modo molto più dettagliato e capillare di quanto si possa ottenere tramite il contenuto delle sue conversazioni³⁰⁷.

4.2.3. La proporzionalità in concreto: le limitazioni riguardanti le caratteristiche oggettive e soggettive dell'accesso

Là dove richiede che i sistemi di *data retention* nazionali siano mirati e non generalizzati, la Corte di Giustizia intende soprattutto esigere che l'acquisizione dei dati trovi fondamento in una ingiunzione specifica, che acquisisca dati limitati nello spazio e nel tempo, con riferimento a persone previamente individuate³⁰⁸. Tutti elementi questi da definire sulla base di un criterio di stretta necessità per le indagini, in ossequio al principio di proporzionalità³⁰⁹.

Dal punto di vista oggettivo, il citato d.l. n. 132/2021 (come convertito dalla citata legge n. 178/2021) ha sopperito alla lacuna più evidente della disciplina previgente,

³⁰⁶ Un simile canone si può rintracciare, come detto, nella giurisprudenza statunitense (v. *retro*, paragrafi 4 e 4.1.2 del presente capitolo). In dottrina, C. WARKEN, *Classification of Electronic Data for Criminal Law Purposes*, in *eu crim*, 2018, n. 4, pp. 231-232, propone, in applicazione dell'indicato nuovo approccio alla classificazione dei dati personali, una loro distinzione, secondo una scala decrescente di protezione, in dati di significato fondamentale per la vita privata, dati segreti, dati confidenziali condivisi, dati limitatamente accessibili, dati illimitatamente accessibili.

³⁰⁷ Corte Edu, *Big Brother Watch*, cit., § 356. Sul punto, v. I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni*, cit., p. 195 ss. Analogamente, si veda Corte Edu, 24 gennaio 2019, *Catt c. Regno Unito*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-12312>, § 114, in cui si afferma l'applicabilità della giurisprudenza in tema di intercettazioni al caso di conservazione di dati personali da parte di organi investigativi.

³⁰⁸ V., per tutte, Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., pp. 869-870.

³⁰⁹ V., per tutte, Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2559.

ancorando l'acquisizione dei dati alla necessità che vi siano «sufficienti indizi» di reato e che i dati siano «rilevanti per l'accertamento dei fatti» (art. 132 comma 3 codice *privacy*). Chiaro il parallelismo con la disciplina dettata in tema di intercettazioni. Come visto per la selezione delle fattispecie incriminatrici in relazione alle quali è possibile acquisire i dati, anche in questo caso si tratta di simmetria, per così dire, “al ribasso”. Ciò conferma la già indicata volontà del legislatore di continuare a considerare l'acquisizione di dati esterni alle comunicazioni un mezzo investigativo meno invasivo dei diritti individuali rispetto alla captazione in tempo reale del contenuto di conversazioni. Ad ogni modo, è apprezzabile l'inserimento di presupposti oggettivi circa il *fumus delicti* e la rilevanza per le indagini o, più in generale, per l'accertamento dei fatti³¹⁰.

Persiste, invece, una criticità nella mancata indicazione di limiti oggettivi in ordine alla tipologia di dati che l'autorità può richiedere. Quanto alle limitazioni temporali, si è già evidenziato come i tempi di conservazione siano in realtà tempi che definiscono la legittimità dell'accesso, fatta eccezione per il lunghissimo termine di settantadue mesi, che è l'unico che di fatto rileva per i *service providers*³¹¹.

È tuttavia sul piano soggettivo che la normativa appare maggiormente criticabile. Nel test di proporzionalità messo a punto dalla Corte di Giustizia un elemento essenziale è rappresentato dalla delimitazione dei soggetti i cui dati vengono acquisiti. I giudici di Lussemburgo arrivano a richiedere che l'accesso possa avere luogo solo rispetto a dati riferibili a «persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere»³¹², con la sola eccezione di «situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo»³¹³. In quest'ultimo caso, cioè, sarebbe consentito l'accesso ai dati di altre persone, sempre però purché «sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che

³¹⁰ La dicitura «per l'accertamento dei fatti» ha sostituito la precedente «ai fini della prosecuzione delle indagini» in sede di conversione. Ciò in quanto l'acquisizione dei dati può avvenire anche in fasi successive a quella delle indagini preliminari e, soprattutto, anche in favore della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato. In dottrina, aveva prospettato una simile modifica E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Cedam - Wolters Kluwer, 2018, p. 108, richiamata da A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 6-7. V. poi il giudizio positivo espresso circa tale modifica da L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 9.

³¹¹ V. *retro*, paragrafo 4.2.1 del presente capitolo.

³¹² Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2561.

³¹³ *Ibidem*.

tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo»³¹⁴.

Ebbene, da questo punto di vista, la disciplina nazionale è ancora assolutamente carente³¹⁵. Non si possono non vedere, per di più, le possibili ricadute di un simile requisito anche nell'ambito delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni³¹⁶.

4.2.4. La legittimazione all'accesso: garanzia giurisdizionale e parità delle parti

Un passaggio essenziale del test di proporzionalità sviluppato a livello europeo attiene al preventivo vaglio della richiesta di accesso ai dati «da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente»³¹⁷.

A lungo la nostra giurisprudenza ha sostenuto che la disciplina interna vigente prima dell'entrata in vigore del citato d.l. 132/2021 soddisfacesse tale requisito attribuendo il potere di accesso al pubblico ministero, a partire dalla sua pacifica qualificazione come «autorità giudiziaria» ex art. 15 Cost.³¹⁸. Di recente, la Corte di cassazione, confrontandosi direttamente con le statuizioni della Corte di Giustizia, aveva fatto leva anche su un presunto errore di traduzione. Ora, il testo in francese della citata sentenza *Tele2 Sverige* utilizzava il termine “*jurisdiction*” e quello inglese il termine “*Court*”. Da ciò la Corte faceva discendere che la traduzione corretta di tali espressioni, includente la magistratura

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ V., per tutti, L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 14, secondo il quale sarà inevitabile sollevare questione di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117 Cost.

³¹⁶ Lo rileva P. DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico*, cit., p. 2574. Del resto, la più attenta dottrina rileva come, pur essendo sconsigliabile sostituire i «gravi indizi di reato» con i «gravi indizi di colpevolezza» quale presupposto per il ricorso alle intercettazioni, comunque il legislatore potrebbe tipizzare le situazioni in cui l'operazione investigativa si giustifichi anche nei confronti dei terzi. Ciò in ragione del primo passaggio del test di proporzionalità, ossia dell'idoneità rispetto allo scopo dell'operazione. Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1159. Non solo: una limitazione quale quella richiesta dalla giurisprudenza europea pare di difficile realizzazione nel caso delle intercettazioni ambientali mediante captatori informatici. Sul punto, v. P. BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., p. 249 ss.

³¹⁷ Corte di Giustizia, *Tele2 Sverige*, cit., p. 1018 e Corte di Giustizia, *Digital Rights Ireland*, cit., p. 870.

³¹⁸ Di tale tenore, a porre fine a un contrasto giurisprudenziale sorto sul punto, Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 6, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2595 ss., con nota di G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*. V. anche L. FILIPPI, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3246 ss. Più di recente, v. Cass., n. 36380/2019, cit., § 3.6 e la precedente Cass., 24 aprile 2018, n. 33851, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 299-300.

francese nel suo complesso la prima, e promiscua la seconda stante l'esistenza dei più precisi termini “*judge*” e “*prosecutor*”, sarebbe proprio “autorità giudiziaria”, da intendersi in senso lato - e quindi comprensiva del pubblico ministero - come tradizionalmente interpretata dalla giurisprudenza italiana³¹⁹. In dottrina si dubitava circa la correttezza di simili affermazioni: il termine “*jurisdiction*” fa esclusivo riferimento ad organi chiamati a risolvere una controversia in una posizione di terzietà rispetto alle parti; il termine “*Court*”, allo stesso modo, si riferisce a organi che abbiano la qualifica di “giudice”, svolgendo la medesima funzione³²⁰. La Cassazione, poi, sosteneva come la soluzione italiana fosse coerente con le logiche del sistema accusatorio, in cui, nel corso delle indagini preliminari, è il pubblico ministero l'autorità giudiziaria che procede e sottolineava altresì che anche i difensori hanno il diritto di chiedere l'accesso ai tabulati³²¹. Tuttavia, i principi accusatori non eliminano la fondamentale funzione di garanzia attribuita ad un organo quale il giudice per le indagini preliminari, e l'accesso del difensore era (ed è ancora) subordinato al vaglio del giudice.

Ebbene, la Corte di Giustizia, nel citato caso *H.K.*, ha affrontato in modo diretto il tema con riferimento al pubblico ministero estone. Al di là della equiparabilità o meno dell'organo di accusa estone all'omologo italiano, non legato all'esecutivo a differenza del primo, ciò che rileva sono le argomentazioni della Corte. Infatti, nel sostenere la carenza di indipendenza del pubblico ministero estone, viene sottolineato il suo ruolo di direzione delle indagini e la sua funzione di esercizio dell'azione penale, escludendo che l'obbligo di assumere elementi anche a favore dell'imputato possa valere per affermarne la necessaria terzietà³²².

Sicché, è parso evidente che l'obiettivo della Corte di Giustizia sia non solo quello di rimarcare l'indipendenza dell'organo controllore dai governi, così da evitare «un controllo orwelliano di massa degli esecutivi sugli individui»³²³, ma anche quello di

³¹⁹ Cass., n. 36380/2019, cit., § 3.6.

³²⁰ Così I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni*, cit., p. 192, che rinvia per il termine francese a C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2ª ed., Bruylant, Collection Paradigme, 2017, p. 587; per il termine inglese ad AA.VV., *The New Oxford Companion to Law*, a cura di P. CANE - J. CONAGHAN, Oxford University Press, 2008, p. 249. Ad ogni modo, si può giungere ad analoghe conclusioni anche analizzando il lessico comunemente usato dal legislatore e dalle Corti europee, come segnalato da L. LUPARIA, *Data retention e processo penale*, cit., 2019, p. 762.

³²¹ Cass., n. 36380/2019, cit., § 3.7.

³²² Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2562. La posizione è stata ribadita da Corte di Giustizia, *G.D. c. The Commissioner of the Garda Síochána*, cit., p. 2358 ss.

³²³ L. LUPARIA, *Data retention e processo penale*, cit., p. 763.

evidenziare la necessità di un'autorizzazione proveniente da un organo privo di interesse alla soluzione della controversia³²⁴. In questo modo, e cioè se si richiede, più che un'indipendenza istituzionale, una posizione di terzietà nel processo, allora anche il pubblico ministero italiano difficilmente può ricoprire il ruolo di garanzia nella valutazione dell'accesso ai dati richiesto dai giudici di Lussemburgo³²⁵.

Dopo molte incertezze interpretative tra i giudici di merito³²⁶ è intervenuto il legislatore con il citato d.l. n. 132/2021, in forza del quale (dopo la conversione ad opera della citata legge n. 178/2021) l'art. 132 comma 3 codice *privacy* prevede adesso che i dati siano acquisiti «previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private».

Resta la possibilità di acquisire i dati da parte dell'organo di accusa solo qualora ricorrano «ragioni di urgenza» e vi sia «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini» (art. 132 comma 3-bis codice *privacy*). Anche in questo caso, comunque, è necessaria la successiva convalida giudiziale. Si noti come la disciplina sia mutuata da quella prevista per le intercettazioni, con la differenza che il pubblico ministero ha l'obbligo di trasmettere il provvedimento al giudice entro quarantotto ore (contro le ventiquattro di cui all'art. 267 comma 2 c.p.p.) e che il giudice deve emettere decreto motivato entro quarantotto ore dalla trasmissione del provvedimento (contro le quarantotto ore «dal provvedimento» di cui all'art. 267 comma 2 c.p.p.)³²⁷.

Dunque, il legislatore italiano ha recepito, nonostante le resistenze della giurisprudenza, una delle fasi principali del test di proporzionalità in tema di accesso ai dati personali, rappresentata dalla presenza di un controllo giurisdizionale³²⁸. Inoltre, fatta eccezione per il caso dell'urgenza, si è equiparata la posizione del pubblico ministero a

³²⁴ I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni*, cit., p. 190.

³²⁵ V., per tutti, E. ANDOLINA, *La raccolta dei dati*, cit., p. 13 e L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati*, cit., p. 10.

³²⁶ Per una ricognizione di queste pronunce si rinvia a G. GAETA, *Consensi e dissensi sulla indipendenza del p.m. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)*, in *Arch. pen.*, 7 ottobre 2021; L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati*, cit., p. 10; A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 3-4.

³²⁷ Lo nota, tra i tanti, F. RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 5.

³²⁸ L'unica voce critica nei confronti di tale innovazione pare essere quella di G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *Quot. giur.*, 4 ottobre 2021, p. 6 ss.

quella del difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini³²⁹ e delle altre parti private³³⁰.

4.2.5. Notevoli passi avanti e persistenti criticità in materia di acquisizione dei dati non comunicativi in Italia

La Corte di Giustizia, sulla scia della Corte Edu³³¹, non esclude *a priori* la legittimità di sistemi di sorveglianza di massa³³². Si richiede però che rispettino una serie di caratteristiche che compongono un test di proporzionalità i cui dettagli sono stati gradualmente affinati in successive sentenze.

La disciplina italiana ignorava completamente le garanzie richieste da tale elaborazione giurisprudenziale sino a tempi recentissimi. In seguito all'intervento del legislatore, la situazione è cambiata. In particolare, sono stati recepiti taluni dei requisiti essenziali imposti dal principio di proporzionalità così come interpretato a livello europeo, ossia la delimitazione dei reati per i quali è possibile accedere ai dati del traffico telematico, la definizione di presupposti inerenti al *fumus delicti* e alla rilevanza per l'accertamento dei fatti, un controllo giurisdizionale sulla richiesta. Per di più, con l'espressa sanzione della inutilizzabilità per il caso in cui tali regole non siano rispettate³³³.

³²⁹ Senz'altro superabile il dato letterale, che si riferisce al solo imputato, in forza dell'estensione delle garanzie prevista dall'art. 61 c.p.p. Così A. CIPRANDI, *La Cassazione si pronuncia sull'utilizzabilità nei processi pendenti delle "acquisizioni telefoniche e telematiche" precedenti all'entrata in vigore dell'art. 1 del d.l. 132/2021*, in *Sist. pen.*, 22 febbraio 2022, p. 11; G. PESTELLI, *Convertito in legge*, cit., p. 4.

³³⁰ V., in senso positivo con riguardo a tale equiparazione, L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati*, cit., p. 14.

³³¹ Si veda Corte Edu, *Big Brother Watch*, cit., § 314.

³³² A dire il vero, la citata pronuncia della Corte di Giustizia *Tele2 Sverige* pareva porre un divieto assoluto di conservazione generalizzata dei dati. Segnalava l'incompatibilità di tale statuizione con quelle della Corte Edu E. CELESTE, *The Court of Justice*, cit., p. 155. Tuttavia, la successiva e già citata sentenza *Ministerio Fiscal* della Corte di Lussemburgo è tornata, come si è visto, a ragionare in modo più simile alla Corte Edu. D'altronde di recente è stata la medesima Corte Edu ad allinearsi a quest'ultima pronuncia, espressamente richiamata nell'affermare come la conservazione da parte dei gestori di servizi di telecomunicazione dei dati personali degli utenti che attivino una SIM prepagata costituisca un'ingerenza minima nel diritto alla riservatezza, non violando così l'art. 8 CEDU (Corte Edu, 30 gennaio 2020, *Breyer c. Germania*, consultabile al seguente link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-12697>, § 91 ss.).

³³³ Il punto è stato chiarito dalla legge di conversione (citata legge n. 178/2021) del citato d.l. n. 132/2021, attraverso l'inserimento nell'art. 132 codice *privacy* di un comma 3-*quater* in forza del quale «i dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-bis non possono essere utilizzati». Per il passato, poi, la legge ha introdotto un regime intertemporale per cui i dati acquisiti precedentemente all'entrata in vigore del citato d.l. n. 132/2021 possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei

Tuttavia, restano alcune criticità, derivanti dalla difficoltà del nostro sistema di recepire appieno il cambio di paradigma di cui si è fatta promotrice la Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui è la stessa conservazione dei dati da parte dei gestori delle comunicazioni a risultare lesiva della vita privata individuale e secondo cui non necessariamente la captazione di comunicazioni in tempo reale è più intrusiva delle prerogative individuali rispetto all'acquisizione di dati risultanti dai tabulati.

Il primo assunto affiora chiaramente dalla mancata modifica del tempo di conservazione dei dati e dalla mancata previsione di una raccolta dei dati solo dietro ingiunzione di un'autorità. Il nostro sistema resta cioè improntato a una raccolta e conservazione generalizzate e indiscriminate dei dati da parte delle società delle comunicazioni.

Il secondo emerge se solo si considera che tutti i presupposti inseriti dal legislatore, pensati secondo un chiaro parallelismo con quelli dettati in tema di intercettazioni, sono sempre meno stringenti di questi ultimi. Invero, tale scelta pare ragionevole nell'attuale assetto normativo³³⁴. Si può però prevedere che presto sarà necessario rivedere integralmente i criteri impiegati per distinguere la maggiore o minore "gravità dell'ingerenza", tarandola sulla base del tipo di dato acquisito³³⁵. Certo, ancorare la maggiore o minore ampiezza dell'apparato di garanzie esclusivamente al tipo di dati captati è soluzione non scevra da inconvenienti, poiché molto spesso una distinzione sul tipo di dato captato è possibile solamente «*ex post*, a captazione avvenuta e, dunque, dopo che la riservatezza ha già subito un *vulnus*»³³⁶. Ma è evidente che una simile ricalibrazione non escluderebbe la valutazione circa l'intrusività dell'attività captativa *ex se*. In altri termini, non può giustificarsi l'inoculazione di un *trojan* sulla base del fatto che lo si utilizza solo

reati per i quali è adesso possibile l'acquisizione *ex art.* 132 comma 3 codice *privacy*. Per un commento, v. L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 11 ss. L'Autore esprime anche un giudizio positivo sull'introdotta disciplina intertemporale, sulla scia dell'opinione precedentemente espressa da F. RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 7 e in dissenso, viceversa, con quella di G. PESTELLI, *Convertito in legge*, cit., pp. 4-5.

³³⁴ La condivide ad esempio, tra i tanti, F. RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 5.

³³⁵ V. *retro*, paragrafo 4.2.2 del presente capitolo.

³³⁶ C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1584. L'Autrice prende in considerazione il caso di perquisizione o di sequestro informatico di dati contenuti in un computer e afferma che «un'interpretazione più sensibile alla tutela dei diritti fondamentali dalle subdole aggressioni cui essi sono sottoposti nell'era digitale porta a prescindere dal tipo di dato captato e ad attribuire carattere determinante all'invasività dell'attività captativa» (*ibidem*).

per raccogliere, ad esempio, dati sulla posizione. È proprio il principio di proporzionalità, infatti, a imporre l'uso del mezzo meno intrusivo, a parità di risultato.

Ad ogni buon conto, la disciplina vigente è nel suo complesso riconducibile al principio di proporzionalità, che si pone alla base di tutti i ragionamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nonché del citato d.l. n. 132/2021, come risulta anche dalla relazione illustrativa³³⁷.

Piuttosto, occorre volgere lo sguardo alle possibili ricadute della rivoluzione avvenuta in questo settore, domandandosi se la proporzione ad essa sottesa potrà guidare la giurisprudenza verso nuovi binari interpretativi in altri ambiti del diritto processuale penale.

Si allude, *in primis*, alle intercettazioni. Si è già accennato alle possibili ricadute nel campo delle intercettazioni di comunicazioni dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia - in tema di acquisizione di dati informatici - circa la limitazione dei soggetti i cui dati possono essere acquisiti³³⁸. Secondo taluni, poi, la limitazione anche dell'acquisizione di dati del traffico telefonico e telematico a gravi reati potrebbe avvalorare la posizione restrittiva assunta dalle citate Sezioni unite Cavallo³³⁹ in tema di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti³⁴⁰. Pare cioè che la giurisprudenza sovranazionale prima e il legislatore poi abbiano inteso sottolineare l'importanza che i dati acquisiti, e quindi anche quelli captati in tempo reale, siano ricollegabili a gravi reati rispetto ai quali sia avvenuta una valutazione tanto concreta quanto astratta da parte del giudice. Seguendo lo stesso ragionamento, sono quantomeno rafforzati i dubbi circa l'utilizzabilità dei dati acquisiti mediante l'inoculazione di *trojan virus* impiegati per scopi diversi da quelli tipizzati. Infine, sembra particolarmente interessante, *de iure condendo*, la proposta di procedere a una "giurisdizionalizzazione" delle intercettazioni preventive, reputandosi ormai irragionevole che possano essere disposte senza autorizzazione giudiziale³⁴¹.

³³⁷ Relazione illustrativa della Camera dei Deputati al decreto, XVIII Legislatura, Atti parlamentari, A.C. 3298, p. 7.

³³⁸ V. *retro*, paragrafo 4.2.3 del presente capitolo.

³³⁹ Cass, sez. un., n. 51/2019, Cavallo, cit., p. 1891.

³⁴⁰ G. AMATO, *Gli effetti di una pronuncia*, cit., pp. 2-3.

³⁴¹ F. RESTA, *La nuova disciplina*, cit., p. 7. Il tema è posto anche da G. BATTARINO, *Acquisizione di dati*, cit., p. 4.

In secondo luogo, la disciplina in esame può produrre effetti su quella del sequestro di dati informatici. È stata infatti evidenziata la carenza di coordinamento tra l'art. 132 codice *privacy* novellato e l'art. 254-bis c.p.p., che continua a richiedere esclusivamente un provvedimento dell'«autorità giudiziaria» per il sequestro dei dati detenuti dai fornitori di servizi telematici³⁴². Ebbene, è evidente l'identità, quanto a risultato, delle due operazioni³⁴³, tanto che in dottrina si è sostenuto che anche per il sequestro *ex art. 254-bis* c.p.p. sarebbe oggi necessaria, salvi i casi di urgenza, l'autorizzazione del giudice, prevalendo «la disposizione speciale e cronologicamente successiva, rappresentata dall'art. 132 Codice *privacy*»³⁴⁴.

Peraltro, si è già sottolineato come sia ormai pacifica l'operatività del principio di proporzionalità in tema di sequestro cautelare³⁴⁵ e probatorio, anche di dati informatici³⁴⁶.

Dunque, pur restando la disciplina per l'acquisizione dei dati differenziata da quella in tema di intercettazioni, la recente normativa, per così dire, riduce la distanza nello statuto di garanzie approntato per l'una e per l'altra.

In conclusione, in tema di acquisizione di dati personali la proporzionalità gioca un ruolo centrale ed è sempre più spesso impiegata dalla giurisprudenza in modo estensivo e in funzione integratrice di normative anche apparentemente distanti dalle norme riconducibili in modo più evidente al principio.

4.3. *Gli analoghi problemi posti dalla banca dati nazionale del DNA*

Il legislatore ha dedicato specifica e significativa attenzione alla tutela della riservatezza nella disciplina inerente alla banca dati nazionale del DNA, in particolar modo con riguardo alle garanzie contro l'indebita divulgazione delle informazioni che vi confluiscono. Si è tenuto conto della natura sensibile di tali dati, che contengono il

³⁴² V. G. BATTARINO, *Acquisizione di dati*, cit., p. 4 e L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 14.

³⁴³ Su tale parallelismo, v. L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori*, cit., pp. 18-19. Per un ulteriore approfondimento, v. M. PITTIRUTI, *Digital evidence*, cit., pp. 53-54. Denunciava la mancanza di coordinamento tra le due normative già F. CERQUA, *Il difficile equilibrio tra la protezione dei dati personali e le indagini informatiche*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., pp. 239-240.

³⁴⁴ L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 14. Di diverso avviso, G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio*, cit., p. 7.

³⁴⁵ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.1.

³⁴⁶ V. *retro*, paragrafo 4 del presente capitolo.

patrimonio genetico della persona e dei membri della sua famiglia³⁴⁷. Un rafforzamento delle cautele discende anche dal sistema convenzionale. Già la raccomandazione R (92) 1 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa richiedeva una limitazione dei tempi di conservazione di tali dati³⁴⁸. Nel *leading case S. e Marper c. Regno Unito*³⁴⁹, poi, la Corte Edu ha statuito l'illegittimità di un sistema, come quello inglese, che conservi per un tempo indefinito i campioni biologici ed i profili di DNA di persone assolute o destinatarie di una sentenza di non luogo a procedere. I giudici di Strasburgo hanno specificato come la mera conservazione di simili dati rappresenti un'intrusione nella vita privata, che non può essere giustificata dal solo riferimento a una migliore repressione di futuri reati³⁵⁰.

Il regolamento attuativo della già citata legge n. 85/2009³⁵¹, istitutivo della banca dati del DNA, ha dato vita ad una disciplina estremamente rigorosa quanto alle tecniche ed ai luoghi per la conservazione dei profili genetici³⁵², all'individuazione dei soggetti che

³⁴⁷ Per un approfondimento della nozione v., per tutti, C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento*, cit., pp. 161-162 e V. MARCHESE - L. CAENAZZO - D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1866 ss. V. poi l'art. 3 punto 12 direttiva 680/2016/UE, per cui sono dati genetici i «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica, che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione».

³⁴⁸ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. R (92) 1 relativa all'utilizzazione dell'analisi dell'acido deossiribonucleico (DNA) nell'ambito del sistema giudiziario penale, 10 febbraio 1992, punto 8.

³⁴⁹ Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., § 99.

³⁵⁰ Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., § 67. Per un approfondimento, v. A. SCARCELLA, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni*, cit., p. 766. Sulla lesione alla riservatezza determinata dalla mera conservazione di tali dati, anche se anonimizzati e destinatari di garanzie contro l'indebita divulgazione, v. M. BARGIS, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 57 e C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale: gli interessi in gioco, le prescrizioni europee, le soluzioni adottate dal legislatore italiano*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, p. 1403.

³⁵¹ D.P.R., 7 aprile 2016, n. 87, Regolamento recante disposizioni di attuazione della L. 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'art. 16 della L. n. 85 del 2009. (16G00091) - (G.U. 26 maggio 2016, n. 122).

³⁵² Art. 3 D.P.R. n. 87/2016. Particolarmente apprezzabile la distinzione tra la banca dati del DNA, in cui sono conservati i profili del DNA, ossia i codici alfanumerici che rappresentano una serie di caratteristiche identificative della parte non codificante di un campione di DNA umano analizzato (art. 2 comma 1 lett. v) D.P.R. n. 87/2016), e il laboratorio centrale, in cui sono custoditi i campioni biologici, ossia la sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta a tipizzazione del profilo del DNA (art. 2 comma 1 lett. g) D.P.R. n. 87/2016). Tale separazione, infatti, intende evitare un incrocio di dati che consentirebbe di accedere a una quantità incontrollata di informazioni sull'individuo. Così E. COLOMBO, *Il nuovo regolamento per l'istituzione della banca dati nazionale del DNA: commento a prima lettura e confronto con le disposizioni di altri Stati UE*, in

possono accedervi e alla procedura che devono seguire³⁵³. Sono altresì fissati dei limiti temporali per la conservazione³⁵⁴ ed è garantita l'impossibilità di un'identificazione diretta dell'individuo a partire dai profili del DNA e dai relativi campioni, come sancito dall'art. 12 comma 1 legge n. 85/2009³⁵⁵. Il nominativo della persona alla quale i dati si riferiscono è reso noto all'autorità giudiziaria e alla polizia giudiziaria solo in caso di concordanza tra i profili oggetto del confronto richiesto³⁵⁶.

Tutte queste disposizioni sono ispirate dalla necessità di garantire la proporzionalità tra esigenze investigative, per il perseguimento delle quali la banca dati del DNA può evidentemente giocare un ruolo fondamentale, e tutela della riservatezza³⁵⁷.

Permangono però dei punti di criticità. Intanto, per quanto assuma assoluta centralità la tutela successiva all'ingresso dei dati nel *database*³⁵⁸, allo stesso tempo una

Cass. pen., 2016, p. 4617. Per un approfondimento sulle due strutture v., per tutti, C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., p. 1399 ss. Per maggiori indicazioni circa le informazioni ricavabili dai campioni biologici, v., tra i tanti, V. MARCHESE - L. CAENAZZO - D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 1884.

³⁵³ Articoli 9 e 10 D.P.R. n. 87/2016 per quanto riguarda la consultazione a livello nazionale; articoli 11 ss. D.P.R. n. 87/2016 per quella da parte di autorità straniera. Per un approfondimento, v. P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 737 ss. ed EAD., *La prova del DNA nel procedimento penale*, Giuffrè, 2018, p. 355 ss.

³⁵⁴ L'art. 25 comma 1 D.P.R. n. 87/2016 fissa il termine di trenta anni dalla data dell'ultima registrazione, elevato a quaranta anni per taluni gravi reati dall'art. 25 comma 2 D.P.R. n. 87/2016. Apprezzabile poi la previsione di un termine più breve (otto anni) per la parte di campione biologico non utilizzata e per il campione di riserva (art. 24 comma 3 D.P.R. n. 87/2016). Sui tempi di conservazione v., per tutti, P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., p. 371 ss. e C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., pp. 1412-1413, che esprime un giudizio positivo sulle innovazioni apportate dal D.P.R. n. 87/2016 rispetto a quanto previsto nella legge n. 85/2009.

³⁵⁵ Per un approfondimento su questa norma, v. G. LAGO, *Il trattamento dei dati e dei campioni biologici: la banca dati nazionale del DNA e il bilanciamento tra le ragioni di giustizia e la tutela della privacy*, in AA.VV., *Prelievo del DNA e banca dati*, cit., p. 115 ss. e V. MARCHESE - L. CAENAZZO - D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 1885 ss.

³⁵⁶ Lo sottolinea anche P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 726.

³⁵⁷ Si vedano i giudizi positivi espressi sulla normativa da U. RICCI, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 743 ss. e P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1521 ss.

³⁵⁸ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 885-886. V. anche G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 507, secondo cui «il punto più controverso non è chi entra, ma chi esce».

selezione a monte dei dati è fondamentale³⁵⁹, come detto in tema di intercettazioni³⁶⁰. Così, la normativa individua tre fonti principali che contribuiscono ad alimentare la banca dati. La prima è rappresentata dai prelievi effettuati su persone in stato di privazione della libertà personale condannate o nei confronti delle quali si proceda per delitti non colposi per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza³⁶¹ (prelievo c.d. istituzionale, ex articoli 7 comma 1 lett. a) e 9 commi 1 e 2 legge n. 85/2009), e non pone particolari problemi: la banca dati è istituita proprio per comparare i profili di DNA estratti da campioni biologici rinvenuti su scene del crimine con quelli dei detenuti, fungendo anche da possibile deterrente contro la recidiva³⁶². A tale *ratio*, si aggiunge quella derivante dal secondo canale di approvvigionamento della banca dati, costituito dai profili genetici di persone scomparse o loro consanguinei, nonché di cadaveri o resti cadaverici non identificati (art. 7 comma 1 lett. c) legge n. 85/2009). Chiaro l'obiettivo di rintracciare la persona scomparsa o deceduta. Qualche questione problematica sarebbe potuta sorgere in relazione alla tutela della riservatezza dei parenti della persona, ma opportunamente il D.P.R. n. 87/2016, all'art. 6 comma 1, ha previsto il loro necessario consenso al prelievo³⁶³ e, all'art. 33, ha attribuito loro la facoltà di chiedere in ogni tempo la cancellazione del proprio profilo genetico dalla banca dati³⁶⁴.

Le perplessità, dunque, sorgono con riguardo al terzo canale di afflusso di profili di DNA alla banca dati, rappresentato da quelli provenienti dai reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali (articoli 7 comma 1 lett. b) e 10 legge n. 85/2009). I reperti biologici sono definiti dall'art. 6 comma 1 lett. d) legge n. 85/2009 come «materiale biologico acquisito sulla scena di un delitto o comunque su cose pertinenti al reato». Sicché, sembrerebbe possibile l'ingresso di dati appartenenti a terzi o alla vittima del

³⁵⁹ Sul peso che una definizione dei canali di alimentazione della banca dati può avere anche nella valutazione della successiva disciplina riguardante le possibilità di accesso alla stessa, v. P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 740.

³⁶⁰ V. *retro*, paragrafo 4.1.1 del presente capitolo.

³⁶¹ C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., pp. 1406-1407 rileva come tale delimitazione sia ispirata dal principio di proporzionalità.

³⁶² Così P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 739.

³⁶³ Sul punto, v. P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 733.

³⁶⁴ Lo rimarca C. FANUELE, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 128.

reato³⁶⁵. Rispetto a queste persone, l'ingerenza nella vita privata determinata dalla presenza dei loro profili genetici nella banca dati, sarebbe palesemente sproporzionata³⁶⁶. Non solo: manca una delimitazione relativa al reato per cui si procede, in contraddizione con la valutazione di proporzionalità astratta effettuata con riguardo al prelievo c.d. istituzionale³⁶⁷. Di talché, i limiti oggettivi e soggettivi imposti dalla proporzionalità³⁶⁸ sembrerebbero venire completamente meno. Per di più, i soggetti a cui si riferiscono i dati sono estromessi dall'accesso alla banca e non possono chiedere la cancellazione dei profili di DNA³⁶⁹.

Pare da accogliere, quindi, l'opinione dottrinale secondo cui solo i dati relativi a persone non identificate dovrebbero confluire nella banca dati³⁷⁰. In effetti, la loro funzione è quella di poter essere raffrontati con i dati raccolti dai detenuti, non quella di alimentare ulteriormente i profili contenuti nella banca dati³⁷¹. Una simile interpretazione teleologica sembra imposta dal canone della proporzionalità in senso stretto.

Un profilo problematico si rinviene altresì là dove si prevede che i dati contenuti nella banca debbano essere cancellati a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o il fatto non è previsto dalla legge come reato (art. 13 comma 1 legge n. 85/2009). La mancata indicazione del provvedimento di archiviazione e delle altre formule di proscioglimento determina un trattamento sproporzionato nei confronti del loro

³⁶⁵ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 971. In termini dubitativi, v. C. FANUELE, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 125.

³⁶⁶ In questo senso, v. M. BARGIS, *Note in tema di prova scientifica*, cit., p. 60 e G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 971. Il problema è solo parzialmente affrontato dall'art. 10 comma 5 D.P.R. n. 87/2016, che si limita a prevedere che, in caso di commistione di più profili del DNA (si pensi quindi, per il caso in esame, alla commistione di profili appartenenti alla vittima e appartenenti all'autore del reato), sia trasmessa al secondo livello della banca dati (quello volto a servire la cooperazione internazionale di polizia) la sola componente maggioritaria.

³⁶⁷ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, cit., p. 888.

³⁶⁸ In Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., § 119, i giudici di Strasburgo esprimono, letteralmente, stupore, con riguardo al carattere generale ed indifferenziato con cui operava il meccanismo di conservazione in Inghilterra e nel Galles, ravvisato in primo luogo proprio nell'assenza di limitazioni ancorate alla natura e alla gravità del reato di cui è sospettata la persona interessata e di uno sbarramento fondato sulla sua età.

³⁶⁹ Sul punto, v. E. COLOMBO, *La banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel panorama europeo, alla luce del regolamento attuativo*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 381-382. Fanno eccezione, come detto, i consanguinei di persona scomparsa che volontariamente si siano sottoposti a prelievo.

³⁷⁰ P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 734.

³⁷¹ Sul punto, v. R. BIONDO, *La banca dati nazionale DNA italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, pp. 226-227 e P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale*, cit., p. 369.

destinatario³⁷². Si può, sul punto, prospettare l'incostituzionalità della disposizione, nella parte in cui non prevede tali ipotesi, alla luce del principio di proporzionalità nella materia *de qua*, così come interpretato dalla Corte Edu³⁷³. Nel già citato caso *S. e Marper*, infatti, uno dei due soggetti era stato destinatario di una pronuncia di non luogo a procedere per ritiro della denuncia da parte della persona offesa³⁷⁴. Inoltre, in una successiva sentenza³⁷⁵, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU in un caso in cui il procedimento non era stato aperto a carico dell'interessato per intervenuta mediazione penale³⁷⁶. In tale caso, per di più, si trattava di dati relativi ai reati denunciati in territorio francese inseriti in una sorta di casellario delle notizie di reato³⁷⁷ e i giudici di Strasburgo hanno esplicitamente affermato come l'intervenuta mediazione penale sia equiparabile a un'archiviazione e che pertanto, sebbene non si tratti di dati genetici, comunque non consenta la loro conservazione in banche dati della polizia³⁷⁸.

Altra questione problematica attiene alla lacuna caratterizzante l'art. 72-*quater* disp. att. c.p.p., che disciplina la distruzione dei campioni biologici raccolti ex articoli 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p. Non è chiara, cioè, la sorte dei profili di DNA ottenuti dall'analisi dei campioni distrutti. In assenza di qualunque indicazione, essi sembrano destinati infatti a rimanere nei fascicoli processuali, sforniti delle tutele contro divulgazioni e futuri utilizzi previste dalla legge n. 85/2009 e dal relativo regolamento attuativo³⁷⁹. In altre parole, potranno circolare secondo le regole di cui agli articoli 238 e 403 c.p.p.³⁸⁰. D'altro canto,

³⁷² Rilevano tale carenza normativa, tra i tanti, I. ABRUSCI, *Cancellazione dei profili e distruzione dei campioni*, in AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 116-117; E. COLOMBO, *La banca dati del DNA in Italia*, cit., p. 381; C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., p. 1413 ss.; E. MAZZANTINI, *Diritto penale e banca dati del DNA: finalità dell'analisi genetica e problemi aperti*, in *Sist. pen.*, 7/2020, p. 121.

³⁷³ C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale*, cit., p. 1415 evidenzia come la disciplina interna non sia esente dal rischio di censura da parte della Corte Edu, almeno per quanto riguarda l'equiparazione tra termini di conservazione previsti in relazione a questi soggetti e in relazione ai condannati.

³⁷⁴ Per le argomentazioni sul punto: Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., §§ 119 e 122.

³⁷⁵ Corte Edu, 18 settembre 2014, *Brunet c. Francia*, in *Federalismi*, 24 ottobre 2014, su cui v. A. SCARCELLA, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni*, cit., p. 757 ss.

³⁷⁶ Per le argomentazioni sul punto: Corte Edu, *Brunet c. Francia*, cit., § 40.

³⁷⁷ Sul punto, v. A. SCARCELLA, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni*, cit., p. 757.

³⁷⁸ Corte Edu, *Brunet c. Francia*, cit., § 40 ss. Lo sottolinea A. SCARCELLA, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni*, cit., p. 764.

³⁷⁹ P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, cit., p. 887.

³⁸⁰ S. QUATTROCOLO, *I risvolti attuativi delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., pp. 336-337 ravvisa una possibile contrarietà

lo stesso sembrerebbe valere per i profili di DNA contenuti nella banca dati e impiegati in un procedimento penale³⁸¹. Ciò è incoerente con il regime dettato per la circolazione dei risultati delle intercettazioni, più garantito rispetto a dati meno sensibili³⁸². Ebbene, un principio generale di proporzionalità del procedimento penale potrebbe essere impiegato in funzione analogica per limitare l'accesso a tali dati.

I problemi più gravi, dunque, più che nella selezione dei dati a monte e nelle ipotesi di distruzione, si pongono nella fase del loro impiego processuale, che determina, per così dire, la dispersione del test di proporzionalità che ispira le norme sull'ingresso nella banca dati. Problemi, questi, amplificati qualora si verificano con riferimento ai dati di persone che abbiano beneficiato di una formula di proscioglimento non rientrante tra quelle di cui all'art. 13 comma 1 legge n. 85/2009 o di un provvedimento di archiviazione.

I dati possono essere impiegati in procedimenti relativi a qualunque reato³⁸³ e in assenza di un criterio di stretta necessità per le indagini³⁸⁴. Per di più, la banca dati è istituita anche al fine di mettere il suo contenuto a disposizione delle autorità straniere. È quindi concreto il rischio di un abbassamento di garanzie determinato dalle prassi seguite in altri paesi³⁸⁵.

È rimasta sullo sfondo, infine, la questione più allarmante circa l'intrusione nella vita privata, specialmente se combinata a quanto appena detto. I profili di DNA possono essere associati, oltre che alla persona a cui appartengono, anche a suoi parenti³⁸⁶. È il c.d.

rispetto a Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit. V. anche C. FANUELE, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA*, cit., p. 130; C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo*, cit., p. 131; P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale*, cit., p. 887.

³⁸¹ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., p. 976.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ A dire il vero, la raccomandazione richiede espressamente che i profili di DNA siano messi a disposizione degli altri Stati in relazione a qualunque reato. Allo stesso modo, Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., § 119 pare concentrarsi sulle limitazioni all'ingresso del dato nel sistema, non nel momento successivo del suo impiego processuale.

³⁸⁴ G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., pp. 975-976 parte proprio da simili considerazioni per sostenere che la legge n. 85/2009 realizzi una proporzionalità «zoppicante».

³⁸⁵ C. FANUELE, *La prova del DNA*, cit., p. 578.

³⁸⁶ Viene in rilievo un tipo di *privacy*, da taluni indicato col termine *privacy* “genetica”, non limitato a un solo soggetto, definibile come «diritto di chiunque di essere padrone delle informazioni che lo riguardano e di conoscere che fine esse facciano, compatibilmente con le preferenze degli altri componenti del gruppo biologico» (V. MARCHESE - L. CAENAZZO - D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA*, cit., pp. 1874-1875, che richiama C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento*, cit., p. 67). Al riguardo, v. G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare*, cit., p. 506 secondo cui «alla lista dei perenni “sospetti” si aggiunge quella dei sospetti “virtuali”».

familial searching, di cui la normativa non sembrerebbe occuparsi³⁸⁷. Il test di proporzionalità effettuato in relazione alla tutela della persona dal campione biologico della quale il profilo genetico è stato estratto non può estendersi *tout court* fino a coprire altresì l'impiego di quel profilo a detrimento di un altro soggetto³⁸⁸. Inoltre, esigenze di trasparenza e di tutela del diritto di difesa sembrerebbero imporre il disvelamento dell'identità della persona a cui si riferisce il profilo oggetto di comparazione. Almeno con riguardo a tale utilizzo sarebbe stato opportuno prevedere presupposti più rigorosi per l'accesso ai profili di DNA e per il loro impiego in un procedimento penale³⁸⁹. Il legislatore, insomma, ha tralasciato di disciplinare proprio l'impiego più intrusivo e controverso della banca dati del DNA.

In conclusione, la proporzionalità tra esigenze investigative e tutela della riservatezza permea il citato regolamento attuativo della legge n. 85/2009 (D.P.R. n. 87/2016) che istituisce la banca dati del DNA. Soprattutto, si realizza quella selezione sul materiale che viene inserito nel *database* e quella tutela della riservatezza che risultano ancora carenti nella disciplina relativa all'archiviazione e conservazione dei risultati delle intercettazioni. Restano, tuttavia, importanti lacune, che potrebbero essere colmate da un principio generale di proporzionalità, che pure emerge dal tessuto normativo, impiegato in funzione analogica. In particolare, esso imporrebbe un test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto al momento dell'accesso ai dati, che bilanci l'intrusione nella vita privata delle persone con la gravità del reato per cui si procede e la reale esigenza di procedere al raffronto, quando con mezzi "tradizionali" e meno invasivi si potrebbe raggiungere il medesimo risultato, oltre che un divieto all'ingresso nella banca dati di profili appartenenti a persone note non indagate o condannate.

³⁸⁷ L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., p. 220 sottolinea come l'art. 7 legge n. 85/2009 lasci aperta una simile possibilità. L'art. 10 D.P.R. n. 87/2016, soprattutto non escludendo la c.d. quasi-concordanza dal novero delle concordanze positive, consente l'impiego del risultato di un raffronto che riveli una relazione di parentela tra le persone a cui i profili genetici si riferiscono, d'altronde espressamente previsto per la finalità di rintracciare una persona scomparsa. V. anche R. BIONDO, *La banca dati nazionale*, cit., p. 225.

³⁸⁸ Corte Edu, *S. e Marper c. Regno Unito*, cit., §§ 75-76 sottolinea come i profili del DNA siano idonei a consentire una simile operazione ed a risalire all'origine etnica dell'individuo.

³⁸⁹ E. COLOMBO, *La banca dati del DNA in Italia*, cit., p. 391 rimarca la necessità di una disciplina stringente quanto alle finalità per cui può essere impiegata la banca dati del DNA alla luce del fatto che «la presenza di un membro della famiglia biologica nel database mette in gioco la *privacy* dell'intero gruppo familiare». G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare*, cit., p. 506 rileva come un simile impiego sembrerebbe giustificato solo per l'accertamento di reati particolarmente gravi.

4.4. Conclusioni

Riassumendo, si è inteso in primo luogo sottolineare come le intercettazioni dovrebbero costituire, alla luce della loro incrementata capacità intrusiva da un lato e dell'accresciuta importanza attribuita a livello europeo e non solo al diritto al rispetto della vita privata dall'altro, l'*extrema ratio* fra gli strumenti a disposizione delle procure, in parallelo, per così dire, alla custodia in carcere rispetto alle altre misure cautelari. Da questo punto di vista, la normativa italiana pare muoversi nella giusta direzione. Tuttavia, permangono importanti criticità con riguardo alla selezione del materiale captato una volta eseguita l'intercettazione ed all'utilizzo dei captatori informatici per l'acquisizione di dati con modalità diverse rispetto a quelle tipizzate nell'art. 267 comma 2-bis c.p.p. Ad ogni modo, il principio di proporzionalità è senz'altro alla base della definizione dei presupposti, fissati in astratto e in concreto, per il ricorso al mezzo di ricerca della prova.

In secondo luogo, si è posto in evidenza l'avanzato test di proporzionalità sviluppato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di *data retention*, i cui passaggi essenziali sono stati recepiti nella normativa nazionale attraverso il citato d.l. n. 132/2021. Anche in questo caso persistono talune criticità, la più grave delle quali è senz'altro rappresentata dal lungo periodo di conservazione dei dati imposto ai gestori delle comunicazioni.

Si è osservato, infine, come la disciplina della banca dati del DNA presenti problematiche comuni alle altre esaminate, quali la definizione di tempi di conservazione e la tutela contro indebite divulgazioni dei dati. Si è visto come essa raggiunga lo scopo di tutela della riservatezza attraverso regole tecniche relative ai dati e ai soggetti abilitati all'accesso, ma come presenti delle lacune, colmabili tramite l'impiego di un principio generale di proporzionalità, nel caso di utilizzo processuale dei dati e per quanto riguarda la posizione dei terzi.

Complessivamente, la giurisprudenza italiana sembra ancora timida, se paragonata a quella sovranazionale, nell'impiego del principio di proporzionalità in chiave interpretativa. Tuttavia, una spinta decisiva potrebbe arrivare dalle recenti modifiche apportate all'art. 132 codice *privacy*, che hanno determinato l'ingresso nella normativa interna di quel cambio di passo nella valutazione della lesione alla riservatezza derivante dall'acquisizione di dati informatici a lungo propugnato in sede europea.

Non si rinvengono, comunque, disposizioni in contrasto con il principio di proporzionalità che possano consentire di sfuggire a tale criterio di valutazione, essendo ispirate da valori o principi preponderanti.

Tutto ciò considerato, la proporzionalità pare porsi nel settore del trattamento dei dati personali nel processo penale quale principio generale della relativa disciplina, coerentemente col ruolo di primo piano che è in grado di assumere in tema di mezzi di ricerca della prova intrusivi di fondamentali diritti individuali, come quello al rispetto della vita privata.

III. La proporzionalità come principio generale del diritto processuale penale?

1. I caratteri comuni alle disposizioni esaminate

Si sono esaminate le disposizioni concernenti gli ambiti cautelare ed investigativo ispirate dal canone della proporzionalità genericamente inteso come necessario bilanciamento tra finalità processuali (esigenze cautelari e accertamento del fatto di reato) e diritti fondamentali compressi dagli strumenti impiegati per raggiungerle. Occorre, a questo punto, mettere ordine. L'*excursus* normativo appena concluso consegna alcuni caratteri ricorrenti della proporzionalità nel procedimento penale.

Due di questi elementi paiono collocarsi a monte del test di proporzionalità vero e proprio, riconducibile a grandi linee, come detto, all'art. 52 paragrafo 1 CDFUE¹.

Il primo consiste nella definizione da parte del legislatore dei reati per l'accertamento dei quali è consentito ricorrere a certe misure e strumenti investigativi (misure cautelari personali, misure precautelari, mandato di arresto europeo, accertamenti medici coattivi, intercettazioni e acquisizione dei dati del traffico telematico e telefonico).

Nella quasi totalità dei casi (si pensi, paradigmaticamente, all'art. 280 c.p.p. per le misure cautelari coercitive ed all'art. 266 c.p.p. per le intercettazioni di comunicazioni) il riferimento è operato in astratto, nel senso che occorre esclusivamente verificare che il procedimento abbia ad oggetto un'ipotesi di reato i cui limiti edittali superino la soglia indicata (criterio quantitativo) o che rientri tra le fattispecie elencate (criterio qualitativo). Solamente gli articoli 274 comma 1 lett. *b*) e 275 comma 2-*bis* secondo periodo c.p.p. si discostano da questo schema. In tema di misure cautelari, infatti, tali disposizioni impongono sì al giudice di verificare che la pena rientri in una certa soglia, ma prendendo a parametro la pena in concreto irrogabile. In particolare, la prima norma richiede che, oltre agli altri presupposti, per l'applicazione di una misura cautelare in ragione della sussistenza del pericolo di fuga di cui al medesimo art. 274 comma 1 lett. *b*) c.p.p., si accerti che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; la seconda prevede che non possa essere applicata la custodia cautelare in carcere qualora si ritenga che la pena inflitta

¹ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

al termine del procedimento non supererà i tre anni². Il riferimento alla pena in concreto irrogabile non determina tuttavia una sensibile differenza nella *ratio* di tali disposizioni rispetto alle altre che indicano soglie edittali senza richiedere una simile prognosi. Anche gli articoli 274 comma 1 lett. *b*) e 275 comma 2-*bis* secondo periodo c.p.p., cioè, in ultima istanza, mirano a realizzare un parallelismo tra il trattamento sanzionatorio riservato all'imputato in caso di condanna e quello che può ricevere nel corso del procedimento penale.

In tutti questi casi, quindi, si realizza un inveroimento della proporzionalità della pena di cui all'art. 49 CDFUE, che si riflette sul procedimento penale³. Ovviamente, sono delimitazioni dettate con riguardo a istituti che, nella valutazione del legislatore, risultano particolarmente intrusivi di fondamentali prerogative individuali.

Il secondo è rappresentato dall'organo chiamato a valutare la proporzionalità della misura. Si tratta di tema particolarmente caro alla Corte di Giustizia e alla Corte Edu, che nel verificare la conformità al diritto dell'Unione e alla CEDU di atti o decisioni nazionali, assegnano grande importanza alla presenza o meno di un controllo giurisdizionale ed alle garanzie di indipendenza del pubblico ministero⁴. Non è certo una novità: la Costituzione, com'è noto, introduce una riserva di giurisdizione là dove intende tutelare al massimo grado i diritti individuali. L'innovazione, però, risiede nell'esplicitazione, da parte delle Corti sovranazionali, del collegamento con la proporzionalità. Intanto, entrambe includono la presenza o meno del controllo giurisdizionale, nonché le caratteristiche istituzionali dell'organo deputato alle indagini, tra gli elementi che compongono il test di proporzionalità⁵. Poi, rimarcano la differenza tra un controllo svolto da un organo propriamente giurisdizionale ovvero dal pubblico ministero o da altri soggetti, arrivando a

² Secondo la dottrina tale soglia deve essere elevata a quattro anni, essendo questo il limite indicato dall'art. 47 comma 3-*bis* ord. penit. per l'affidamento in prova c.d. allargato e alla luce della citata Corte cost. n. 41/2018. Sul punto, v. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.2.

³ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

⁴ Si rinvia al capitolo I, paragrafi 3.3.1 e 4.1 e al capitolo II, paragrafo 4.2.4 per la giurisprudenza sul punto della Corte di Giustizia. Al capitolo II, paragrafo 3.1, poi, si è visto come la Corte Edu lo consideri per la compatibilità con il principio di proporzionalità dei provvedimenti che dispongono una perquisizione domiciliare (Corte Edu, *Brazzi c. Italia*, cit., p. 413; Corte Edu, *Doroz c. Polonia*, cit., § 28). Ancora, sulla necessaria indipendenza dall'esecutivo dell'organo che disponga intercettazioni mediante tecnologie in grado di registrare la totalità delle operazioni svolte con un dispositivo elettronico, v. Corte Edu, *Roman Zakharov*, cit., § 272 ss. (su cui v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.2).

⁵ V., tra le tante, Corte di Giustizia, *OG e PI*, cit., pp. 3790-3791 (v. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3.1) e Corte Edu, *Doroz c. Polonia*, cit., § 28 (v. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.1).

richiedere che il test proporzionalità sia effettuato, nei casi in cui la compressione dei diritti sia più penetrante, da un organo indipendente ed imparziale⁶. Soprattutto, nella nozione di indipendenza si fa rientrare, in sostanza, quella di terzietà, richiedendosi la neutralità nei confronti delle parti⁷. Si squarcia così il velo della funzione di garanzia del pubblico ministero italiano, organo senz'altro indipendente ed imparziale a livello istituzionale ma pur sempre parte nel procedimento penale. Sicché, in tema di mandato di arresto europeo, la disciplina si è allineata per via giurisprudenziale a quanto già assicurato a livello interno in tema di misure cautelari (personali e reali) con riguardo al necessario vaglio giurisdizionale⁸ e, in tema di acquisizione dei dati personali, si è stimolata un'importante modifica normativa nel nostro paese, che ha introdotto il controllo del giudice, già previsto per le intercettazioni, anche per questa ipotesi⁹. Ancora, la riserva di giurisdizione è senz'altro rispettata dalla disciplina dettata in materia di misure precautelari ed intercettazioni. È particolarmente apprezzabile, infine, l'introduzione del vaglio giurisdizionale per procedere ad accertamenti medici coattivi¹⁰.

Perquisizioni, ispezioni e sequestri probatori possono invece essere disposti dal pubblico ministero. Tali mezzi di ricerca della prova sono, in linea di principio, meno intrusivi di altri. Inoltre, il nostro sistema è strutturato in modo tale che l'intervento del giudice per le indagini preliminari dovrebbe rappresentare l'eccezione e non la norma¹¹. D'altronde, lo stesso legislatore europeo non impone che sia un organo giurisdizionale ad emettere un ordine europeo di indagine¹², tramite cui si richiedono anche tali atti. È però importante, perché la garanzia rappresentata dallo svolgimento del test di proporzionalità sia effettiva, che il soggetto abbia comunque la possibilità, nel corso del procedimento, di contestarlo di fronte a un organo imparziale, il che avviene in tutti i casi meno che in ipotesi di ispezioni non personali a cui non sia seguito un sequestro. Come visto, invece, a seguito della condanna del nostro paese da parte della Corte Edu¹³, è stata introdotta la facoltà di

⁶ Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2562 (v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.2.4).

⁷ *Ibidem*.

⁸ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3.1.

⁹ Ci si riferisce al citato d.l. n. 132/2021 e in particolare alla modifica apportata all'art. 132 comma 3 codice *privacy*: v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.2.4.

¹⁰ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 2.

¹¹ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.

¹² V. *retro*, capitolo I, paragrafo 4.1.

¹³ Corte Edu, *Brazzi c. Italia*, cit., p. 413.

presentare opposizione in capo alla persona sottoposta alle indagini e a chi abbia subito la perquisizione¹⁴.

Qualche problema si pone inoltre con riguardo alle prerogative della polizia giudiziaria. Spesso si riscontra lo schema - di ascendenza costituzionale (art. 13 Cost.) - consistente nell'intervento della stessa, con successiva trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria (sequestro preventivo, misure precautelari, prelievi coattivi a fini identificativi, perquisizioni, sequestro probatorio). Simili operazioni sono senz'altro legittime, ma devono essere giustificate da presupposti ben definiti, che riflettano una situazione di necessità, urgenza o particolare evidenza probatoria. Pertanto, come visto, non pare conforme alla proporzionalità l'arresto in flagranza c.d. differita¹⁵, così come il prelievo coattivo ad opera della polizia giudiziaria per l'identificazione personale *ex art. 349 comma 2-bis c.p.p.*¹⁶. Ancora, si potrebbe prospettare l'illegittimità costituzionale di una perquisizione *ex art. 352 c.p.p.* estesa alla totalità dei dati contenuti in un sistema informatico come il cellulare¹⁷.

Venendo alle scansioni interne del test di proporzionalità, si può cercare di ricondurre alle sue tre fasi (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) le varie tracce del medesimo che si sono esaminate nei capitoli precedenti, pur nelle diverse declinazioni e sfumature osservate.

L'idoneità, intesa come capacità astratta della misura di raggiungere il risultato per cui è impiegata, sembra presente in tutti i settori normativi esaminati, sebbene il più delle volte in maniera implicita. Così, in tema di misure cautelari, è a monte il legislatore a valutare l'idoneità delle misure - tassativamente individuate - a soddisfare le esigenze - anch'esse tassative - di cui all'art. 274 c.p.p.; è evidente l'idoneità delle misure precautelari a tenere il soggetto a disposizione dell'autorità giudiziaria e lo stesso vale per il mandato di arresto europeo e per le misure cautelari reali. Più complicato il discorso con riguardo ai mezzi investigativi: là dove si indichino presupposti chiaramente riconducibili a un criterio di necessità (ordine europeo di indagine, accertamenti medici coattivi, intercettazioni, acquisizione di dati personali), l'idoneità non può che esservi inclusa; là dove manchi tale riferimento, la fase in esame si può ricavare da un'esigenza logica, sottesa

¹⁴ Si vedano i nuovi art. 252-*bis* c.p.p. e comma 4-*bis* dell'art. 352 c.p.p. V. anche *retro*, capitolo II, paragrafo 3.1.

¹⁵ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.2.

¹⁶ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 2.

¹⁷ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.3.

all'indicazione relativa alle finalità degli istituti (ispezioni, perquisizioni e sequestro probatorio). Piuttosto, accade che in certi casi l'idoneità finisca per essere sottovalutata nella prassi. Questo è quanto avvenuto in relazione ai prelievi coattivi in seguito ai reati di cui agli articoli 589-*bis* e 590-*bis* c.p. e in tema di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati informatici, dove si impone un'interpretazione guidata dal canone *de quo* nel senso, rispettivamente, di consentire il prelievo ematico e di procedere a copia integrale del dispositivo prima di compiere operazioni sull'originale¹⁸.

La necessità si ravvisa ogniqualvolta il giudice sia obbligato a valutare la possibilità di raggiungere il medesimo risultato con un “mezzo più mite”. Il parametro è variabile: il legislatore valuta cioè innanzitutto a monte l'intrusività insita in una certa misura¹⁹. Per l'applicazione della custodia cautelare si fa riferimento all'inadeguatezza delle altre misure (art. 275 comma 3 c.p.p.); per l'emissione di un ordine europeo di indagine si richiede la necessità ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta alle indagini o imputata (art. 6 paragrafo 1 lett. a) direttiva OEI) e si accorda all'autorità di esecuzione la possibilità di ricorrere ad atto diverso se lo stesso risultato dell'atto richiesto possa essere raggiunto con mezzi meno intrusivi (art. 10 paragrafo 3 direttiva OEI)²⁰; per le intercettazioni e per gli accertamenti medici coattivi si impiega il parametro dell'assoluta indispensabilità, rispettivamente, per la prosecuzione delle indagini (art. 267 comma 1 c.p.p.) e per la prova dei fatti (art. 224-*bis* comma 1 c.p.p.) e negli accertamenti medici coattivi l'art. 224-*bis* comma 5 c.p.p. richiede anche l'impiego delle tecniche meno invasive in sede di scelta ed esecuzione dell'accertamento; per le intercettazioni disposte in procedimenti relativi a taluni gravi delitti il parametro diventa la “necessarietà” per lo svolgimento delle indagini (art. 13 comma 1 d.l. n. 152/1991); per l'impiego dei c.d. captatori informatici si richiede, quale requisito aggiuntivo, di esplicitare la necessità dello specifico strumento per lo svolgimento delle indagini (art. 267 comma 1 c.p.p.); l'art. 270 comma 1 c.p.p. sancisce l'inutilizzabilità in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni salvo che non siano rilevanti e indispensabili per l'accertamento di determinati delitti; per l'acquisizione di dati del traffico telefonico o telematico è invece

¹⁸ V. *retro*, capitolo II, paragrafi 2 e 3.3.

¹⁹ Al capitolo I, paragrafo 4.2 si è visto il grave problema che potrebbe discendere dalla definizione di coercitività dell'atto, cui ricollegare maggiori garanzie, nel contesto dell'ordine europeo di indagine.

²⁰ Come visto al capitolo I, paragrafo 4.2, tali requisiti sono recepiti anche dal citato d.lgs. n. 108/2017.

sufficiente la rilevanza per l'accertamento dei fatti (art. 132 comma 3 codice *privacy*). Al di là delle varie declinazioni terminologiche, che richiamano i giudici a un vaglio più o meno approfondito a seconda dei casi, l'essenza del giudizio resta la stessa e consiste nel tenere conto dell'intrusività della misura (in concreto) al fine di verificare se esistano alternative che comprimano in misura minore i diritti individuali e che siano altrettanto idonee a raggiungere il risultato.

Altrove, il parametro non è esplicitato ma, con qualche differenza, lo si può ricavare. In tema di mandato di arresto europeo, tale compito doveva essere svolto dalla decisione quadro 2009/829/GAI, che però è rimasta, nella prassi, quasi inapplicata²¹. Come visto, si rintraccia ora nel manuale della Commissione sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo un riferimento alla «possibilità di ricorrere ad altre misure per la cooperazione giudiziaria invece che all'emissione di un MAE»²². In tema di mezzi di ricerca della prova, la giurisprudenza arriva a parlare di residualità del sequestro probatorio²³, così come taluno individua nell'art. 248 c.p.p. sulla richiesta di consegna quale alternativa alla perquisizione la base per sostenere altresì la residualità di tale mezzo di ricerca della prova²⁴.

Resta invece in ombra un altro elemento, a cavallo tra necessità e proporzionalità in senso stretto, che invece la giurisprudenza sovranazionale non manca di rimarcare²⁵. Si allude a un parametro, per così dire, soggettivo, consistente nel considerare la posizione dei soggetti destinatari della misura: qualora si tratti di persone estranee alle indagini (ad esempio, i parenti e conoscenti della persona sottoposta alle indagini che subiscano un'intercettazione o dei quali si acquisiscano i dati del traffico telematico; il proprietario del bene sottoposto a sequestro o dell'immobile perquisito; i parenti della persona il cui profilo di DNA viene inserito nella relativa banca dati) allora si aggiunge una carica di intrusività maggiore di cui si dovrebbe tenere conto, se non a livello normativo, almeno nelle valutazioni giudiziarie. L'unica disposizione che sembrerebbe non trascurare tale criticità è l'art. 7 d.lgs. n. 108/2017²⁶. Per il resto, si è segnalata simile carenza di tutela, in

²¹ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.3.

²² Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, cit., p. 15. V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.3.

²³ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.2.

²⁴ E. BASSO, *sub* art. 248, in AA.VV., *Commento al nuovo codice*, cit., p. 709; v. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.1.

²⁵ V., per tutte, Corte di Giustizia, *H.K.*, cit., p. 2561 (v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.2.3).

²⁶ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 4.2.

modo particolare, in tema di accertamenti medici coattivi²⁷, sequestro probatorio²⁸, intercettazioni²⁹ (specialmente se effettuate mediante *trojan horse virus*), anche con riguardo alla selezione dei dati intercettati³⁰, banca dati del DNA³¹ e acquisizione dei dati del traffico telefonico e telematico³².

Si arriva così alla fase della proporzionalità in senso stretto, che non sempre è agevole distinguere dalla precedente.

Il *quid pluris* risiede nel bilanciamento tra il grado di compressione dei diritti individuali (già vagliata per il giudizio di necessità, allo scopo di verificare se vi fossero misure meno intrusive) e il fine perseguito dalla misura. Sono varie le manifestazioni di tale valutazione.

La più evidente è rappresentata dalle clausole poste esplicitamente a salvaguardia di prerogative individuali che l'ordinamento non è disposto a intaccare. Si pensi quindi all'art. 11 paragrafo 1 lett. f) direttiva OEI, che introduce un motivo di rifiuto fondato sul rispetto dei diritti fondamentali, di fatto recependo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sviluppatasi in relazione al mandato di arresto europeo³³. Clausole espresse di questo genere si rintracciano altresì per gli accertamenti medici coattivi (art. 224-bis comma 5 c.p.p.) e per le ispezioni e le perquisizioni personali (articoli 245 comma 2 e 249 comma 2 c.p.p.). Ma, a ben vedere, in tema di mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, tale ruolo è ricoperto in via generale dall'art. 188 c.p.p.³⁴. Si tratta di argini legislativi che impongono una vigilanza costante e non sempre facile da esercitare. In effetti, vi sono misure, come gli accertamenti medici coattivi, che inevitabilmente incidono, ad esempio, sul pudore individuale: individuare la giusta misura, nonché approntare le cautele idonee ad evitare che si superi la soglia consentita, è compito del giudice.

Una funzione analoga è svolta dai termini di conservazione dei dati personali: anche se potrebbero risultare utili, si giudica comunque sproporzionata rispetto al diritto

²⁷ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 2.

²⁸ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.2.

²⁹ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.2. Apprezzabile l'obbligo di motivare con riguardo alle ragioni per cui il soggetto terzo deve essere sottoposto a intercettazione individuato da Cass., n. 45486/2018, cit.

³⁰ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.1.

³¹ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.3.

³² V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.2.3.

³³ Per l'analisi di tale giurisprudenza, v. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3.

³⁴ F. FALATO, *La proporzione innova*, cit., p. 29 ricava il giudizio di proporzionalità, secondo una visione invero riduttiva (v. *retro*, capitolo I, paragrafo 4.2), proprio da tale disposizione.

alla riservatezza l'acquisizione di dati personali a distanza di un più o meno lungo periodo di tempo. Questo vale per i termini dettati con riguardo tanto ai dati del traffico telefonico e telematico quanto ai profili di DNA raccolti nella relativa banca dati.

Un calcolo di proporzionalità in senso stretto si può rintracciare altresì nella consistenza indiziaria richiesta per l'adozione di certe misure³⁵. Anche in questo caso il parametro varia a seconda dell'intrusività della misura e delle sue caratteristiche: si pensi alla differenza tra i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p. ed i gravi indizi di reato di cui all'art. 267 c.p.p. (meri sufficienti indizi ex art. 13 comma 1 d.l. n. 152/1991 e art. 132 comma 3 codice *privacy*)³⁶. Il presupposto dei gravi indizi di colpevolezza è richiesto inoltre quale requisito per disporre il fermo (art. 384 comma 1 c.p.p.)³⁷. Anche in tema di misure cautelari reali la Cassazione è arrivata oramai a richiedere la sussistenza di un *fumus delicti* da verificare in concreto³⁸. Particolarmente evidente la lacuna sul punto per l'emissione del mandato di arresto europeo, ora in parte colmata dal manuale della Commissione sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, che fa riferimento alla probabilità dell'assoggettamento a custodia della persona nello Stato membro emittente dopo la consegna³⁹. Ancora, per ispezioni, perquisizioni e sequestri la giurisprudenza, nel sostenere che non siano consentiti tali mezzi in funzione meramente esplorativa della notizia di reato, afferma la necessità di un *fumus*⁴⁰, benché non equiparabile a quello richiesto per le misure cautelari e le intercettazioni.

Infine, la proporzionalità in senso stretto si manifesta nella valutazione in concreto della gravità del fatto per cui si procede, da porre in bilanciamento col generale interesse

³⁵ Sulla relazione tra proporzionalità e *fumus commissi delicti* in ambito cautelare, v. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 236 ss.

³⁶ Per un approfondimento, v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.

³⁷ Sul punto v. Cass., n. 2404/2003, cit., p. 2267; Cass., n. 1090/1992, cit., p. 138. Per le altre misure precautelari la consistenza indiziaria si considera *in re ipsa* e viene poi valutata in sede di convalida la legittimità dell'operato della polizia giudiziaria, secondo un parametro che impone di porsi nella posizione della medesima al momento della percezione della flagranza: v. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.2.

³⁸ Cass., sez. un. 31 marzo 2016, n. 18954, Capasso, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3149-3150, con note di F. VARONE, *Riesame delle misure cautelari reali e legge n. 47 del 2015: le Sezioni unite elaborano una soluzione farisaica?* e P. RIVELLO, *Le Sezioni unite e l'interrogativo concernente la natura "recettizia" o "formale" del rinvio all'art. 309 c.p.p. operato dall'art. 324, settimo comma, c.p.p.*, ivi, p. 3770 ss.

³⁹ Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, cit., p. 14. V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.2.1.

⁴⁰ V., per tutte, in tema di perquisizione, Cass., n. 649/1995, cit., pp. 892-893. Al riguardo, v. *retro*, capitolo II, paragrafi 3.1 e 3.3.

pubblico perseguito. L'art. 275 comma 2 c.p.p. instaura questa relazione nel settore cautelare; nelle misure precautelari il parametro è esplicitamente preso in considerazione per l'arresto facoltativo in flagranza (art. 381 comma 4 c.p.p.) e può trovare spazio in sede di udienza di convalida; in tema di mandato di arresto europeo è la giurisprudenza ad aver spinto verso un apprezzamento della gravità del reato, sino ad arrivare al riconoscimento di una simile esigenza nel manuale della Commissione sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, che invita l'autorità di emissione a procedere a tale controllo⁴¹; l'art. 6 paragrafo 1 lett. a) direttiva OEI, nel richiedere che l'emissione dell'ordine sia «necessaria e proporzionata ai fini del procedimento», include senz'altro anche una considerazione della gravità in concreto del reato per cui si procede, del resto esplicitata dall'art. 7 d.lgs. n. 108/2017.

Per le misure investigative nazionali, invece, tale bilanciamento non viene invocato. In effetti, in linea di principio, ogni reato deve poter essere accertato se del caso ricorrendo anche a mezzi di ricerca della prova intrusivi⁴². In realtà, per i mezzi di ricerca della prova, il termine di raffronto con i diritti individuali compressi viene ad essere il grado di necessità dell'atto ai fini delle indagini, in parallelo con il giudizio di proporzionalità in senso stretto che in ambito cautelare rapporta la misura con la natura e il grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto (art. 275 comma 1 c.p.p.)⁴³. Sicché, come visto, un canone come quello dell'assoluta indispensabilità include valutazioni tipiche della proporzionalità in senso stretto, imponendo una considerazione complessiva degli interessi intaccati con la misura, da bilanciare con il fine perseguito⁴⁴.

Si potrebbe sul punto sviluppare un contrasto con le fonti sovranazionali. In particolare, si è visto come la Corte Edu consideri la gravità del reato tra gli elementi rilevanti per definire il rispetto dell'art. 8 CEDU di una perquisizione domiciliare⁴⁵. A ben vedere, un possibile correttivo, almeno per i casi più evidenti, potrebbe essere rappresentato dalla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto⁴⁶, che potrebbe essere impiegata con maggiore frequenza come causa di archiviazione.

⁴¹ Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, cit., p. 14.

⁴² V. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.2.

⁴³ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.

⁴⁴ V. *retro*, capitolo II, paragrafi 2 e 4.1, relativi, rispettivamente, agli accertamenti medici coattivi e alle intercettazioni.

⁴⁵ Corte Edu, *Doroz c. Polonia*, cit., §§ 30-31: v. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.1.

⁴⁶ K. JARVERS, *Effectiveness, Proportionality and the Abstract and Concrete Forms of Decriminalisation. The Example of Italy*, in AA.VV., *Proportionality in Crime Control and*

2. L'inquadramento della proporzionalità nel procedimento penale rispetto alle tipizzazioni del principio

Con il presente lavoro si intende sviluppare una nozione di proporzionalità con caratteristiche sue proprie rispetto al più generale principio di proporzionalità. Tale distinzione è necessaria ai fini di una piena esplicazione del canone nel procedimento penale. Studiare il generale principio di proporzionalità in modo autonomo in ogni settore in cui opera è fondamentale al fine di attribuirgli il significato che assume specificamente in quel contesto, in modo tale poterne discernere l'ambito applicativo e individuarne le funzioni. Questo, tuttavia, non significa stabilire uno iato tra la proporzionalità come principio generale del diritto *tout court* e la proporzionalità come principio generale del diritto processuale penale interno. Il principio di proporzionalità, benché si atteggi in modo diverso a seconda dei contesti nei quali opera, resta pur sempre suscettibile di una ricostruzione unitaria⁴⁷. Vi sono, cioè, dei caratteri ricorrenti che si possono rinvenire in ogni ambito in cui venga applicato. Sicché, talune problematiche ed implicazioni sono a loro volta comuni a tali ambiti. Da ciò discende l'opportunità di confrontarsi con le classificazioni generali del principio, alla ricerca dei caratteri tipizzanti la proporzionalità nel procedimento penale. In altri termini, si cercherà di fornire un possibile inquadramento della proporzionalità che si esplica nel procedimento penale all'interno delle principali categorie sviluppate con riguardo alla proporzionalità in generale, che sono trasversali rispetto ai settori in cui essa si applica. Tale studio mira a rivelare alcune caratteristiche cruciali del principio nel procedimento penale, ponendo al contempo in luce possibili punti critici nella sua interpretazione ed applicazione.

Criminal Justice, a cura di E. BILLIS - N. KNUST - J.P. RUI, Hart, 2021, pp. 222-223 e p. 226 lega l'istituto di cui all'art. 131-bis c.p.p. alla proporzionalità, evidenziando come si tratti di strumento che realizza una forma di depenalizzazione in concreto assicurando al tempo stesso un beneficio per persone offese e società.

⁴⁷ E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, Giuffrè, pp. 429-430.

2.1. Proporzionalità legislativa vs proporzionalità giurisprudenziale

È possibile distinguere tra una proporzionalità rivolta al legislatore, fungente da criterio che sarebbe chiamato a seguire nella formulazione delle fattispecie⁴⁸ ed una indirizzata al giudice, con la funzione di guidarne la discrezionalità⁴⁹.

Nel procedimento penale trovano esplicazione entrambe le tipologie di proporzionalità. Non a caso, si sono esaminate al tempo stesso scelte legislative e orientamenti giurisprudenziali.

Chiaramente la proporzionalità legislativa influenza significativamente quella giurisprudenziale, definendone i contorni ed i limiti. Si cercherà ora di chiarire il senso della distinzione, a partire da alcuni esempi.

Intanto, si può considerare un caso in cui una criticità derivante da un impiego scorretto della proporzionalità legislativa pare di difficile soluzione ricorrendo a quella giurisprudenziale. Si è criticato l'inserimento dell'inciso «e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1» nell'art. 270 c.p.p. A livello letterale, è stata aggiunta un'eccezione al generale divieto di utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti, che rischia di ridurre la regola generale a un mero simulacro. Per quanto auspicabile, infatti, pare difficile sostenere che l'interpolazione non estenda l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni a tutti i procedimenti aventi ad oggetto i reati elencati all'art. 266 comma 1 c.p.p., così determinando un ampliamento non conforme a proporzionalità⁵⁰. Sicché, come si è detto

⁴⁸ Si tratta di un «criterio di razionalità pratica» che dovrebbe ispirare ogni legge che intervenga a modificare il bilanciamento tra garanzie individuali ed esigenze repressive. Così R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1157. L'Autore prende poi come esempi di invasioni legislative nel campo della proporzionalità giurisprudenziale l'art. 275 comma 3 c.p.p., la disciplina delle intercettazioni, soprattutto perché priva di una seria tutela dei terzi intercettati e quella in materia di acquisizione dei dati del traffico telefonico e telematico, prima della modifica del citato d.lgs. n. 132/2021 (R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1158 ss.).

⁴⁹ Per la distinzione, v. M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI*, cit., p. 60. L'Autore prende poi a paradigma della proporzionalità giurisprudenziale l'esercizio della discrezionalità giudiziaria nella commisurazione della pena ex art. 132 c.p. e nella scelta delle misure cautelari ex art. 275 comma 2 c.p.p. (M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI*, cit., p. 62 ss.). Non dissimile l'impostazione, in relazione al settore cautelare, di D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., pp. 240-241, che contrappone una proporzionalità "in concreto", rimessa alla valutazione del giudice nel momento della scelta della misura cautelare da adottare a una proporzionalità "in astratto", rappresentata dai «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273 c.p.p., formula non suscettibile di graduazione. Ancora, E. BILLIS - N. KNUST - J.P. RUI, *The Typology of Proportionality*, in AA.VV., *Proportionality in Crime Control*, cit., p. 17 distinguono tra la *legislative proportionality* e la *proportionality in adjudication*, sostenendo come la prima delimiti i confini normativi della seconda e come la seconda possa influenzare, di fatto, la prima.

⁵⁰ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.

a suo tempo, la via più corretta da seguire per il giudice che si trovi ad applicare questa disposizione è l'incidente di costituzionalità. D'altronde, tale previsione attiene, secondo la ricostruzione proposta, alla proporzionalità sostanziale di cui all'art. 49 CDFUE⁵¹. Di recente la Corte di Giustizia ha sancito, ribadendone la natura di principio generale del diritto dell'Unione, l'efficacia diretta del principio di proporzionalità della pena ivi fissato⁵². Se, come si è sostenuto, questa norma riguarda non solo la definizione di minimi e massimi edittali, ma anche il complessivo trattamento riservato a un reato in ragione della sua gravità valutata ad un livello astratto dal legislatore⁵³, allora può invocarsi in via diretta per rivedere simili scelte, attraverso il vaglio della Corte costituzionale⁵⁴. A dire il vero, la Corte di Lussemburgo sembrerebbe aprire finanche a un controllo diffuso di proporzionalità delle sanzioni, ma si deve concordare con i primi commentatori della sentenza nel ritenere che tali valutazioni siano di esclusiva pertinenza della Corte costituzionale⁵⁵. Ciò sia in ragione del principio di legalità, che riserva tali scelte al legislatore, sia sulla base della certezza del diritto, che sicuramente contrasta con un apprezzamento giudiziale caso per caso della sanzione anche al di sotto del minimo edittale, e, allo stesso modo, degli strumenti investigativi a cui è possibile ricorrere per l'accertamento di un determinato reato⁵⁶.

All'opposto, si può osservare una criticità attinente all'esercizio della discrezionalità da parte dei giudici. La giurisprudenza afferma la legittimità di decreti del

⁵¹ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

⁵² Corte di Giustizia, *NE*, cit., p. 3222.

⁵³ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

⁵⁴ Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha negli ultimi anni sviluppato notevolmente il proprio sindacato sulla proporzionalità della pena, svincolandosi dal precedente *self-restraint*, che si esplicava nella necessaria ricerca di un *tertium comparationis* cui ancorare, appunto, la valutazione in ordine alla proporzionalità della pena. V. Corte cost., n. 236/2016, cit., p. 508 ss. e *retro*, Introduzione, paragrafo 1.

⁵⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione*, cit., p. 17 ss. Non è mancato, inoltre, chi (M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022, p. 9) abbia scorto una prima risposta della Corte costituzionale in una recente sentenza in cui ha rigettato l'idea secondo cui un doppio binario sanzionatorio sia legittimo se solo il giudice che irroga la seconda sanzione tenga conto della prima, determinando così una risposta sanzionatoria conforme al principio di proporzionalità, rimarcando altresì come la proporzionalità della pena sia garanzia diversa dal *ne bis in idem* (Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022, § 5.1.1, con nota di M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due*, cit.).

⁵⁶ Al riguardo, si è già avuto modo di sottolineare come la valutazione dell'intrusività immanente a una certa misura processuale, e dunque anche quella relativa ai reati per l'accertamento dei quali possa essere impiegata, si debba ritenere di competenza del legislatore: v. *retro*, capitolo I, paragrafo 4.1 e paragrafo 1 del presente capitolo.

giudice di proroga delle intercettazioni ex art. 267 comma 3 c.p.p., privi di motivazione autonoma, sostenendo che traggano la propria legittimità dal provvedimento originario⁵⁷. Tuttavia, la fissazione di un limite temporale per le intercettazioni, necessitanti di proroghe a scadenze prefissate da disporsi con decreto (che la legge peraltro richiede espressamente essere motivato), risponde a un'esigenza di proporzionalità, che impone una motivazione specifica circa l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto della proroga. Del resto, l'art. 267 comma 3 c.p.p. richiede che i decreti di proroga possano essere emessi a condizione che sia accertata la permanenza, in concreto, dei presupposti dell'intercettazione. In questo caso, quindi, ben può prospettarsi un mutamento di indirizzo ad opera dei giudici per le indagini preliminari o della Cassazione ispirato dalla proporzionalità giurisprudenziale.

Si consideri infine un'ipotesi intermedia, in cui cioè il legislatore eserciti la sua discrezionalità, secondo criteri genericamente ispirati al canone della proporzionalità legislativa, ma lasciando margini di incertezza. Questo è quanto osservato, ad esempio, con riguardo alla possibilità, da parte dell'autorità ricevente, di rifiutare di eseguire un ordine europeo di indagine sulla base di una carenza di proporzionalità del medesimo⁵⁸. Ebbene, deve reputarsi possibile per l'autorità giudiziaria interpretare la normativa nel senso di ritenere consentito un simile rifiuto: la proporzionalità giurisprudenziale, impiegata in funzione interpretativa di un dato positivo non univoco, può prevalere su altre ragioni, come, in questo caso, quelle del mutuo riconoscimento.

Insomma, se il criterio della proporzionalità attiene all'interpretazione dei parametri che il legislatore indirizza ai giudici, allora essi possono procedere a interpretazione conforme; se invece si rientra nel campo dell'esercizio della discrezionalità legislativa, come avviene soprattutto in caso di selezione dei reati per cui si possano adottare certe misure (art. 49 paragrafo 3 CDFUE), la via da seguire sembra essere quella della questione di costituzionalità, fondata sul mancato rispetto del canone della proporzionalità.

⁵⁷ Cass., n. 2612/2004, cit., su cui v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.

⁵⁸ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 4.2.

2.2. Retrospective proportionality vs Prospective proportionality

Il giudizio di proporzionalità può guardare al passato così come al futuro. Per la prima eventualità è stata coniata la categoria della *retrospective proportionality*, definita come la risposta attuale a un evento passato⁵⁹. Vi rientra, chiaramente, l'irrogazione della pena. Vi si può altresì ricomprendere il procedimento penale considerato nella sua interezza, come operazione volta a ricostruire un evento passato. Allo stesso modo, molte decisioni interne ad esso includono ragionamenti riconducibili alla *retrospective proportionality*. Si pensi, ad esempio, all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, che riflette la sproporzione del procedimento stesso rispetto alla minima gravità del fatto di reato⁶⁰.

Eppure, non di rado nel procedimento penale si riscontrano prognosi rivolte al futuro. E allora, si entra nel campo della *prospective proportionality*, definibile come la proporzionalità dell'azione attuale rispetto all'obiettivo prefissato⁶¹. È questo, a ben vedere, il test tripartito di proporzionalità di origine tedesca⁶², richiamato dall'art. 52 paragrafo 1 CDFUE.

Sicché, quando occorre valutare la proporzionalità di una misura cautelare o quando si richiede al pubblico ministero e al giudice di verificare se le intercettazioni che intendono disporre siano assolutamente indispensabili per la prosecuzione dell'indagine, si è di fronte a prognosi rientranti nel canone della *prospective proportionality*.

Ma la distinzione non è così netta come può sembrare. Già nell'esempio precedente sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto, si può notare come la valutazione della gravità del fatto sia effettuata anche per verificare, in chiave prospettica, se sia davvero necessario un procedimento penale⁶³. Ancora, là dove si chiedi al giudice una prognosi

⁵⁹ E. BILLIS - N. KNUST - J.P. RUI, *The Typology of Proportionality*, cit., p. 16; R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?*, in AA.VV., *Proportionality in Crime Control*, cit., p. 29.

⁶⁰ R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., p. 32.

⁶¹ E. BILLIS - N. KNUST - J.P. RUI, *The Typology of Proportionality*, cit., p. 16; R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., p. 30.

⁶² R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., p. 34. V. anche E. HERLIN-KARNELL, *General principles*, cit., p. 527, che riprende la distinzione di P. ASP, *Two notions of proportionality*, cit., p. 207 ss. tra *A-proportionality* e *C-proportionality* (v. *retro*, capitolo I, paragrafo 2), sostenendo che la prima, prendendo in considerazione aspetti orientati al futuro, rientra nella categoria della *prospective proportionality*, mentre la seconda, che valuta i fatti al fine di irrogare una sanzione ad essi proporzionata, è qualificabile come *retrospective proportionality*.

⁶³ R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., p. 33.

circa la pena che sarà irrogata, si guarda ovviamente al futuro, ma anche al passato, considerando che è necessario prendere in considerazione il fatto per cui si procede. È quanto avviene per la proporzionalità cautelare di cui all'art. 275 comma 2 c.p.p., che fa riferimento tanto all'entità del fatto quanto alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata. Un fatto passato da un lato, uno futuro dall'altro, inscindibili nella valutazione del giudice. Emerge, insomma, la dinamicità dell'accertamento processuale, volto sì in generale alla ricostruzione di un fatto passato, ma che vive nel presente, in cui si impongono soprattutto giudizi di proporzionalità di un mezzo (presente) rispetto a un fine (futuro).

Pertanto, va condivisa la conclusione dottrinale secondo cui la *retrospective proportionality* sia tra gli elementi che compongono l'ultima fase nel test tripartito tipico della *prospective proportionality*, ossia quella della proporzionalità in senso stretto⁶⁴. In effetti, è in questa fase che si valuta la gravità del fatto, domandandosi se giustifichi l'adozione della misura.

Si consideri infine un ambito particolare in cui sono stati impiegati i termini *retrospective* e *prospective proportionality*. Si è già avuto modo di vedere lo sviluppo giurisprudenziale (e non solo) relativo all'opportunità di impiegare il mandato di arresto europeo in ordine alle c.d. "*trivial offences*"⁶⁵. Secondo alcuni, sarebbe possibile distinguere due tipologie di uso sproporzionato del mandato. La prima, che avrebbe ad oggetto casi di *retrospective proportionality*, riguarderebbe ipotesi di rifiuto del mandato (c.d. esecutivo) perché la sentenza emessa nello Stato di emissione appare sproporzionata rispetto al fatto⁶⁶. La seconda, fatta ricadere entro la *prospective proportionality*, atterrebbe a casi in cui i costi umani e finanziari dell'esecuzione del mandato appaiano sproporzionati rispetto alla gravità del reato⁶⁷. Le due valutazioni non si escludono a vicenda. Dunque, una simile differenziazione, coerente con la classificazione nei suoi termini generali, mette

⁶⁴ J. BOUCHT, *Proportionality in Asset Confiscation Proceedings*, in AA.VV., *Proportionality in Crime Control*, cit., p. 252. L'Autore propone altresì una modifica terminologica, alla luce dell'incerta differenziazione tra *retrospective* e *prospective proportionality*. Viene proposto cioè di chiamare queste due tipologie di proporzionalità, rispettivamente, *quantification proportionality* e *norm proportionality*. Tali espressioni rifletterebero meglio la reale differenza intercorrente tra le due categorie, che risiede nella loro diversa funzione (l'una volta a quantificare la pena da irrogare per un reato, l'altra a stabilire un bilanciamento ragionevole tra gli interessi statali e individuali). Così J. BOUCHT, *Proportionality in Asset Confiscation*, cit., p. 251.

⁶⁵ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.2.1.

⁶⁶ S. HAGGENMULLER, *The Principle of Proportionality*, cit., pp. 100-101.

⁶⁷ S. HAGGENMULLER, *The Principle of Proportionality*, cit., pp. 101-102.

in luce ancora una volta che *retrospective* e *prospective proportionality*, più che termini contrapposti, costituiscono insieme, per così dire, un Giano bifronte, che è la proporzionalità.

2.3. Proporzionalità ordinale (o relativa o comparativa) vs proporzionalità cardinale (o assoluta o non comparativa)

Nell'ambito del diritto penale sostanziale una distinzione fondamentale, sviluppata con riguardo alla determinazione della pena, è quella tra proporzionalità ordinale e cardinale.

La proporzionalità ordinale instaura un rapporto tra la pena prevista per un certo reato e quella fissata per gli altri reati sanzionati dall'ordinamento. Si immaginano due scale parallele: da una parte la gravità dei reati, dall'altra la severità delle rispettive pene⁶⁸. La pena prevista per un reato dovrebbe corrispondere al disvalore dello stesso posto in relazione agli altri dell'ordinamento⁶⁹. Non a caso, taluni la definiscono proporzionalità comparativa⁷⁰ o, ancora, relativa⁷¹. Tale parametro è dunque espressione del generale principio di eguaglianza⁷² e ispirava senz'altro lo schema del *tertium comparationis*⁷³ tradizionalmente usato dalla Corte costituzionale per sanzionare limiti edittali "irragionevoli"⁷⁴. Anche l'art. 49 paragrafo 3 CDFUE sembrerebbe evocare questo tipo di proporzionalità, benché sia particolarmente complesso immaginare un vaglio simile da

⁶⁸ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 160.

⁶⁹ V. A. VON HIRSCH, *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, Manchester University Press, 1985, p. 40.

⁷⁰ Y. LEE, *The Constitutional Right against Excessive Punishment*, in *Virginia Law Review*, 2005, n. 3, p. 710 ss.

⁷¹ R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., pp. 30-31; ID., *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, 2001, p. 133; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Giappichelli, 2018, p. 33.

⁷² F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 161.

⁷³ In questo senso C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 114, che si riferisce alla proporzionalità ordinale come a un giudizio di carattere formale inquadrabile nell'ideologia retribuzionista.

⁷⁴ Per un approfondimento v., per tutti, P. INSOLERA - S. ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto di difesa - Riv. trim.*, 2020, p. 336 ss. Come si dirà a breve, l'orientamento è stato superato.

parte della Corte di Giustizia, in mancanza di una scala di pene di riferimento e di una chiara ideologia penalistica sulla base della quale valutare la gravità del reato⁷⁵.

La proporzionalità cardinale prescinde invece da un rapporto comparativo con altri reati, richiedendo che la pena risulti appropriata rispetto al reato. Si esprime quindi un rapporto di congruità diretto tra pena e reato, che aspira a realizzare «l'idea di *intrinseca giustizia* della reazione punitiva rispetto (...) *al singolo reato*»⁷⁶. Ecco perché alcuni la indicano come proporzionalità non comparativa⁷⁷ o assoluta⁷⁸. Tale concetto pare rintracciabile nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di proporzionalità della pena. Pur operando, com'è ovvio, a un livello astratto, questa si è infatti svincolata dalla necessaria individuazione di un termine di raffronto rappresentato dalla pena prevista per un altro reato allo scopo di definire sproporzionata una determinata pena⁷⁹. Tale termine di paragone può infatti essere individuato ora in un momento logico successivo alla dichiarazione di una carenza di proporzionalità della pena rispetto al reato a cui si riferisce, ossia in quello dell'individuazione della nuova cornice edittale⁸⁰.

Nel procedimento penale, a ben vedere, non trovano spazio considerazioni ascrivibili alla proporzionalità ordinale: è al singolo fatto di reato che si guarda, al fine di decidere l'esito del processo e, all'interno dello stesso, se si possano o si debbano adottare certe misure. Di talché, non v'è alcun dubbio che la proporzionalità che opera nel procedimento penale sia una proporzionalità cardinale, che instaura un rapporto fra il carattere afflittivo del procedimento e delle sue scansioni e la gravità del fatto concreto, così come si va dinamicamente ricostruendo nel procedimento.

⁷⁵ C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., p. 118. Anche sulla base di simili argomentazioni, non è mancato infatti chi abbia ricondotto l'art. 49 paragrafo 3 CDFUE alla proporzionalità cardinale (P. ASP, *Two notions of proportionality*, cit., pp. 117-118).

⁷⁶ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 161.

⁷⁷ Y. LEE, *The Constitutional Right*, cit., p. 710 ss.

⁷⁸ R.A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law*, cit., pp. 30-31; ID., *Punishment, Communication*, cit., p. 133; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 33. In generale, per un approfondimento sulla differenza tra proporzionalità ordinale e cardinale, v. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 5ª ed., Cambridge University Press, 2010, p. 89; P. ASP, *Two notions of proportionality*, cit., pp. 215-216; D. VAN ZYL SMIT - A. ASHWORTH, *Disproportionate Sentences*, cit., p. 559; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 160 ss.; A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1992, n. 1, p. 75 ss.; A. VON HIRSCH - A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford University Press, 2005, pp. 138-139.

⁷⁹ V. Corte cost., n. 236/2016, cit., p. 510 ss. e *retro*, Introduzione, paragrafo 1.

⁸⁰ V. Corte cost., n. 236/2016, cit., p. 511 ss. e *retro*, Introduzione, paragrafo 1.

Ciò non vale, ovviamente, per quelle tracce di proporzionalità della pena reperibili nella disciplina processuale ma che si sono ricondotte all'art. 49 paragrafo 3 CDFUE⁸¹, rappresentate dalle ipotesi di selezione dei reati per l'accertamento e la repressione dei quali è consentito ricorrere a certi strumenti. Come detto, in questi casi, qualificabili come proporzionalità legislativa, qualora si riscontri un contrasto col canone della proporzionalità, pare necessario per il giudice di merito il ricorso alla questione di costituzionalità o al rinvio pregiudiziale. Essi sembrano espressione della proporzionalità ordinale, poiché determinati reati vengono comparativamente reputati più gravi di altri, disponendo per gli stessi un diverso trattamento processuale.

Il discorso non cambia se si pone l'accento sulle specifiche caratteristiche dei reati, che renderebbero necessaria l'adozione di certe misure, soprattutto investigative: anche in questo caso, si è di fronte a una valutazione comparativa. Dunque, la Corte costituzionale ben può sindacare simili scelte legislative. Anzi, come già visto, in seguito alla dichiarata efficacia diretta dell'art. 49 CDFUE⁸², può oggi essere sollevata questione di costituzionalità invocando, per il tramite dell'art. 117 Cost. la contrarietà della normativa a tale disposizione. Per tale via, oltre che per quella tradizionalmente seguita per la proporzionalità della pena con l'individuazione del *tertium comparationis*, la Corte costituzionale potrebbe sviluppare ragionamenti in termini di proporzionalità ordinale, prendendo a parametro le pene ed il trattamento processuale previsti per i reati dell'ordinamento interno, nonché l'ideologia penalistica e processuale che ispira il medesimo ordinamento. Ciò potrebbe avvenire con riguardo alla recente equiparazione dei delitti di corruzione a quelli di criminalità organizzata in tema di intercettazioni ad opera della citata legge n. 3/2019 (c.d. legge spazzacorrotti)⁸³. D'altronde, la Corte costituzionale è già intervenuta in termini analoghi - e senza ricorso all'art. 49 CDFUE - sulla disciplina derogatoria contenuta nell'art. 275 comma 3 c.p.p. relativa alle presunzioni cautelari⁸⁴.

2.4. Il collegamento tra la proporzionalità e l'*extrema ratio*

Quello di *extrema* (o *ultima*) *ratio* è un principio generale del diritto penale. Soprattutto, quando si impiega tale espressione, si fa riferimento all'essenziale

⁸¹ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

⁸² Corte di Giustizia, *NE*, cit., p. 3222 (v. *retro*, paragrafo 2.1 del presente capitolo).

⁸³ V. *retro*, capitolo II, paragrafi 4.1 e 4.1.2.

⁸⁴ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.1.1.

caratterizzazione di quest'ultimo quale branca del diritto che predispone le sanzioni più drastiche a carico dell'individuo, da utilizzare pertanto seguendo i parametri della sussidiarietà e della meritevolezza della pena, con riguardo a selezionate aggressioni a selezionati beni giuridici⁸⁵.

Non si tratta di concetto estraneo al diritto processuale penale. Si parla, ad esempio, di *extrema ratio* della custodia cautelare ex art. 275 comma 3 c.p.p.

Ebbene, il diritto processuale penale comprende delle misure che, anche là dove non equiparabili a vere e proprie pene, risultano particolarmente intrusive delle prerogative individuali. Come si è già avuto modo di osservare, in molti di questi casi il legislatore impone agli organi titolari del potere di adottarle stringenti presupposti rispondenti a canoni di necessità, che si esplicano secondo declinazioni e intensità diverse⁸⁶.

A livello generale, quindi, pare che l'*extrema ratio* si ponga nel procedimento penale come una delle fasi della proporzionalità, ossia quella della necessità. O meglio, una delle esplicazioni dell'*extrema ratio*, ossia l'individuazione del mezzo strettamente necessario a raggiungere il risultato, che si potrebbe chiamare *extrema ratio* in senso stretto⁸⁷, compone il test di proporzionalità.

Affiora così un significativo legame tra i due principi. Entrambi paiono ispirati dalla medesima ragione fondante, costituita dalla limitazione al minimo delle compressioni dei diritti individuali da parte dello Stato. Inoltre, la proporzionalità potrebbe giocare nel

⁸⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Zanichelli, 2014, pp. 4-5 e p. 29 ss. V. anche S. MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in AA.VV., *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, a cura di J. BENGOTXEA - H. JUNG - K. NUOTIO, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, n. 1, p. 42 ss.

⁸⁶ V. retro, paragrafo 1 del presente capitolo. Per un esempio, v. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, cit., p. 174, che evidenzia come dall'art. 224-bis comma 1 c.p.p., che pone il presupposto dell'assoluta indispensabilità per la prova dei fatti per gli accertamenti medici coattivi, si possa ricavare il principio di *extrema ratio* nella materia *de qua*.

⁸⁷ La terminologia è ripresa da K. TUORI, *Ultima Ratio as a Constitutional Principle*, in AA.VV., *Ultima Ratio, a principle at risk*, cit., p. 11, alle cui posizioni si aderisce in quanto al rapporto tra *ultima ratio* e proporzionalità. L'Autore afferma, per quanto riguarda il diritto penale sostanziale, che il principio di *ultima ratio* può essere considerato come una manifestazione del comprensivo principio generale di proporzionalità riconosciuto dall'art. 49 CDFUE (K. TUORI, *Ultima Ratio*, cit., p. 15). Parzialmente diversa la ricostruzione proposta da J. BENGOTXEA, *Ultima Ratio and the Judicial Application of Law*, in AA.VV., *Ultima Ratio, a principle at risk*, cit., p. 111, secondo il quale l'*ultima ratio* precede concettualmente e metodologicamente la proporzionalità, poiché mentre la prima risponde alla domanda inerente all'impiego o meno del diritto penale, la seconda si lega alla domanda relativa a quanto diritto penale debba essere impiegato. Questa visione, per quanto lineare, prende però in considerazione due nozioni riduttive e circoscritte all'ambito punitivo dei principi *de quibus*.

diritto processuale penale un ruolo analogo a quello rivestito in campo prettamente penale-punitivo dall'*extrema ratio*, imponendo, secondo una medesima logica, la residualità dell'impiego di certe misure. Le analogie strutturali, insomma, determinano un parallelismo anche sul piano funzionale. L'essenza dell'*extrema ratio* pare consistere nell'individuazione del mezzo più mite per raggiungere un certo risultato. Tale caratteristica determina le principali funzioni del principio generale di *extrema ratio* proprio del diritto penale sostanziale. Nella sua dimensione esterna, il principio indica la relazione tra diritto penale e altri mezzi legislativi meno intrusivi⁸⁸; nella sua dimensione interna, esso si lega a quello di proporzionalità della pena, inteso, a livello astratto, come necessaria corrispondenza tra riprovevolezza dell'offesa incriminata e pena prevista, ed a livello concreto, come corrispondenza tra la gravità del fatto commesso e pena comminata⁸⁹. Tale principio svolge, in entrambe le sue dimensioni, una funzione di garanzia⁹⁰ e una di coerenza, nel primo caso dell'ordinamento nel suo complesso, nel secondo del sistema penale⁹¹. Queste funzioni, com'è ovvio data la ricostruzione proposta dell'elemento essenziale dell'*extrema ratio* come componente del giudizio di proporzionalità che opera nel processo, si ritrovano anche nell'ipotizzato principio generale di proporzionalità presente nella disciplina processuale.

Non solo: a livello più generale, come il principio di *extrema ratio* sta a garantire la natura frammentaria del diritto penale, così il principio generale di proporzionalità nel procedimento penale potrebbe assicurare la frammentarietà della repressione dei reati rispetto alle sfere di libertà individuali, sempre più a rischio di essere compresse da tecniche e strumenti investigativi ubiqui, onnivori e continuativi. In altri termini, come è stato acutamente osservato, per preservare gli spazi di libertà da un'attività repressiva a

⁸⁸ S. MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., p. 49.

⁸⁹ S. MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., p. 50.

⁹⁰ S. MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., pp. 49-50. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 229 arriva a definire la proporzionalità della pena un diritto fondamentale consistente nell'«interesse della persona riconosciuta colpevole di un reato a non essere sottoposta a pene sproporzionate». Sul punto, al fine tra l'altro di distinguere la proporzionalità della pena da quella delle scelte di criminalizzazione (dimensione interna e dimensione esterna della proporzionalità), v. anche C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Giappichelli, 2021, p. 63 ss., che si sofferma sulle sentenze della Corte costituzionale che si siano pronunciate circa la sproporzione di un *quantum* di pena fissato dal legislatore. Anche tale ultimo Autore accede a un'interpretazione della proporzionalità della pena come canone che opera in senso garantistico, affermando come possa operare solo in senso riduttivo della meritevolezza di pena e mai accrescitivo (C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, cit., p. 68).

⁹¹ S. MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., pp. 49-50.

tutto campo, occorre sostituire adeguati limiti giuridici alla (perduta) caducità naturale dei segni quotidiani⁹².

3. Dal particolare al generale: la costruzione della proporzionalità nel procedimento penale come canone unitario attraverso uno *stress test*

Nell'esaminare le varie disposizioni che, implicitamente o esplicitamente, presuppongono o rappresentano una specificazione della proporzionalità, si è evidenziato il ruolo che essa svolge, a livello interpretativo, nei singoli comparti normativi presi in considerazione. Si sono poi ricostruite le caratteristiche comuni alle norme esaminate e si è messa in relazione la proporzionalità emergente dall'analisi svolta con alcune categorie tradizionalmente impiegate per definire il principio generale di proporzionalità.

Occorre, a questo punto, in una prospettiva più ampia, verificare se sia possibile una ricostruzione unitaria della proporzionalità nel procedimento penale e valutare se possa rappresentare un valore aggiunto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. A tali fini, si prenderanno in considerazione alcune delle critiche frequentemente mosse al principio generale di proporzionalità, impiegandole quali *stress test* del principio nel procedimento penale.

3.1. Definizione

A partire dall'osservazione delle caratteristiche comuni alle norme esaminate e dato per presupposto il requisito del fine legittimo - ovvio e implicito nella normativa processuale - si può affermare che gli elementi essenziali della proporzionalità nel procedimento penale coincidono, ad una ricostruzione generale, con le tre tipiche fasi del principio generale di proporzionalità: l'idoneità astratta della misura processuale a raggiungere il suo risultato, che pare sottesa alla totalità delle disposizioni considerate; la necessità, che prescrive un onere giustificativo in ordine alla possibilità, in concreto, di ricorrere a un mezzo meno intrusivo per raggiungere il medesimo risultato ogniqualvolta l'ordinamento ne metta uno a disposizione; la proporzionalità in senso stretto, che impone un bilanciamento che varia a seconda dei casi ma che può essere sintetizzato in un raffronto diretto tra i diritti compressi e la finalità della misura.

⁹² D. NEGRI, *Introduzione*, in AA.VV., *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, cit., p. VIII.

La delimitazione dell'operatività di certi istituti con riguardo ai soli procedimenti relativi a determinati reati è un elemento aggiuntivo, eventuale ed estrinseco rispetto al test di proporzionalità vero e proprio. Lo stesso vale per la necessaria presenza di un vaglio giurisdizionale. Tali due elementi, tuttavia, assolvono a funzioni fondamentali in presenza dei mezzi che comprimono nella misura maggiore i diritti individuali, essendo il primo ricollegato alla proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria rispetto a un fatto di reato e il secondo alle cruciali funzioni di giustificazione e di legittimazione dei provvedimenti svolte dalla proporzionalità. Si deve invece ritenere necessaria, perché possa instaurarsi un giudizio di proporzionalità, la presenza di una verifica, anche solo successiva, quantomeno da parte del pubblico ministero. Una proporzionalità interamente rimessa alla polizia giudiziaria, infatti, oblitererebbe completamente le predette funzioni del principio.

Come visto, la proporzionalità così delineata è espressa tanto in disposizioni poste dal legislatore quanto in valutazioni giurisprudenziali, regola i confini dell'esercizio di poteri funzionali, assume un'ottica sia retrospettiva sia prospettica, ossia rivolta al futuro, è cardinale (non comparativa, assoluta) e include un giudizio di residualità della misura strettamente connesso al principio di *extrema ratio* che permea la materia penale.

Si è altresì studiato il diverso atteggiarsi del canone in tema di misure cautelari, in cui è espressamente posto, e di misure investigative, in cui viceversa è inespresso, con l'eccezione della disciplina dettata per l'ordine europeo di indagine. Ebbene, là dove si tratti di applicare una misura restrittiva come quella cautelare, il principio impone di prendere a parametro, oltre alle esigenze cautelari e alla loro intensità, la gravità del fatto così come ricostruito sino a quel momento del procedimento. Seppure non con lo stesso grado di approfondimento richiesto per l'applicazione della pena, il canone assume tratti che ricordano da vicino quelli che lo caratterizzano in tale operazione. L'art. 275 comma 2 c.p.p. impone infatti un giudizio completo e approfondito che può condurre anche alla decisione di non adottare la misura.

Al contrario, dato il minor carattere lesivo e l'esigenza di accertare reati anche non gravi in concreto, sono meno intensi i parametri fissati per la legittimazione dell'impiego dei mezzi investigativi. In particolare, la valutazione circa la gravità del reato può essere sì svolta ma tenendo pur sempre conto della possibilità che, in mancanza di alternative per raggiungere il risultato investigativo, l'atto potrebbe essere adottato anche per l'accertamento di fatti dalla gravità modesta, salva la particolare tenuità del fatto. In ciò,

però, i mezzi di ricerca della prova adottati a livello interno si distinguono da quelli disposti mediante o in esecuzione di un ordine europeo di indagine, per cui il parametro è esplicitato⁹³.

Ad ogni modo, come anticipato, il principale termine di comparazione con i diritti individuali compressi è, per i mezzi investigativi, il grado di necessità dell'atto ai fini delle indagini⁹⁴. Tale valutazione si deve quindi accostare più propriamente a quella richiesta ex art. 275 comma 1 c.p.p., ossia al giudizio di proporzionalità in senso stretto che in ambito cautelare impone di valutare l'adeguatezza della misura alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Si ricorderà, infatti, come si sia proposta una ricostruzione che vede nei commi 1 e 2 dell'art. 275 c.p.p. due diversi giudizi di proporzionalità in senso stretto, che condividono le fasi dell'idoneità (esplicitazione tassativa delle esigenze cautelari) e della necessità (residualità della custodia cautelare)⁹⁵.

Nel confronto tra i settori esaminati, una diversità quanto al grado di approfondimento richiesto nelle valutazioni interne alle singole fasi della proporzionalità si ravvisa anche nella fase dell'idoneità. Non c'è bisogno, infatti, di argomentare circa l'idoneità delle misure cautelari o precautelari, essendo questa immanente alla disciplina stessa o auto-evidente, mentre l'analisi sull'idoneità deve essere più approfondita per i mezzi investigativi.

Eppure, il canone della proporzionalità trova un'applicazione unitaria tanto là dove sia espressamente posto quanto negli ambiti in cui si ricava interpretativamente. A differenziarsi, a ben vedere, è solo l'intensità del giudizio, che varia a seconda del contesto normativo. L'essenza delle fasi della proporzionalità non cambia. È vero cioè, riprendendo gli esempi appena svolti, che il giudizio di proporzionalità in senso stretto è più completo e approfondito per l'applicazione delle misure cautelari, ma consiste pur sempre nella comparazione tra diritti compressi e finalità processuale della misura, in modo non dissimile da quanto avviene per le misure investigative. Lo stesso vale per l'idoneità: nel caso delle misure cautelari il giudizio è svolto dal legislatore ma contiene comunque la valutazione circa la capacità, in astratto, della misura a raggiungere l'obiettivo per cui è posta. Per quanto riguarda, infine, la fase della necessità, ancor di più è facile evidenziare

⁹³ Per la precisione, il canone della proporzionalità, definito all'art. 7 d.lgs. n. 108/2017, è espresso con riferimento alla sola procedura passiva. Tuttavia, come visto al paragrafo 4.2 del capitolo I, è agevole estenderlo interpretativamente anche alla procedura attiva.

⁹⁴ V. *retro*, paragrafo 1 del presente capitolo.

⁹⁵ V. *retro*, capito I, paragrafo 3.1.

le affinità tra il giudizio di residualità della custodia cautelare posto dall'art. 275 comma 3 c.p.p. e l'analoga operazione richiesta, in un'ottica di gradualità, per le misure investigative più afflittive.

In conclusione, si deve ritenere che la proporzionalità assunta nel procedimento penale caratteristiche suscettibili di una ricostruzione unitaria e generale.

Ciò detto, occorre domandarsi se un principio così disegnato non risulti eccessivamente vago, tanto da risultare svuotato di qualsivoglia valore precettivo, rimettendo interamente decisioni complesse alla discrezionalità del giudice. Questo, infatti, il tenore di una delle più comuni obiezioni mosse contro il principio generale di proporzionalità⁹⁶. La critica si fonda in buona parte sul ruolo preponderante dell'ultima fase del test rispetto alle precedenti, poiché solo di rado una misura non perseguirebbe un fine legittimo, non sarebbe idonea a raggiungere l'obiettivo per cui è fissata e non risulterebbe necessaria allo scopo⁹⁷.

Tale assunto è stato contestato da altra dottrina, che ha notato come le fasi dell'idoneità e della necessità, come anche quella preliminare del perseguimento di un fine legittimo (benché talvolta implicita, come nel caso del procedimento penale), debbano essere valorizzate, così da divenire passaggi per nulla scontati nell'ambito del test di proporzionalità, impedendo in molti casi l'accesso stesso alla fase della proporzionalità in senso stretto⁹⁸. Una simile obiezione pare trovare conforto nelle numerose questioni emerse nel corso della trattazione suscettibili di essere risolte facendo riferimento alle sole fasi dell'idoneità e della necessità. Senza addentrarsi nuovamente nelle questioni interpretative più delicate, basti menzionare, per la fase dell'idoneità, il legame che si è

⁹⁶ G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018, pp. 9-10; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 482; F.J. URBINA, *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge University Press, 2017, p. 144 e 197 ss. Per un'ulteriore analisi e per altri riferimenti, v. A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 484 ss. L'Autore obietta alla critica in esame che la proporzionalità si basa su criteri razionali e che sistemi alternativi di soluzione dei conflitti tra diritti non risultano affatto idonei a ridurre la discrezionalità del giudice.

⁹⁷ S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 474.

⁹⁸ M. KHOSLA, *Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply*, in *Int. J. Const. Law*, 2010, n. 2, pp. 305-306. Nello stesso senso e più diffusamente: M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 70 ss. V. anche D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 20 (già citata *retro*, capitolo I, paragrafo 1) e F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 118. *Contra*, ritenendo comunque inaccettabile il grado di discrezionalità insito nel bilanciamento ineliminabile nel giudizio di proporzionalità, S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla*, in *Int. J. Const. Law*, 2010, n. 2, p. 307 ss.

individuato tra questa e la selezione da parte del legislatore delle esigenze cautelari, come anche il ruolo di tale canone quanto ai risultati che un certo mezzo scientifico di ricerca della prova è in grado di consegnare; per quanto riguarda la necessità, poi, è evidente la dimensione precettiva e vincolante di valutazioni quali la residualità della custodia cautelare e dei mezzi investigativi più intrusivi.

Ma, anche spostando l'attenzione sulla sola fase della proporzionalità in senso stretto, non si tratta di un bilanciamento dominato dall'arbitrio del giudice. Al contrario, anche al suo interno è possibile distinguere tra più scansioni che possono guidare il decidente nella sua decisione. In particolare, dapprima occorre valutare l'intensità della compressione del diritto individuale; poi si deve considerare l'importanza di soddisfare l'interesse pubblico; infine, ci si domanda se quest'ultima sia tale da giustificare il prevalere dell'interesse pubblico su quello individuale⁹⁹.

Una scansione simile può tradursi nel procedimento penale nel senso di imporre - fermo restando che è chiara la collocazione nell'ordinamento dell'esigenza di accertamento e repressione dei reati e che il “nocciolo duro” dei diritti individuali non può mai essere compresso - di valutare il rango dei diritti compressi, il grado della compressione, la necessità dell'atto rispetto all'esigenza processuale (ad esempio investigativa o cautelare) e la gravità del reato per cui si procede, ove sia espressamente prevista, oltre che - sempre - nell'ottica della particolare tenuità del fatto.

La normativa processuale, per di più, esplicita i termini del bilanciamento e spesso contiene specificazioni di tale fase idonee a guidare l'interprete ed a differenziare adeguatamente la disciplina a seconda dei casi¹⁰⁰. Lo si è visto là dove si sono ricostruite le disposizioni che rappresentano una specificazione della proporzionalità in senso stretto, individuate nelle clausole poste a tutela dei diritti, nei termini di conservazione dei dati, nel presupposto della consistenza indiziaria e nella considerazione della gravità del fatto in concreto¹⁰¹.

⁹⁹ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 44. Gli Autori richiamano sul punto R. ALEXANDER, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, n. 2, p. 136 ed ID., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 2003, n. 4, p. 436 ss.

¹⁰⁰ Proprio sull'incapacità di trattare in modo diverso situazioni diverse si appunta la critica di F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 198.

¹⁰¹ V. *retro*, paragrafo 1 del presente capitolo.

Certo, si deve ammettere che la giurisprudenza, anche in materia processuale, specialmente della Corte Edu¹⁰², talvolta trasforma il test di proporzionalità in un complessivo bilanciamento di interessi dalle coordinate particolarmente incerte. Si tratta però di un impiego scorretto del parametro, o al più di una sua deriva patologica, non già di un suo intrinseco difetto¹⁰³.

3.2. Funzioni

Per definire l'utilità o meno dell'esplicitazione di un principio di proporzionalità con caratteristiche proprie nel procedimento penale, ci si deve soffermare sulle sue possibili funzioni, ricostruite in termini generali, sempre con uno sguardo rivolto alle critiche tradizionalmente rivolte al principio generale di proporzionalità, adeguatamente calibrate rispetto al contesto processuale.

3.2.1. Le funzioni di efficienza, giustificazione e legittimazione dei provvedimenti

La proporzionalità fornisce un metodo a giudici e pubblici ministeri. Essa guida l'organo chiamato ad adottare l'atto attraverso fasi definite *ex ante* e domande che si susseguono secondo una scansione di tipo logico. La discrezionalità del decidente, dunque, si incanala in dei binari, almeno in parte, prestabiliti¹⁰⁴.

Da tale considerazione discendono alcune delle principali funzioni della proporzionalità nel procedimento penale, costituito da una serie di atti che si susseguono temporalmente ma non sempre logicamente, non sempre coerenti, che spesso si fondano

¹⁰² Sul punto, si rinvia all'interessantissimo editoriale di M. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2017, n. 4, p. 283 ss. Sulla mancanza, nelle pronunce della Corte Edu, della fase della necessità, v. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, 2009, p. 111 ss. e J. GERARDS, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2013, n. 2, p. 466 ss. Come rilevato da EAD., *General Principles*, cit., p. 237, nella maggior parte dei casi, quando prende in considerazione l'esistenza di mezzi alternativi per raggiungere il risultato, la Corte vi fa comunque riferimento come uno dei fattori che concorrono a determinare la complessiva ragionevolezza della compressione del diritto. In generale, circa la vaghezza delle scansioni del test di proporzionalità impiegato dalla Corte Edu v., per tutti, J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance*, cit., p. 71 ss. e p. 192.

¹⁰³ Mettono in guardia contro un simile errore di prospettiva M. KHOSLA, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 302 e M. KLATT - M. MEISTER, *Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *Int. J. Const. Law*, 2012, n. 3, p. 706.

¹⁰⁴ In questo senso, v. R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, n. 22, p. 64, secondo cui la proporzionalità mette ordine nel pensiero giuridico, chiarendo quali punti sono decisivi e come questi punti siano connessi gli uni agli altri.

su elementi conoscitivi e circostanze diverse o da interpretare secondo parametri diversi. Impiegare uno *standard* logico uniforme, in grado di ispirare la struttura argomentativa alla base delle decisioni endo-processuali, può rappresentare un importante elemento di razionalità dei provvedimenti¹⁰⁵, fungendo da guida per prendere decisioni spesso complesse, indicando gli argomenti da prendere in considerazione e quelli da escludere¹⁰⁶. Ne deriva un importante contributo all'efficienza del *decision-making*, che è stata rappresentata come una funzione interna dei principi del diritto in generale e della proporzionalità in particolare¹⁰⁷.

Ciò che più conta, poi, è che tale percorso argomentativo deve risultare dalla motivazione dei provvedimenti. La proporzionalità si lega così alla c.d. *culture of justification*, per cui la legittimità di una decisione deriva, oltre che (*rectius*, più che) dalla sua validità formale, dalla sua razionalità e dalla sua persuasività sostanziali¹⁰⁸. Chiaro il legame con il diritto alla motivazione e alla non arbitrarietà dei provvedimenti¹⁰⁹. Il test di proporzionalità aiuta il cittadino a controllare il modo in cui il giudice ha esercitato la propria discrezionalità e pertanto a comprendere il senso delle sue decisioni.

In ultima istanza, quindi, la proporzionalità diviene un fattore di legittimazione delle decisioni giudiziarie¹¹⁰. Tale elemento è stato considerato una delle funzioni esterne

¹⁰⁵ Tale funzione è stata definita di «*structural guidance*» da K. MÖLLER, «*Balancing as Reasoning*» and the Problems of Legally Unaided Adjudication: A Rejoinder to Francisco Urbina, in *Int. J. Const. Law*, 2014, n. 1, pp. 222-223.

¹⁰⁶ M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in AA.VV., *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, a cura di G. PAVLAKOS, Hart, 2007, p. 142 ss. V. anche T.-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle*, cit., p. 161.

¹⁰⁷ T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis*, cit., p. 265 ss.

¹⁰⁸ Così O. SCARCELLO, *L'interlegalità e la cultura della giustificazione*, in AA.VV., *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. CHITI - A. DI MARTINO - G. PALOMBELLA, Il Mulino, 2022, pp. 142-143, che riporta altresì come il concetto di «*culture of justification*» sia stato introdotto da E. MUREINIK, *A Bridge to Where - Introducing the Interim Bill of Rights*, in *South African Journal on Human Rights*, 1994, n. 1, p. 31 ss. Per un approfondimento del legame tra la proporzionalità e la c.d. *culture of justification*, v. M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, n. 2, p. 463 ss.; K. MÖLLER, *Justifying the culture of justification*, in *Int. J. Const. Law*, 2019, n. 4, p. 1078 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 108. In generale sulla connessione tra proporzionalità e giustificazione dei provvedimenti, v., tra i tanti, M. KUMM, *Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 10 marzo 2009, p. 13.

¹⁰⁹ E. HERLIN-KARNELL, *The domination of security*, cit., pp. 83 e 100.

¹¹⁰ Sulla proporzionalità come principio che, imponendo un attento percorso argomentativo quale fattore di legittimazione dell'esercizio del potere, si pone come espressione della democrazia si rinvia, per tutti, a M. KUMM, *Democracy is not Enough*, cit.

dei principi generali del diritto e della proporzionalità e si può ritenere che la caratterizzi anche nel procedimento penale¹¹¹.

In opposizione a questa visione del rapporto tra proporzionalità e legittimazione del potere giudiziario, sono radicate e forti le posizioni dottrinarie secondo cui il canone *de quo* contrasterebbe con il principio di separazione dei poteri, determinando uno sconfinamento di quello giudiziario nelle prerogative del legislativo¹¹².

Non è questa però la sede per affrontare l'annoso dibattito attorno alla legittimità della *judicial review* e delle sue tecniche, tra cui spicca, quale criterio per il bilanciamento dei diritti da parte del giudice, la proporzionalità. Nel contesto processuale, infatti, almeno di regola, la proporzionalità non implica un sindacato sulle scelte del legislatore, esplicandosi primariamente in spazi di discrezionalità che il legislatore specificamente lascia al potere giudiziario. In altri termini, la proporzionalità così come ricostruita nel procedimento penale regola la discrezionalità giudiziaria intesa come attività rimessa al giudice, in forma di dovere, data l'«impossibilità, da parte del legislatore di fissare in forma astratta ed univoca determinati significati di valore»¹¹³.

3.2.2. La funzione di coerenza del sistema processuale

L'uniformità metodologica contribuisce anche a un'altra fondamentale funzione della proporzionalità, costituita dal contribuire alla coerenza dell'ordinamento processuale. Adottare la medesima struttura argomentativa per prendere decisioni endo-processuali può senz'altro condurre a decisioni coerenti tra loro in procedimenti diversi ove si verificano circostanze analoghe.

¹¹¹ T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis*, cit., pp. 269-270.

¹¹² V., per tutti, L. HENKIN, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in *Columbia Law Review*, 1978, n. 5, p. 1022 ss.; I. PORAT, *The dual model of balancing: model for the proper scope of balancing in constitutional law*, in *Cardozo Law Review*, 2006, n. 3, p. 1393 ss.; F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 205 ss.; J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, n. 6, p. 1346 ss.; G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009. Per la posizione opposta, v. M. KUMM, *Democracy is not enough*, cit.; ID., *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, n. 2, p. 153 ss. Per un'ulteriore analisi e per altri riferimenti, v. A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 490 ss. L'Autore obietta alla critica *de qua* che l'autorità di esercitare la *judicial review* si rintraccia nei testi costituzionali e che il legislatore stesso compie dei bilanciamenti nell'esercizio della sua potestà. Bilanciamenti, quelli legislativi, che devono poter essere, entro certi limiti, sindacati anche da un potere indipendente ed imparziale come quello giudiziario.

¹¹³ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1965, p. 206.

Soprattutto, però, qualora si affermasse l'esistenza di un principio generale di proporzionalità nel procedimento penale, la sua applicazione per colmare le lacune normative e la sua influenza sul legislatore potrebbero promuovere un approccio meno formalistico nella tutela dei diritti. Ad oggi, infatti, tanto le misure cautelari quanto i mezzi investigativi sono classificati sulla base delle loro caratteristiche intrinseche e strutturali. Viceversa, la proporzionalità conduce a un approccio diverso, che suggerisce la previa individuazione dei diritti contrapposti, con successiva graduazione delle garanzie sulla base del rango e dell'intensità della compressione del diritto individuale da un lato, e dell'intensità dell'esigenza processuale dall'altro, secondo una valutazione che lasci altresì spazio a una ponderazione dei termini del bilanciamento nel caso concreto¹¹⁴.

A titolo esemplificativo, un simile approccio, facendosi portatore di una visione degli interessi in gioco complessiva e parametrata sul caso concreto, potrebbe mettere in luce l'incoerenza di una differenza di disciplina, quantomeno in termini di garanzie, tra gli arresti domiciliari e un obbligo di dimora accompagnato dalla prescrizione accessoria di non allontanarsi dalla propria abitazione. Eppure, ad oggi, solo nel primo caso l'imputato «si considera in stato di custodia cautelare» (art. 284 comma 5 c.p.p.), potendo così beneficiare dell'equiparazione alla misura cautelare più afflittiva quanto a termini massimi di custodia e in sede di scomputo della durata della misura da quella della pena¹¹⁵.

Ancora, sempre a titolo esemplificativo, l'approccio in esame potrebbe far emergere come la pur condivisibile connotazione delle intercettazioni come mezzo investigativo da impiegare solo in caso di stretta necessità, talvolta non sia sufficiente, da sola, a garantire l'impiego del mezzo investigativo meno intrusivo per ottenere un certo elemento di prova. Sono molteplici, infatti, i fattori da prendere in considerazione. Si pensi a un'intercettazione ambientale, da effettuare in luogo pubblico e per una durata contenuta, che consenta, secondo una prognosi investigativa accurata, di raccogliere i necessari elementi di prova, in confronto a una perquisizione di una grande mole di dati digitali, anche sensibili e contenenti interazioni con molte persone estranee al reato. Eppure, ad

¹¹⁴ È stato rilevato come la proporzionalità sia un giudizio che necessariamente si rapporta con il fatto concreto (v., per tutti, D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2005, p. 170; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance*, cit., p. 168; M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality*, cit., p. 469; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 107). Lo stesso vale, in generale, per la discrezionalità penale (F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 102).

¹¹⁵ V. GREVI - M. CERESA GASTALDO, *Misure cautelari*, cit., p. 411.

oggi, per certi reati, la prima è preclusa in radice, mentre la seconda risulta consentita, a prescindere dalle sue proporzioni e dal suo oggetto.

Si è osservata un'evoluzione in parte rispondente ad assunti del genere appena tratteggiato, con riguardo all'acquisizione dei dati del traffico telefonico e telematico. Il legislatore, spinto dalla giurisprudenza sovranazionale, ha preso atto della ormai (quasi, almeno per il legislatore italiano) equiparabile intrusività di tale mezzo investigativo a quella insita nelle intercettazioni in tempo reale di comunicazioni e conversazioni. Sicché, a partire da tale assunto, si è (quasi) equiparata in molti punti la disciplina della prima a quella dettata per le seconde¹¹⁶.

De iure condendo, si può prevedere uno sviluppo simile per perquisizioni e sequestri informatici: l'attuale accostamento alle perquisizioni e ai sequestri tradizionali, fondato sulla somiglianza strutturale delle operazioni informatiche a quelle "fisiche", non regge sul piano concreto e degli interessi coinvolti. Inoltre, proprio le modifiche in tema di acquisizione dei dati personali determinano un'evidente incoerenza nell'assegnare maggiori garanzie per l'acquisizione dei dati dai gestori del traffico telefonico rispetto al medesimo risultato raggiunto mediante una perquisizione ed un sequestro informatici¹¹⁷.

Dove poi sarebbe maggiormente tangibile l'utilità dell'impiego del parametro della proporzionalità al fine di assicurare coerenza nell'esercizio delle prerogative statuali in materia investigativa e probatoria è senz'altro in tema di mezzi di prova e di ricerca della prova atipici. Attualmente, infatti, la giurisprudenza procede a discutibili analogie tra mezzi investigativi tipici e atipici¹¹⁸ oppure, là dove prenda in considerazione elementi riconducibili alla proporzionalità, non impiega il canone con il dovuto rigore e avalla l'applicazione di uno statuto di garanzie inadeguato alla gravità della compressione in

¹¹⁶ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.2.

¹¹⁷ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 3.3.

¹¹⁸ A titolo esemplificativo, v. Cass., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, in *Il Penalista*, 14 novembre 2016, § 11, con nota di L. GIORDANO, *L'intercettazione delle e-mail (già) ricevute o inviate e l'acquisizione di quelle parcheggiate nella cartella "bozze"*, che ha equiparato l'acquisizione occulta mediante *trojan horse virus* di mail salvate "in bozze" a un'attività di sequestro. Ciò sulla base della mancanza di una captazione contestuale alla comunicazione (Cass., n. 40903/2016, cit., § 8). È però evidente la maggiore intrusività di un simile atto investigativo rispetto alla palese osservazione che ha luogo in caso di sequestro effettuato secondo le modalità tradizionali (F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 20) e si aggirano così le maggiori garanzie previste per le intercettazioni (G. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza*, cit., p. 3833). Sui pericoli derivanti da un impiego del *trojan horse virus* per finalità diverse rispetto a quelle legislativamente previste, senza che venga approntata alcuna salvaguardia aggiuntiva, v. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.2.

concreto dei diritti¹¹⁹. Emblematico in tal senso il caso del pedinamento mediante GPS, ancora inquadrato come mezzo di prova atipico che può essere disposto dalla polizia giudiziaria¹²⁰. In dottrina si discute sull'equiparabilità o meno di tale attività all'acquisizione dei dati del traffico telefonico o telematico, ragionando sulla natura delle operazioni¹²¹. Ma, più che sulle caratteristiche delle operazioni, è sull'intrusività dell'atto nelle prerogative individuali che si dovrebbe concentrare il dibattito¹²². Sarebbe, cioè, più corretto considerare l'impatto complessivo del mezzo di ricerca della prova non disciplinato dalla legge sui diritti coinvolti, al fine di valutarne la legittimità e le garanzie da associarvi, piuttosto che concentrarsi sulle analogie e le differenze con mezzi di ricerca della prova già disciplinati nel codice. La proporzionalità aiuta a focalizzare l'attenzione su questo punto.

Anche al di fuori del tema della prova digitale, si è segnalata l'incoerenza della disciplina che tutela intensamente la *privacy* del titolare del profilo di DNA inserito nella relativa banca dati, senza curarsi del possibile impiego del medesimo profilo ai fini dell'identificazione dei suoi consanguinei (c.d. *familial searching*)¹²³. In questo caso, in

¹¹⁹ È il caso, ad esempio, dell'orientamento in tema di registrazioni effettuate dal privato, che trova il suo *leading case* nella notissima Cass., sez. un., n. 36747/2003, Torcasio, cit. Questa giurisprudenza sancisce l'utilizzabilità, quali prove documentali, delle registrazioni effettuate occultamente e in autonomia da un privato di una conversazione avvenuta con un altro soggetto. Ebbene, tale approdo viene giustificato anche in ragione della lesione della sola sfera della riservatezza e non anche della segretezza della comunicazione, essendo questa effettuata da uno dei due colloquanti (Cass., sez. un., n. 36747/2003, Torcasio, cit., pp. 25-26). Tuttavia, se si pone al centro l'intrusione nel diritto individuale, non si può non vedere come, a prescindere dal soggetto che effettua la registrazione, si realizzi un'intrusione equiparabile nella sfera individuale. Così F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 26. In generale sulla giurisprudenza in tema di prova atipica, v. anche *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.2.

¹²⁰ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.1.2.

¹²¹ L. CUOMO, *La prova digitale*, cit., p. 670 e S. SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 584-585 ritengono che il pedinamento mediante GPS non sia riconducibile ai dati del traffico telefonico o telematico per la mancanza di una "comunicazione" tra persone. Nello stesso senso, v. G. PESTELLI, *Convertito in legge*, cit., pp. 9-10. Propende invece per l'assimilazione L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici*, cit., p. 5 perché la localizzazione avviene tramite un incrocio di dati delle antenne della rete. Ancora diversa la posizione di C. PARODI, *Localizzazione e tracciamento*, cit., p. 6, che sostiene che se la localizzazione avviene attraverso il telefono cellulare allora si tratta di traffico telefonico, con conseguente applicazione della relativa disciplina, se invece si procede all'installazione di GPS sul veicolo, allora non si rientra nella nozione di traffico telefonico o telematico, sicché tale attività potrebbe essere ancora disposta dal pubblico ministero senza autorizzazione del giudice. Per un approfondimento della tematica, v. C. FANUELE, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, Cedam - Wolters Kluwer, 2019.

¹²² In questa direzione si muovono le riflessioni di F. IOVENE, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3562-3563.

¹²³ V. *retro*, capitolo II, paragrafo 4.3.

manca di adeguate tutele, a livello di proporzionalità in senso stretto, ben potrebbe ravvisarsi uno sbilanciamento ingiustificato dell'esigenza investigativa rispetto ai diritti coinvolti, evitando così un'incoerenza normativa.

Entrambe le ipotesi (pedinamento mediante GPS e c.d. *familial searching*) brevemente riportate sono lacune normative che un principio generale di proporzionalità potrebbe colmare, conducendo a un nuovo parametro classificatorio in grado di tenere in maggiore considerazione i diritti individuali e di condurre a soluzioni coerenti¹²⁴.

Sembra anche in questo caso possibile, quindi, criticare la posizione di chi contrappone la proporzionalità alla certezza ed alla prevedibilità del diritto¹²⁵, che certamente giovano della funzione di coerenza descritta. Al contrario, pensare a una legge che sia in grado di predeterminare tutti i casi della vita nel dettaglio è evidentemente anacronistico. Sicché, si condivide l'inquadramento proposto in dottrina della prevedibilità quale seconda funzione esterna, oltre alla legittimazione dell'esercizio del potere giudiziario, dei principi generali del diritto e della proporzionalità¹²⁶.

Dunque, se è vero che «non c'è proporzionalità controllabile, e dunque in grado di fungere da vincolo autentico per l'applicatore, senza che la norma positiva ne fissi distintamente gli ordini di grandezza»¹²⁷, è altrettanto corretto, alla luce delle illustrate funzioni di giustificazione e legittimazione dei provvedimenti e di coerenza del sistema, affermare che la proporzionalità, a sua volta, assume un ruolo complementare rispetto al principio di legalità.

3.2.3. La funzione di garanzia

La domanda più significativa con riguardo alle funzioni della proporzionalità è sicuramente quella relativa alla sua capacità o meno di rappresentare un valore aggiunto nella tutela dei diritti. Occorre, stavolta, prendere le mosse dalle posizioni critiche, che sostengono che la proporzionalità rappresenti una minaccia per i diritti.

¹²⁴ Per la prova digitale, nel senso della necessità di ricalibrare le categorie processuali mettendo al centro il diritto che di volta in volta viene in gioco e il grado dell'intrusione v. G. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza*, cit., p. 3833, e C. WARKEN, *Classification of Electronic Data*, cit., pp. 231-232, su cui v. *retro*, capitolo II, rispettivamente paragrafi 4.2 e 4.2.2.

¹²⁵ V., per tutti, F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 147 ss.

¹²⁶ T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis*, cit., p. 267 ss.

¹²⁷ D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 33.

Le critiche si concentrano soprattutto sulla natura esclusivamente metodologica e scevra da considerazioni valoriali della proporzionalità. Si sostiene cioè che essa ponga sullo stesso piano interessi dotati invece di un'importanza e di un peso diversi¹²⁸, così rischiando di determinare una compressione ingiustificata dei diritti, fondata su esigenze della collettività o di efficienza che dovrebbero viceversa soccombere rispetto ai primi¹²⁹. Data la struttura neutra del canone, neppure il nucleo essenziale dei diritti sarebbe al sicuro da un simile risultato¹³⁰.

La censura più frequente, però, attiene all'incommensurabilità dei diritti¹³¹. Molti negano che sia possibile comparare diritti in quanto non sarebbe individuabile un metro comune per procedere alla comparazione¹³². I diritti sarebbero, appunto, non misurabili in alcun modo. Di talché, il bilanciamento stesso sarebbe impossibile.

Infine, un'altra importante critica consiste nella c.d. «*definitional generosity*»¹³³: la proporzionalità condurrebbe a un'interpretazione lata delle possibili istanze rientranti in un diritto, che sarebbe deleteria per una loro compiuta specificazione in grado di svelare cosa sia meritevole di protezione e cosa non lo sia¹³⁴.

¹²⁸ S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 470; F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 98 ss.; G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution*, cit., p. 100 ss. Questa visione è fatta propria anche da uno dei principali sostenitori della proporzionalità, ossia D. BEATTY, *The Ultimate Rule*, cit., pp. 160 e 171. Secondo F. FONTANELLI, *The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, n. 3, p. 658, poi, dietro l'impiego di formule tecniche e formali si nasconde un giudizio politico, che allora converrebbe esplicitare. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The Mit Press, 1996, p. 256 ss. sostiene che il bilanciamento sia di per sé sia incompatibile con la priorità che i diritti dovrebbero avere su altre considerazioni.

¹²⁹ Nel senso che l'interesse della collettività sarebbe destinato nella maggior parte dei casi a prevalere su quello individuale e delle minoranze, v. S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 471.

¹³⁰ S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 489; G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution*, cit., pp. 112-113.

¹³¹ Definita, non a caso, una *vexata quaestio*, da G. ENCINAS, *Interlegalità e proporzionalità*, in AA.VV., *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 319. V. anche le considerazioni di N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 106.

¹³² T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *The Yale Law Journal*, 1987, n. 5, p. 972 ss.; I. PORAT, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, in AA.VV., *Reasonableness and Law*, a cura di G. BONGIOVANNI - G. SARTOR - C. VALENTINI, Springer, 2009, p. 247; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 471, che definisce quella dell'incommensurabilità «*the most effective critique of balancing*»; F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 39 ss.; G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution*, cit., p. 89 ss.

¹³³ S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 480.

¹³⁴ S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 480 ss.; F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 118 ss.

Un punto va subito chiarito e già lo si è anticipato: è vero che la proporzionalità è, essenzialmente, un canone metodologico¹³⁵, che fornisce una cornice di analisi e può influenzare un risultato ma che non prescrive un esito preciso¹³⁶. Tuttavia, questo non significa che metta da parte valori e considerazioni morali e che non abbia implicazioni sostanziali¹³⁷.

Varie considerazioni conducono a questa conclusione. Innanzitutto, come già osservato nel corso dell'intera trattazione, applicare un certo metodo produce delle conseguenze anche sul piano sostanziale¹³⁸. In secondo luogo, vi è il peso da assegnare ai principi, operazione che è stata definita di giustificazione esterna del test di proporzionalità¹³⁹.

¹³⁵ In questo senso, v. A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 131; E. HERLIN-KARNELL, *The domination of security*, cit., p. 95; T. TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 262 (su cui v. anche *retro*, capitolo II, paragrafo 3.2).

¹³⁶ Così, testualmente, T. TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 262: «*it provides a framework of analysis and can influence a result but does not prescribe an outcome*».

¹³⁷ Molto chiaro sul punto D. BEATTY, *The Ultimate Rule*, cit., p. 172: «*the fact that proportionality qualifies as a neutral principle does not mean it is value free*». L'Autore, tuttavia, a differenza di quanto si andrà presto a sostenere, ritiene che il valore espresso dalla proporzionalità sia quello di un'assoluta eguaglianza morale dei diritti e delle esigenze con cui vanno in bilanciamento. Ad ogni modo, v. anche A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 468, per cui la proporzionalità non è neutrale, nel senso che consente certe limitazioni dei diritti, a condizione che siano adeguatamente giustificate. V. anche F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 116, per cui il canone non può «rappresentare un attributo neutrale da sfruttare indifferentemente tanto nella verifica di conformità delle limitazioni stabilite per le libertà fondamentali quanto per sostenere un'irragionevole compressione delle esigenze cognitive e repressive dell'autorità», essendo invece unicamente un «limite armonizzante dell'esercizio del potere» (A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., p. 4643).

¹³⁸ Così T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis*, cit., p. 216: anche se la proporzionalità potrebbe essere priva di sostanza nel senso che non promuove né limita i diritti fondamentali, ciò non di meno essa potrebbe essere «*value infected since a particular way of structuring legal reasoning may also have substantive implications*». Non a caso l'Autore sostiene che la proporzionalità sia un principio generale del diritto, in quanto esplicitato nelle pronunce ed in grado quindi di esplicare anche una funzione esterna oltre che interna alle stesse, e non solamente un principio metodologico (T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis*, cit., pp. 262-263). Nella medesima direzione pare muoversi A. VON ARNAULD, *Harmonisation through general principles of law*, in AA.VV., *Research Handbook on General Principles*, cit., pp. 41-42, per cui la proporzionalità, benché possa sembrare un principio formale, è in realtà un principio assiologico (o «*value-related*»), poiché conduce a una concezione specifica dell'organizzazione dei poteri.

¹³⁹ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 54 ss. Gli Autori fanno riferimento alla «*Weight Formula*» in cui ha sistematizzato la fase della proporzionalità in senso stretto R. ALEXI, *Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, 2021, p. 154 ss. Nella formula, si prendono in considerazione i valori da porre a bilanciamento e si assegna loro un peso. Tale misurazione è, appunto, esterna al test e involge valutazioni di tipo morale, che devono essere esplicitate nel provvedimento che fa ricorso alla formula. Così R. ALEXI, *Thirteen Replies*, in AA.VV., *Law, Rights and Discourse*, cit., p. 344: «*proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside*». V. anche

Sin qui, però, i “detrattori” del canone potrebbero ancora obiettare che, se considerazioni morali e valoriali sono coinvolte, esse non sono che quelle proprie di chi svolge il giudizio. Ebbene, per quel che riguarda il procedimento penale, si deve considerare che dalla Costituzione, dal codice di procedura penale, ma anche dalla CDFUE e dalla CEDU, emerge un indirizzo politico-giuridico inequivocabile. Si allude alla più volte menzionata preminenza assiologica dei diritti sulle esigenze processuali¹⁴⁰. Talvolta, com’è ovvio, nel bilanciamento prevale l’esigenza pubblica ma, in linea di principio, sono i diritti ad essere collocati in una posizione preminente¹⁴¹. Sicché, si comprende perché si sia affermato che, a ben vedere, l’intero procedimento penale sembra rispondere a un criterio di proporzionalità, realizzando costantemente un contemperamento tra garanzie individuali ed esigenze repressive¹⁴², o ancora che la funzione del processo penale, «anzi, la giustificazione stessa della sua esistenza (...) sia quella di garantire i diritti individuali»¹⁴³. Il giudizio di proporzionalità, quindi, serve proprio a determinare quando sia accettabile che le esigenze processuali prevalgano sui diritti individuali. E ciò vale sia per quel che riguarda le scelte legislative sia per quanto di pertinenza delle decisioni giudiziarie.

Questo è anche il senso, allargando lo sguardo, di una clausola generale limitativa dei diritti come quella di cui all’art. 52 CDFUE o di clausole specifiche come quelle contenute agli articoli 8 ss. CEDU¹⁴⁴. D’altronde, come visto, la stessa evoluzione storica

N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 106 sulla possibilità di rilevare la «minor rilevanza assiologica del fine perseguito rispetto al diritto fondamentale sacrificato».

¹⁴⁰ Cfr., per quanto riguarda in particolare il codice di procedura penale, L. CALÒ, *Proporzionalità e cautele*, cit., p. 21 ss.

¹⁴¹ Assumono chiaramente questa posizione, tra i tanti, L. CALÒ, *Proporzionalità e cautele*, cit., p. 26; T.-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle*, cit., p. 165; D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 7 e pp. 9-10; ID., *Diritto costituzionale applicato*, cit., pp. 554-555; F. PALAZZO, *Il principio di proporzione*, cit., p. 314. Sul piano del diritto penale sostanziale, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 229 e C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, cit., p. 68. Secondo F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., pp. 116-117, dall’art. 2 Cost. può trarsi che «l’applicazione in *malam partem* del principio risulta incompatibile con la stessa natura del canone».

¹⁴² Al riguardo, v. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive*, cit., p. 552 ss. e retro, capitolo I, paragrafo 2.

¹⁴³ G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, n. 2, p. 522.

¹⁴⁴ Sul punto, v. A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 133 ss. Per quanto riguarda l’assegnazione di una priorità ai diritti da parte della Corte Edu, sulla base del testo della CEDU, v. S. GREER, “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate, in *The Cambridge Law Journal*, 2004, n. 2, p. 433.

del principio si lega inscindibilmente a una visione dei rapporti tra Stato e individuo non paritaria¹⁴⁵.

La proporzionalità così come ricostruita nel procedimento penale rientra quindi nel c.d. “*weak-trump model*” proposto da alcuni autori¹⁴⁶, di cui l’art. 52 CDFUE è espressione¹⁴⁷. Un modello, cioè, per cui i diritti possono essere compressi solo da interessi di livello costituzionale e che consente di assegnare ai diritti stessi un peso maggiore nel bilanciamento¹⁴⁸, così conciliando il giudizio di proporzionalità con l’idea della priorità dei diritti¹⁴⁹.

Dalla descritta caratterizzazione ideologica, che implica che a parità di risultato del bilanciamento prevalga il diritto individuale, la proporzionalità non può prescindere. In caso contrario, il canone - metodologico e neutro nella sua struttura interna - rischia di essere posto al servizio delle esigenze più disparate e di produrre effetti deleteri sul piano delle garanzie.

Un impiego simile può forse scorgersi in quelle sentenze della Corte di Giustizia che, in un primo momento, sembravano negare ogni possibilità di rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo sulla base di un insufficiente rispetto dei diritti umani¹⁵⁰. L’obiettivo della Corte era, infatti, quello di assicurare la massima efficienza possibile della cooperazione giudiziaria. È molto significativo, però, rilevare come, successivamente, sia stata proprio la proporzionalità a fare da contraltare al mutuo

¹⁴⁵ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 1.

¹⁴⁶ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 23 ss. Vi aderisce espressamente E. XANTHOPOULOU, *The Quest for Proportionality for the European Arrest Warrant: Fundamental Rights Protection in a Mutual Recognition Environment*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, p. 37, ma v. anche F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 117, per cui dall’art. 2 Cost. discende che «eventuali limitazioni delle prerogative del singolo sono da ammettersi solo se indefettibili per il raggiungimento di uno scopo statale dotato almeno di pari rango rispetto al diritto inciso, appunto in aderenza al criterio di proporzione, secondo un rapporto che ricalca quello esistente tra regola ed eccezione».

¹⁴⁷ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 23.

¹⁴⁸ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 24 ss.

¹⁴⁹ A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 490; M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 24 ss.; M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights*, cit., p. 148 ss. Sulla priorità assegnata ai diritti dalle teorie liberali, v. A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 468 ss. e M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights*, cit., p. 141 ss.

¹⁵⁰ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3. Per una riflessione critica su alcune sentenze della Corte Edu che, allo stesso modo, sembravano instaurare un obbligo di estradizione, v. S. TOP - P. DE HERT, *Castaño avoids a clash between the ECtHR and the CJEU*, cit., p. 52 ss.

riconoscimento e a mettere in evidenza il rischio di un'interpretazione "al ribasso"¹⁵¹ dei diritti che esso porta con sé¹⁵².

Ad ogni modo, è bene tenere presente il rischio di una proporzionalità disancorata dai diritti. Si pensi, allargando la visuale alla proporzionalità che dovrebbe vincolare il legislatore nelle scelte incriminatrici, alla condivisibile critica mossa alla formulazione dell'art. 83 paragrafo 2 TUE, che ancora il giudizio di indispensabilità della pena ivi sancito all'attuazione efficace di una politica dell'Unione¹⁵³.

Un'altra tendenza che rischia di condurre ad esiti negativi per la piena espansione dei diritti si può ravvisare nelle numerose pronunce della Corte Edu che rinunciano a sindacare approfonditamente la legittimità di legislazioni o procedimenti locali in favore di un margine di apprezzamento sempre più ampio rimesso agli Stati¹⁵⁴. Decidendo di lasciare a questi ultimi maggiore libertà quando vengono in gioco interessi pubblici contrapposti a diritti individuali, si rischia infatti, in molti casi, di avallare la prevalenza sui diritti di politiche ispirate da esigenze securitarie¹⁵⁵.

È possibile a questo punto rispondere anche alle altre obiezioni alla proporzionalità menzionate poc'anzi.

¹⁵¹ V., tra i tanti, S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Giuffrè, 2007, p. 712 e C. MAURO, "Minimum" *Procedural Rights in Judicial Cooperation Procedures*, in AA.VV., *EU Criminal Justice*, cit., p. 71 ss.

¹⁵² V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3.

¹⁵³ C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità*, cit., pp. 120-121.

¹⁵⁴ Si concorda con M. KHOSLA, *Proportionality: An Assault*, cit., p. 302 ss. nel sostenere che talune delle criticità rilevate in dottrina con riguardo alle pronunce della Corte Edu derivano, a ben vedere, dall'applicazione della dottrina sul margine di apprezzamento, piuttosto che dalla proporzionalità. Chiara, sul punto, J. GERARDS, *General Principles*, cit., p. 232, secondo cui più è ampio il margine di riconoscimento lasciato agli Stati, minore è l'intensità del test di proporzionalità praticato dalla Corte. Con riguardo ai mezzi investigativi che realizzano controlli occulti sull'individuo, come le intercettazioni, F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 114 sostiene, condivisibilmente, che le oscillazioni interpretative della Corte Edu nell'applicazione della proporzionalità «sembrano ascrivibili alle caratteristiche dello stesso meccanismo di tutela istituito dalla Convenzione, piuttosto che ad un insuperabile relativismo insito nella struttura del principio».

¹⁵⁵ D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 29 ss. e ID., *Diritto costituzionale applicato*, cit., pp. 558-559. V. anche E. BILLIS - N. KNUST - J.P. RUI, *The Typology of Proportionality*, cit., p. 19 ss. e M. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance*, cit., p. 291. Per un approfondimento sulla tematica, che richiederebbe un'analisi ben più estesa, v., tra i tanti, J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance*, cit.

Non v'è dubbio che il nucleo dei diritti - lo si è detto più volte - sia garantito dalla fase della proporzionalità in senso stretto¹⁵⁶.

È più arduo, invece, tentare di ribattere alla critica fondata sull'incommensurabilità dei diritti. Sembrerebbe però essere convincente, ed adattabile a tutti i settori dell'ordinamento in cui il principio di proporzionalità opera, la posizione dottrinale secondo cui la scala comune in base alla quale procedere alla comparazione consiste nel confronto tra l'incremento di utilità per l'interesse pubblico e il decremento di utilità subito dal titolare del diritto¹⁵⁷. In altri termini, occorre verificare - in concreto e caso per caso - incremento e decremento marginali rispettivamente dell'interesse pubblico e del diritto in modo separato; poi, solo in un secondo momento, effettuate le due "misurazioni", compararle¹⁵⁸.

Infine, si deve ritenere infondata l'idea per cui una definizione ampia dei diritti produca ricadute negative per la loro tutela. Stupisce, anzi, che gli autori che criticano la proporzionalità poiché intaccherebbe l'aura di assolutezza che le costituzioni contemporanee attribuiscono ai diritti fondamentali, finiscano per difendere interpretazioni stringenti dei medesimi. Basti considerare, in questo senso, il costante aggiornamento dei contenuti di "vecchi" diritti imposto dall'evoluzione sociale. Si pensi alla riconduzione del diritto alla riservatezza, anche digitale, nell'alveo dell'art. 15 cost. e alla rilevanza che questa può avere nel procedimento penale. Sembra, poi, che proprio chi solleva perplessità senz'altro molto rilevanti circa la possibilità di misurare il grado di importanza dei diritti ed il livello della loro compressione nei singoli casi, tenda a sottovalutare un compito probabilmente ben più complesso come quello di stabilire con precisione cosa sia meritevole di protezione e cosa non lo sia senza ricorrere a una qualche forma di bilanciamento. Allora, pare preferibile un'interpretazione lata dei diritti, salvo poi

¹⁵⁶ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 26 e 66 ss. V. anche F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 119.

¹⁵⁷ A. BARAK, *Proportionality*, cit., p. 350 ss. e 484. Aderisce a tale ricostruzione, tra i tanti, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 106-107. *Contra*, sulla base del fatto che neppure gli incrementi e decrementi di utilità sarebbero in qualsiasi modo misurabili: F.J. URBINA, *A critique of proportionality*, cit., p. 58.

¹⁵⁸ Così, in termini molto chiari, R. POSCHER, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, in AA.VV., *Proportionality in Crime Control*, cit., p. 59, per il quale da ciò discende che, a ben vedere, la proporzionalità è la soluzione al problema dell'incommensurabilità.

specificarne la portata alla luce di un bilanciamento con interessi contrapposti da esplicitare caso per caso¹⁵⁹.

Affermata la funzione di garanzia della proporzionalità, resta ancora una criticità da affrontare: non c'è garanzia che funzioni ove non assistita da adeguate sanzioni in caso di sua violazione¹⁶⁰. Benché non sia possibile individuare una reazione unica dell'ordinamento processuale a fronte di una violazione del canone della proporzionalità, gli strumenti non mancano. Per le misure cautelari è prevista la sostituzione o la revoca della misura; per le misure precautelari la mancata convalida; per il mandato di arresto europeo e per l'ordine europeo di indagine è possibile ricavare interpretativamente il rifiuto da parte dell'autorità che li riceve.

Per i mezzi investigativi la sanzione non potrebbe che essere l'inutilizzabilità¹⁶¹. In molti casi, in effetti, già si prevede tale conseguenza per la violazione di divieti che sono espressione della proporzionalità (a titolo esemplificativo, si pensi all'inutilizzabilità che

¹⁵⁹ M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure*, cit., p. 46 ss. Gli Autori riportano al riguardo il dibattito sorto attorno alla definizione di "hate speech". È diffusa, infatti, l'idea che si possa definire *a priori* cosa rientri nella categoria, reputando che non sia in alcun modo protetta dal diritto alla libertà di espressione (v., per tutti, l'opinione e l'attenta riflessione di J. GERARDS - H. SENDEN, *The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights*, in *Int. J. Const. Law*, 2009, n. 4, pp. 620 e 628). Al contrario, se è vero che la libertà di espressione «vale non solo per le "informazioni" o "idee" che sono favorevolmente accolte o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che offendono, scuotono o disturbano lo Stato o un qualunque settore della popolazione» (Corte Edu, Plenaria, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, in M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo*, vol. 1, cit., p. 232), allora, in linea di principio anche l'hate speech rientra nel diritto *de quo*. Sarà poi un'analisi effettuata caso per caso, attraverso un test di proporzionalità svolto in maniera trasparente tra gli interessi concretamente in conflitto, a rivelare i confini del diritto. Sui rischi della distinzione "content-based" da parte della Corte Edu tra discorsi rientranti nell'alveo della libertà di espressione e sottoposti quindi a test di proporzionalità ex art. 10 paragrafo 2 CEDU e discorsi esclusi da tale alveo e costituenti quindi abuso del diritto ex art. 17 CEDU, v. l'acuta analisi di M. GALLI, *Soltanto parole? Discorsi d'odio e intervento penale*, in AA.VV., *Hate speech. L'odio nel discorso pubblico. Politica, media, società*, a cura di R. PETRILLI, Round Robin, 2019, p. 33 ss.

¹⁶⁰ Da tale constatazione deriva l'auspicio per l'implementazione di «effettivi presidi d'invalidità» in caso di violazione dei diritti fondamentali discendente dall'inosservanza del parametro della proporzionalità avanzato da D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., p. 34.

¹⁶¹ In tema di ordine europeo di indagine, per il caso di violazione della proporzionalità da parte dell'autorità di esecuzione, si ipotizza la possibilità, per quella emittente, al ricorrere di certe condizioni, di dichiarare l'inutilizzabilità delle prove raccolte. Così M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 189 ss. e C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 98. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 2217 si limita ad indicare la necessità della dichiarazione, nell'ordinamento emittente, dell'invalidità della prova acquisita in quello di esecuzione in violazione della proporzionalità. Per un quadro completo sulle regole di esclusione nell'importante ambito delle prove scientifiche, v. M. DANIELE, *Prova scientifica*, cit., p. 447 ss.

l'art. 271 comma 1 c.p.p. sancisce per la mancata osservanza dei presupposti per l'adozione delle intercettazioni). Tuttavia, individuare un'ipotesi di inutilizzabilità connessa alla violazione di un generale canone di proporzionalità rappresenterebbe un passo ulteriore e non di immediata realizzazione.

Innanzitutto, com'è noto, l'inutilizzabilità è applicabile solo in caso di «violazione dei divieti stabiliti dalla legge» (art. 191 comma 1 c.p.p.). Tale ostacolo è però superabile, alla luce dell'interpretazione dominante secondo cui il divieto può anche essere implicito e desumersi interpretativamente, nonché in ragione della giurisprudenza in tema di prove vietate in quanto formate o acquisite in violazione di diritti soggettivi costituzionalmente garantiti¹⁶².

Un altro problema potrebbe essere rappresentato dalla necessità di predisporre rimedi diversi qualora l'atto possa essere ricondotto a proporzione. Ma, da questo punto di vista, nulla osta ad una ripetizione dell'atto, ove ancora possibile. O ancora, si pensi, ad esempio, alla riduzione dei beni sottoposti a sequestro in seguito a una pronuncia che accerti che esso ha ecceduto il valore per cui avrebbe dovuto essere disposto.

Richiederebbe un approfondimento maggiore un ulteriore possibile impedimento. È noto che il nostro ordinamento non ha mai pienamente aderito alla teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”, per cui l'invalidità della prova derivante dall'inutilizzabilità si trasmette a quelle successivamente raccolte. In particolare, questo è vero per le ipotesi di collegamento meramente fattuale tra i mezzi di ricerca della prova¹⁶³. È il caso della prova ottenuta mediante sequestro seguito a una perquisizione illegittima (*male captum bene retentum*)¹⁶⁴. Ebbene, una proporzionalità per il settore probatorio protetta dalla sanzione dell'inutilizzabilità condurrebbe senz'altro a superare tale orientamento. Violati ingiustificatamente i diritti individuali, infatti, non resterebbero argomenti per superare il vizio probatorio¹⁶⁵. Ad ogni modo, sembrerebbe trattarsi di una conseguenza - peraltro non

¹⁶² Per un riferimento chiaro all'interpretazione e alla giurisprudenza richiamate, v. G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 525. Sulla nozione di “divieto implicito” e di prova vietata, v. anche M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 114 ss.

¹⁶³ Per un approfondimento, v. G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., pp. 534-535, che rileva comunque l'atteggiamento oscillatorio della giurisprudenza.

¹⁶⁴ Da ultimo, tale orientamento è stato confermato da Corte cost., ordinanza 9 maggio 2022, n. 116, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3000 ss., con nota di E. APRILE, su cui v. anche M.S. CHELO, *Male captum bene retentum: la Corte costituzionale non cambia idea*, in *Il Penalista*, 24 giugno 2022.

¹⁶⁵ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 162.

rivoluzionaria in un ordinamento che prevede la categoria dell'inutilizzabilità - non idonea, da sola, a frenare un'eventuale inutilizzabilità del tipo ipotizzato.

Al netto di tali difficoltà, come visto non insuperabili, si deve ritenere conclusivamente che a partire dall'affermazione della proporzionalità quale principio generale del diritto con caratteristiche capaci di assumere un'immediata portata precettiva nel contesto processuale, la via dell'inutilizzabilità nel caso di violazione della proporzionalità in ambito probatorio possa essere seguita, con positive ricadute in termini di tutela dei diritti.

4. I confini della proporzionalità

Si sono studiati istituti incidenti su diritti che sono definiti e vivono al di fuori del procedimento penale, riprendendo la distinzione dottrinarie tra diritti fondamentali che vengono in rilievo *nel* processo penale e diritti fondamentali *del* processo penale¹⁶⁶. Com'è ovvio, questi ultimi sono i tipici diritti processuali, come il diritto di difesa, al contraddittorio o alla prova. Evidentemente, si tratta degli architravi del nostro procedimento penale, che tutelano la posizione dell'imputato e al tempo stesso perseguono esigenze di buona amministrazione della giustizia¹⁶⁷.

La proporzionalità che si è ricostruita con riguardo ai diritti extra-processuali compressi da atti processuali può operare anche rispetto alle limitazioni dei diritti processuali?

La Corte Edu sembrerebbe rispondere affermativamente al quesito. Almeno di recente, infatti, non è ravvisabile una differenza netta tra la struttura argomentativa, ispirata dal test di proporzionalità, impiegata nei casi in cui si discute di intrusioni nei diritti extra-processuali¹⁶⁸ e quella rinvenibile in casi aventi ad oggetto violazioni di diritti processuali¹⁶⁹. Anche in tali ipotesi la Corte si domanda se la limitazione risulti giustificata da interessi concorrenti meritevoli di tutela (*id est*, l'interesse pubblico, parametrato sulla

¹⁶⁶ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., pp. 237-238. V. *retro*, Introduzione, paragrafo 3.

¹⁶⁷ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 237.

¹⁶⁸ A titolo esemplificativo, v. Corte Edu, *Big Brother Watch*, cit., § 303 ss.

¹⁶⁹ A titolo esemplificativo v. Corte Edu, Grande Camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963>, § 117 ss., su cui v. F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1211 ss.

base della sua intensità, per lo più definita dalla gravità del reato perseguito) e se, ad una valutazione complessiva delle circostanze concrete, vi siano altri elementi a contemperarla¹⁷⁰.

È in questi termini che solitamente si sviluppa la valutazione della “*overall fairness of the proceedings*”, spesso invocata dai giudici di Strasburgo. Volendo ricondurre tale schema argomentativo ai canoni della proporzionalità si va incontro a più di una difficoltà. Innanzitutto, le motivazioni della Corte non esplicitano chiaramente i passaggi del test, che di solito non sono neppure ricavabili interpretativamente¹⁷¹. Ma soprattutto, anche a voler ammettere che di proporzionalità si tratti, non potrebbe che essere molto diversa da quella studiata sinora con riguardo alle compressioni di diritti extra-processuali. Mentre gli organi del procedimento sono legittimati a comprimere i diritti extra-processuali per il raggiungimento di finalità processuali, concentrando quindi l’attenzione delle corti che ne valutino l’operato sui limiti entro cui tale attività è consentita, i medesimi organi sono i destinatari degli obblighi imposti dai diritti processuali. In altre parole, non possono agire in violazione degli stessi, di cui, a ben vedere, sono i primi garanti.

Nella limitazione dei diritti processuali, quindi, al più si dovrebbe poter sindacare la ragionevolezza delle scelte legislative che ne determinino una compressione, alla luce

¹⁷⁰ Si rinvia sul punto all’attenta analisi di A. ASHWORTH, *L’emersione dell’interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo. L’affievolimento della tutela in materia penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 251 ss., che rileva come, mentre dalla struttura della CEDU parrebbe emergere una distinzione tra i diritti di cui agli articoli 8 ss. CEDU e quelli contenuti nell’art. 6 CEDU, nel senso che i primi sarebbero suscettibili di essere compressi se “necessario in una società democratica” mentre i secondi non lo sarebbero, la Corte di Strasburgo ha iniziato a impiegare valutazioni riconducibili al canone della proporzionalità anche in relazione a tali ultimi diritti. È molto esplicativo dell’evoluzione in atto un passaggio, citato dall’Autore, di una pronuncia (Corte Edu, 9 luglio 2007, *Heglas c. Repubblica ceca*, consultabile al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79650>, § 87), che pare opportuno riportare per esteso, nella traduzione proposta da A. ASHWORTH, *L’emersione dell’interesse pubblico*, cit., p. 263: «i criteri generali di equità previsti nell’art. 6 si applicano a tutti i processi penali, qualunque sia il tipo di reato in oggetto. Ne deriva che, per determinare se i procedimenti sono equi nel complesso, si devono considerare e bilanciare il peso dell’interesse pubblico nell’esercizio dell’azione penale avverso un particolare reato e la condanna del suo autore con l’interesse dell’individuo all’eliminazione della prova incriminante. Tuttavia, le considerazioni di pubblico interesse non possono giustificare misure che svuotino i diritti di difesa del ricorrente della loro reale essenza, incluso quello di non contribuire alla propria incriminazione garantito dall’art. 6 della Convenzione». Per quanto riguarda poi la logica dell’individuazione di “misure compensative”, individuate in taluni diritti processuali effettivamente garantiti a fronte di altri violati, v., in termini critici, M. CAIANIELLO, *You Can’t Always Counterbalance*, cit., p. 292 ss. Ancora più dure le critiche di D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato*, cit., pp. 558-559.

¹⁷¹ Sulla vaghezza delle scansioni del test di proporzionalità impiegato dalla Corte Edu v., per tutti, J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance*, cit., p. 71 ss. e p. 192.

dei contrapposti interessi tutelati. Questi però sono i più vari: non solo l'esigenza di accertamento del fatto, ma anche, ad esempio, l'efficienza del sistema o la tutela di altri diritti. Soprattutto, poi, tali scelte sono esclusivamente legislative. Pare evidente la distanza con la proporzionalità studiata nella presente trattazione, legislativa ma anche giurisprudenziale e in cui sono chiari i termini da porre in bilanciamento.

Emerge, quindi, la natura binaria delle norme dettate a tutela dei diritti processuali, che in linea di principio possono essere solo osservate o violate, senza terza via, e non sono pensate per essere bilanciate da altre esigenze processuali¹⁷². Ciò lo si vede, nel nostro ordinamento, in tema di invalidità. Il codice non richiede cioè, ad esempio, che il giudice accerti che l'imputato abbia subito un pregiudizio effettivo, ad esempio, da una sua omessa citazione o dalla violazione delle regole sull'interrogatorio¹⁷³. La ragione di una simile impostazione risiede anche nel fatto che le stesse regole *de quibus* contribuiscono in via primaria al corretto andamento del processo e alla corretta amministrazione della giustizia.

Ebbene, la Corte Edu, domandandosi se, all'esito di un'operazione di bilanciamento, possa restare senza conseguenze la violazione di un diritto processuale, rischia di realizzare un surrettizio ingresso nel nostro ordinamento della logica del pregiudizio effettivo¹⁷⁴, per cui un atto non sarebbe invalido se il vizio che lo affligge non abbia, in concreto, pregiudicato l'esercizio dei diritti processuali. Si tratta di una teoria che, a dire il vero, si fa sempre più strada nella nostra giurisprudenza (che peraltro difficilmente la esplicita), talvolta conducendo a esiti condivisibili¹⁷⁵, talaltra rischiando di generare

¹⁷² Sul punto, v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 109. Per le norme poste a tutela del diritto di difesa, v. F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 7.

¹⁷³ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 9 ss.; F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica*, cit., pp. 1213-1214; G.P. VOENA, *Atti*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 284. Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1183: «l'art. 177 impone conclusioni assiomatiche: è nullo l'atto privo dei requisiti a pena di nullità; non interessa se e quanto abbia nuociuto. Tali prospettive conducono a discorsi insostenibili: ad esempio, che N sia validamente citato, sebbene sul decreto figuri una falsa data, purché il difensore conosca l'autentica dell'avviso notificatogli; così, ogni tanto, la giurisprudenza disapplicava le norme».

¹⁷⁴ In questo senso, v. F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica*, cit., p. 1212 ss. e D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato*, cit., pp. 558-559.

¹⁷⁵ A titolo esemplificativo, v. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 23122, Tanzi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4210 ss., con nota di G. SANTALUCIA (a commento, v. anche, tra i tanti, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 43 ss.), per cui la sentenza emessa dal giudice recusato nelle more del procedimento di ricusazione è nulla ex articoli 178 comma 1 lett. a) e 179 comma 1 c.p.p. solo nel caso di successivo accoglimento della dichiarazione di ricusazione.

criticabili distorsioni sistematiche¹⁷⁶. Senz'altro, però, è piuttosto in quell'ottica che, se del caso, dovrebbe essere valutata la possibilità di vagliare se vizi processuali possano o debbano condurre a invalidità rigide o meno. In una logica, cioè, che per quanto controversa e aspramente criticata da alcuni¹⁷⁷, resta interna alla tutela della posizione processuale. Viceversa, nella visione della Corte Edu, la proporzionalità sembrerebbe consentire che, appurata la violazione del diritto processuale e anche, eventualmente, il pregiudizio subito, questo potrebbe ciononostante ritenersi bilanciato da altre garanzie processuali che sono state assicurate nel corso del procedimento. Insomma, si compie persino un passaggio ulteriore. Per di più, diventa difficile individuare chiaramente gli interessi contrapposti e articolare il test nelle sue tre fasi.

Pertanto, se precedentemente si è detto che alcune sentenze dei giudici di Strasburgo giungono a conclusioni criticabili non già per l'impiego della proporzionalità bensì per l'ampliamento del margine di apprezzamento rimesso agli Stati¹⁷⁸, in questo caso il problema si deve rintracciare nell'uso della proporzionalità¹⁷⁹.

È questo il principale confine della proporzionalità nel procedimento penale: non può essere impiegata per valutare se la compressione di un diritto processuale sia giustificata o meno.

Come ogni confine, però, anche questo presenta delle “zone di frontiera” più turbolente. Si allude, in primo luogo, ai casi in cui il legislatore limita i diritti processuali dell'imputato per il perseguimento di ragioni deflative. Il legislatore compie un bilanciamento, che è forse più un'invisibile trattativa: si concedono dei benefici

¹⁷⁶ A titolo esemplificativo, v. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 22242, Scibè, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 3730-3731, con nota di G. SANTALUCIA (a commento, v. anche M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 38 ss.), che degrada a vizio innocuo l'omessa citazione di uno dei codifensori per l'udienza di appello da celebrare con le forme della camera di consiglio. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 42 rileva giustamente come, a ragionare così, si rischia di rimettere alla discrezionalità degli uffici la scelta relativa a quale dei difensori avvisare, quando ve ne sia più di uno. Per un approfondimento sull'impiego della logica del pregiudizio effettivo da parte della giurisprudenza e sulle sue fortune alterne, v. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 33 ss.

¹⁷⁷ D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato*, cit., pp. 558-559.

¹⁷⁸ V. *retro*, paragrafo 3.2.3 del presente capitolo.

¹⁷⁹ Si condivide, pertanto, la posizione espressa da F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 7 con riguardo alla proporzionalità in relazione alla violazione del diritto di difesa. L'Autore richiama sul punto anche F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 942, secondo cui valutare la sussistenza della violazione del diritto di difesa in ragione dell'intensità dell'offesa in concreto arrecata all'imputato costituirebbe «la più ingombrante delle complicazioni oltre che un'esca a non innocui fraintendimenti».

all'imputato in cambio della rinuncia a diritti processuali che appesantiscono l'amministrazione della giustizia, compromettendone l'efficienza. Ci si riferisce, chiaramente e primariamente, ai riti speciali. Invero, la necessità di limitare i procedimenti con dibattimento è esigenza avvertita, com'è noto, anche da altri sistemi accusatori, alla luce dell'alto costo in termini di tempo e risorse da un lato e della centralità della concentrazione delle udienze per la buona riuscita del sistema dall'altro¹⁸⁰.

Probabilmente c'è spazio per la proporzionalità nell'indicata trattativa, perché è in effetti un calcolo di proporzionalità celato quello del legislatore¹⁸¹. Tuttavia, ancora una volta, non è la medesima proporzionalità trattata sinora. Essa potrebbe venire in gioco là dove nell'indicata trattativa affiorino, per così dire, "clausole vessatorie", idonee a frustrare definitivamente i diritti dell'imputato e la sua libertà di determinare autonomamente la strategia difensiva. Così, parrebbe criticabile in termini di proporzionalità una situazione in cui il soggetto si trovasse, in concreto, costretto ad accettare le condizioni poste dallo Stato per l'accesso al rito speciale e per la rinuncia ai diritti processuali. Quella situazione, insomma, dai più denunciata nel contesto statunitense¹⁸².

Si tratta quindi di una proporzionalità di carattere eccezionale, che è chiaramente solo legislativa e il cui esito potrebbe essere contestato solo dalla Corte costituzionale. Sicché, anche ragionando sulle compressioni ai diritti processuali legislativamente previste a fronte di benefici di vario genere per l'imputato, come quelle ravvisabili nella disciplina dei riti speciali, l'epilogo non diverge da quanto sostenuto esaminando il test della Corte Edu sulla violazione dei diritti processuali: il confine rimane tracciato.

Il discorso cambia, invece, spostando l'attenzione sull'altra "zona di frontiera" turbolenta, rappresentata dall'impiego della proporzionalità in casi di violazione di diritti processuali in una prospettiva interordinamentale. Soprattutto, si è osservato il suo utilizzo da parte della Corte di Giustizia per le ipotesi di violazione di diritti processuali da parte dello Stato emittente un mandato di arresto europeo¹⁸³. In questo caso, è senz'altro

¹⁸⁰ G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2018, pp. 546-547.

¹⁸¹ Tra i tanti, sembra ragionare in questi termini anche M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 70 ss.

¹⁸² La letteratura sul punto è sconfinata. Si può rinviare, tra i tanti, a G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, 2003. V. anche, al riguardo, T. LYNCH, *The Case Against Plea Bargaining*, in *Regulation*, 2003, n. 3, p. 24 ss.

¹⁸³ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 3.3.

possibile, ed anzi auspicabile, l'impiego della proporzionalità da parte dell'autorità ricevente al fine di valutare un eventuale rifiuto all'esecuzione del mandato in ragione di un'insufficiente rispetto dei diritti processuali nello Stato di emissione. A ben vedere, è il rapporto di regola ad eccezione a cambiare: se normalmente si deve pretendere che la violazione dei diritti processuali produca un vizio non sanabile da considerazioni riconducibili alla proporzionalità, in questo caso la regola è l'esecuzione del mandato di arresto, da rifiutare qualora non risulti rispettata la fase della proporzionalità in senso stretto tra diritti compressi e finalità del mandato. Pertanto, è legittimo che l'autorità ricevente proceda ad un test di proporzionalità avente ad oggetto l'esecuzione del mandato e che prenda in considerazione anche il rispetto dei diritti processuali nello Stato richiedente. La proporzionalità subentra, in altri termini, in opposizione al mutuo riconoscimento, che vorrebbe un'esecuzione automatica del mandato di arresto, suggerendo quantomeno uno scrutinio in ordine al rischio di violazioni gravi dei più importanti diritti processuali. La logica binaria poc'anzi illustrata mal si presta ad essere applicata in relazione a regole processuali di un altro ordinamento e comprimerebbe eccessivamente le esigenze di efficienza di cui il mutuo riconoscimento è portatore. Ragionamenti non dissimili, inoltre, si prestano a essere svolti anche con riguardo all'ordine europeo di indagine, oltre che alla cooperazione giudiziaria con Stati extra-europei.

In conclusione, un canone di proporzionalità per le limitazioni subite dai diritti processuali, fatta eccezione per il settore della cooperazione giudiziaria, sarebbe molto più variegato (difficile definirlo un principio generale) di quello che opera in relazione ai diritti extra-processuali ed inciderebbe in via esclusiva sulla discrezionalità del legislatore. Si entra in un giudizio molto più vicino a quello di ragionevolezza tradizionalmente impiegato dalla Corte costituzionale che al canone della proporzionalità che si è cercato di ricostruire nel presente lavoro.

5. La proporzionalità come principio generale del diritto processuale penale

Si è segnalato come, secondo un approccio positivista, i principi generali del diritto derivano dalla ricostruzione dei caratteri comuni a una serie di disposizioni; all'opposto si colloca la visione giusnaturalista, per cui i principi sono i valori fondanti dell'ordinamento; ancora diversa una posizione intermedia, per cui i principi sarebbero le ipotesi che meglio spiegano la presenza di certe caratteristiche comuni a un numero selezionato di norme. La

Corte Edu, poi, crea continuamente principi generali, estrapolandoli dai casi concreti, mentre la Corte di Giustizia formalmente dichiara di ricavarli attraverso un'analisi comparata delle discipline nazionali, ma in realtà considera principi delle regole, spesso riprese dall'ordinamento di uno Stato membro, che ritiene possano veicolare al meglio i valori dell'Unione¹⁸⁴.

Al fine di rispondere alla domanda circa l'esistenza di un principio generale di proporzionalità nel procedimento penale si è seguito un metodo che si ritiene valido a prescindere da tali diverse concezioni. Infatti, si è cercato di ricostruire le caratteristiche comuni a una serie di disposizioni che in ipotesi presupponessero o rappresentassero una specificazione della proporzionalità, come da indicazione proveniente dal classico approccio positivista, senza però pretendere che fosse sufficiente rintracciare tali caratteristiche per rispondere al quesito alla base della ricerca.

Come detto, i principi generali sono astratti e trovano esplicazione in più norme, sono applicabili a una serie potenzialmente indefinita di fattispecie e sono fondamentali, nel senso che le norme dell'ordinamento devono tendenzialmente conformarvisi¹⁸⁵.

L'astrattezza e l'estensione della proporzionalità nel procedimento penale si sono verificate attraverso l'analisi dei diversi ambiti presi in considerazione e la conseguente ricostruzione delle caratteristiche comuni alle disposizioni esaminate. Si è avuto modo di sottolineare come in tutti i settori selezionati la proporzionalità ispiri numerose norme e sia presente, implicitamente o esplicitamente, nel dibattito dottrinario e nelle interpretazioni giurisprudenziali. Ancora, in nessun caso si sono rinvenute disposizioni in conflitto con il canone che siano ispirate da valori meritevoli di una tutela maggiore rispetto alle esigenze garantite dalla proporzionalità. Si è altresì sottolineata l'utilità dell'affermazione di un principio generale di proporzionalità per colmare le lacune normative e risolvere nodi interpretativi più o meno complessi.

Ne è emerso un parametro flessibile, benché sufficientemente definito nei suoi tratti essenziali, che pare applicabile non solo in fattispecie che esplicitamente lo richiamano ma in tutti i casi in cui atti processuali incidano su diritti fondamentali esistenti "al di fuori" del procedimento penale. L'individuazione di un confine per l'operatività del canone, rappresentato dalle ipotesi di compressione di diritti processuali (salvo che nella

¹⁸⁴ V. *retro*, Introduzione, paragrafo 2.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

cooperazione giudiziaria), non deve indurre ad escludere la sua natura di principio generale. Al contrario, rientra nell'importante esigenza di specificare i caratteri e le funzioni dello stesso, non intaccando la valutazione positiva in ordine alla sua capacità pervasiva in un settore ampio come quello della compressione dei diritti extra-processuali per il perseguimento di esigenze processuali.

Anche nel procedimento penale, dunque, la proporzionalità assume i connotati strutturali e funzionali del principio generale. Resta da verificare se il ruolo assunto dalla proporzionalità rivesta carattere fondamentale per l'ordinamento processuale, tanto da far ritenere che, ove così non fosse, muterebbero completamente le sue caratteristiche essenziali.

In primo luogo, alla luce dello studio svolto, si può confermare quanto ipotizzato con riguardo al carattere carsico alla proporzionalità nel procedimento penale¹⁸⁶. Nonostante, come visto, la proporzionalità sia esplicitata nel codice di procedura penale esclusivamente all'art. 275 comma 2 c.p.p., essa ispira l'intero sistema processuale, il quale, nel limitare il potere dell'autorità nel rapporto con l'individuo¹⁸⁷, realizza costantemente un contemperamento tra garanzie individuali ed esigenze repressive¹⁸⁸. È per tale ragione che si sono individuate molteplici ipotesi in cui il principio pare operare sebbene non sia espresso.

In secondo luogo, sono le funzioni della proporzionalità che paiono conferirle carattere fondamentale. Le funzioni individuate nei paragrafi precedenti sono infatti imprescindibili per il nostro sistema e non a caso paiono resistere alle obiezioni dottrinali che vorrebbero distorcerne il ruolo o minarne le fondamenta teoriche. Si tratta, del resto, proprio di alcune delle tipiche funzioni dei principi generali del diritto¹⁸⁹.

¹⁸⁶ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

¹⁸⁷ Così M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 7: «la procedura rappresent[er]a quell'insieme di regole che limitano il potere dell'autorità nel rapporto con l'individuo».

¹⁸⁸ Al riguardo, v. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive*, cit., p. 552 ss. e *retro*, capitolo I, paragrafo 2.

¹⁸⁹ V., in modo particolare, la ricostruzione proposta da T.-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle*, cit., p. 257 ss. V. anche, tra i tanti, S. BESSON, *General Principles and Customary Law in the EU Legal Order*, in AA.VV., *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, cit., p. 114, che individua nella coerenza e nel «gap-filling» le più importanti funzioni dei principi generali del diritto tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale e del diritto dell'Unione europea. Con riguardo al diritto dell'Unione europea, v. K.S. ZIEGLER - P.J. NEUVONEN - V. MORENO-LAX, *Introduction to the Research Handbook on General Principles in EU Law*, *ivi*, p. 1, per cui i principi generali «are tools to fill gaps, can

In terzo luogo, per affermare tale centralità sistematica della proporzionalità non solo è possibile risalire, per così dire, dal particolare al generale. Come visto, la proporzionalità trova un referente cruciale nell'art. 52 paragrafo 1 CDFUE, che è applicabile anche al procedimento penale e può, dall'alto, veicolare il senso di una proporzionalità strettamente connessa alla protezione dei diritti da intrusioni indebite¹⁹⁰.

D'altronde, non v'è dubbio che la proporzionalità sia un principio generale dell'Unione europea¹⁹¹, anche con riguardo al diritto processuale penale, con tutte le importanti ricadute che si sono esaminate nel settore della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione europea e con il conseguente obbligo per gli Stati di rispettarlo con riguardo agli atti «adottati in attuazione del diritto dell'Unione o che ricadono nella sfera di applicazione di tale diritto»¹⁹². È evidente la distonia derivante da un suo mancato impiego ove manchi tale collegamento, senza contare che il diritto dell'Unione è sempre più pervasivo nella materia processuale¹⁹³. Non è un caso, in effetti, che spesso istanze di proporzionalità siano penetrate attraverso atti di recepimento di normative od orientamenti giurisprudenziali sovranazionali, come avvenuto per gli accertamenti medici coattivi, il sequestro probatorio e l'acquisizione di dati del traffico telefonico e telematico. Ma occorre un passaggio ulteriore: pretendere che il test sia applicato nella sua interezza ogniqualvolta atti del processo incidano su diritti fondamentali non processuali.

L'analisi svolta conduce, in conclusione, ad affermare che la proporzionalità è un principio generale del diritto processuale penale.

Il sistema pare, in buona sostanza, già contenere un simile principio. La sua esplicitazione è però tutto fuorché inutile. Non solo si sono viste tutte le funzioni che esso può svolgere proprio in ragione di una sua esplicitazione, fondamentale anche perché entri

determine how other norms are interpreted or even displace them - facilitating the internal coherence and evolution of the integration process».

¹⁹⁰ V. *retro*, capitolo I, paragrafo 2 e paragrafo 3.2.3 del presente capitolo.

¹⁹¹ V. *retro*, Introduzione, paragrafo 1.

¹⁹² Così F. FERRARO-N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 1066. V. anche M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 150 e *retro*, capitolo I, paragrafo 2. V. anche G. ALPA, *Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013, n. 4, p. 91, per cui «il percorso che si è compiuto avendo alla base il collegamento stretto tra i diritti fondamentali e i principi generali ha portato a far sì che le disposizioni comunitarie non si possano applicare in contrasto con i principi generali (e quindi con i diritti fondamentali) e che le autorità, i giudici, le amministrazioni nazionali non possano applicare le regole di derivazione comunitaria senza applicare i principi generali e quindi i diritti fondamentali».

¹⁹³ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 150.

stabilmente ed espressamente nelle motivazioni dei provvedimenti processuali, ma la stessa pare indispensabile nella direzione di una più compiuta specificazione del principio. Si è segnalato infatti il rischio di fraintendimenti del significato del principio, talvolta impiegato in modo scorretto al servizio di esigenze efficientistiche¹⁹⁴, e si è già criticato il suo utilizzo da parte della Corte Edu per avallare la violazione di diritti processuali. La convinzione è che l'approfondimento teorico circa i suoi confini e le sue caratteristiche possa contribuire a regolarne l'ormai inarrestabile avanzamento in modo tale che non sia svuotato del suo significato e delle sue essenziali funzioni. Del resto, si è visto come il principio generale di proporzionalità si sviluppi in modo diverso nei diversi settori in cui opera, necessitando di essere correttamente definito e inquadrato in ciascuno di essi. Allo stesso modo, l'affermazione del medesimo come principio generale del diritto processuale penale consente di svilupparne al meglio le potenzialità e di impiegarlo per l'avanzamento dei diritti, promuovendo al tempo stesso la coerenza del sistema e la sua efficienza.

Ciò si connette, inoltre, a un'importante presa d'atto in relazione al ruolo dei principi generali del diritto. Non è casuale che il loro impiego sia tornato d'attualità con riguardo al diritto dell'Unione europea e alla giurisprudenza della Corte Edu. In entrambi i casi, si è in presenza di ordinamenti complessi, che si trovano a conciliare istanze diverse e ad esaminare circostanze diverse, che chiamano in causa ordinamenti diversi. Ma anche a livello interno, l'intreccio con altri ordinamenti, primo su tutti proprio quello dell'Unione europea, è ormai onnipresente. E ancora, sono ormai costanti e in continuo avanzamento le evoluzioni sociali e tecnologiche che conducono a un costante e continuo mutamento tanto del novero quanto del rango dei diritti, oltre che a un incredibile ampliamento delle potenziali intrusioni negli stessi¹⁹⁵. In questo scenario, il diritto fa sempre più fatica a

¹⁹⁴ F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 114 ss., ad esempio, critica, oltre alla giurisprudenza nordamericana relativa al IV Emendamento, anche Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1874, con nota di E. APRILE (su cui v. anche M.G. COPPETTA, *La corrispondenza del detenuto può essere sequestrata, ma non "intercettata": respinte le eccezioni di incostituzionalità*, ivi, 2018, p. 4202 ss.). In tale sentenza, infatti, la Consulta paventa la possibilità di usare la proporzionalità per verificare se il bilanciamento operato tra tutela della riservatezza e repressione degli illeciti produca limitazioni sproporzionate dell'una o dell'altro. L'Autore, insomma, rigetta la stessa possibilità di «un'efficacia "bidirezionale" del principio di proporzionalità», che riconosca «la possibilità di un suo impiego al fine di censurare il tenore di disposizioni di legge squilibrate in positivo nella predisposizione di garanzie eccessive a tutela delle libertà fondamentali, e pertanto capaci di frustare gli scopi di repressione» (F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., p. 116).

¹⁹⁵ Con riguardo ai mezzi di ricerca della prova che si esplicano attraverso un controllo occulto sulla persona, v. F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi*, cit., pp. 111-112, per il quale

regolare compiutamente ogni aspetto su cui va ad incidere e pare inevitabile il ricorso a criteri generali di risoluzione dei conflitti normativi e di riempimento delle lacune normative¹⁹⁶. Pare inevitabile, insomma, il ricorso ai principi generali del diritto, che - benché studiati da anni - necessitano ancora di approfondimento, in merito alla loro origine, ai loro confini, alle loro funzioni¹⁹⁷. Sicché, la proporzionalità si inserisce perfettamente nel contesto del diritto processuale contemporaneo quale necessario alleato dei diritti, svolgendo una funzione complementare al principio di legalità e guidando il processo decisionale dei soggetti del procedimento.

«una riflessione avulsa dalle specificità riconducibili alla singola ingerenza di volta in volta in discussione, ed incentrata piuttosto sullo studio della struttura del giudizio di proporzionalità, consente (...) di esaltare la dimensione astratta del criterio, rendendo possibile l'elaborazione di schemi spendibili anche *pro futuro* a seguito della prevedibile comparsa di sempre nuove forme di controllo».

¹⁹⁶ V. sul punto, tra le tante, le interessanti riflessioni di M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali*, cit., p. 48 ss. e R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza*, cit., p. 3 ss.

¹⁹⁷ K.S. ZIEGLER - P.J. NEUVONEN - V. MORENO-LAX, *Introduction to the Research Handbook*, cit., p. 1 sostengono come vi sia ancora un'incertezza considerevole sul concetto, sui metodi di riconoscimento, sui rischi e sulla giustificazione teorica dei principi generali del diritto dell'Unione europea, e su come si rapportano con le altre norme dell'ordinamento dell'Unione; S. VOGENAUER - S. WEATHERILL, *Introduction*, in AA.VV., *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, cit., p. 3 li definiscono come «one of the most interesting legal issues in both European and comparative law».

Bibliografia

- AA.VV., *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1943;
- AA.VV., *Soggetto e principi generali del diritto: atti del XV Congresso nazionale*, Pisa-Viareggio, 16-18 maggio 1985, a cura di M. BASCIU, Giuffrè, 1987;
- AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, vol. 3, Utet, 1990;
- AA.VV., *I principi generali del diritto. Atti dei convegni lincei (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Accademia nazionale dei lincei, 1992;
- AA.VV., *Le prove*, a cura di M. CHIAVARIO - E. MARZADURI, Utet, 1999;
- AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alla procedura di consegna*, a cura di M. BARGIS - E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005;
- AA.VV., *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni? Forum con Leonardo Filippi, Giulio Illuminati, Guglielmo Leo, Pasquale Profiti*, a cura di A. CAPUTO, in *Quest. giust.*, 2006, p. 1207 ss.;
- AA.VV., *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. NEGRI, Aracne, 2007;
- AA.VV., *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di E. GILD - F. GEYER, Routledge, 2008;
- AA.VV., *The New Oxford Companion to Law*, a cura di P. CANE - J. CONAGHAN, Oxford University Press, 2008;
- AA.VV., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, a cura di A. SCARCELLA, Cedam, 2009;
- AA.VV., *The European Arrest Warrant in Practice*, a cura di N. KEIJZER - E. VAN SLIEDREGT, Asser, 2009;
- AA.VV., *Banca dati del DNA e accertamento penale*, a cura di L. MARAFIOTI - L. LUPARIA, Giuffrè, 2010;
- AA.VV., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del Convegno. Como, 21-22 maggio 2010*, a cura di F. RUGGIERI - L. PICOTTI, Giappichelli, 2011;

AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, a cura di S. RUGGERI, Springer, 2013;

AA.VV., *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, a cura di J. BENGOTXEA - H. JUNG - K. NUOTIO, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, n. 1;

AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Roma, 14-15 novembre 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, numero speciale, 2014;

AA.VV., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, a cura di S. RUGGERI, Springer, 2014;

AA.VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI, Giappichelli, 2016;

AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI, Giuffrè, 2017;

AA.VV., *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, a cura di S. VOGENAUER - S. WEATHERILL, Hart, 2017;

AA.VV., *Sequestro e confisca*, a cura di M. MONTAGNA, Giappichelli, 2017;

AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. BARGIS, 9^a ed., Cedam - Wolters Kluwer, 2018;

AA.VV., *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. GIARDA - F. GIUNTA - G. VARRASO, Cedam - Wolters Kluwer, 2018;

AA.VV., *Diritto processuale penale*, a cura di G. DI CHIARA - V. PATANÈ - F. SIRACUSANO, Giuffrè, 2018;

AA.VV., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. DONINI - L. FOFFANI, Giappichelli, 2018;

AA.VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. MAZZA, Giappichelli, 2018;

AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. DANIELE - R.E. KOSTORIS, Giappichelli, 2018;

AA.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. GIOSTRA - R. ORLANDI, Giappichelli, 2018;

AA.VV., *Oxford Principles Of European Union Law. Volume I: The European Union Legal Order*, a cura di R. SCHÜTZE - T. TRIDIMAS, Oxford University Press, 2018;

AA.VV., *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, a cura di W. GEELHOED - L.H. ERKELENS - A.W.H. MEIJ, Asser Press - Springer, 2018;

AA.VV., *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di L. BACHMAIER WINTER, Springer, 2018;

AA.VV., *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. FACHECHI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019;

AA.VV., *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. RAFARACI - R. BELFIORE, Springer, 2019;

AA.VV., *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. MARCHETTI - E. SELVAGGI, Cedam - Wolters Kluwer, 2019;

AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, 4ª ed., Giuffrè, 2019;

AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, a cura di L. LUPARIA, Giuffrè, 2019;

AA.VV., *Cybercrime*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, Utet, 2019;

AA.VV., *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 7*, a cura di M. GIALUZ, in *Dir. internet*, suppl. al fasc. 3/2020;

AA.VV., *Digital Forensic Evidence. Towards Common European Standards in Antifraud Administrative and Criminal Investigations*, a cura di M. CAIANIELLO - A. CAMON, Cedam - Wolters Kluwer, 2021;

AA.VV., *Europa lässt sich nicht mit einem Schlag herstellen – 70 Jahre Europa-Institut der Universität des Saarlandes*, a cura di M. BUNGENBERG - T. GIEGERICH, ZEuS Sonderband 2021, Nomos, 2021, p. 105 ss.;

AA.VV., *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, a cura di E. BILLIS - N. KNUST - J.P. RUI, Hart, 2021;

AA.VV., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, a cura di S. PEERS - T. HERVEY - J. KENNER - A. WARD, 2ª ed., Hart - Beck - Nomos, 2021;

AA.VV., *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. CHITI - A. DI MARTINO - G. PALOMBELLA, Il Mulino, 2022;

AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. CANZIO - L. LUPARIA, Cedam - Wolters Kluwer, 2022;

AA.VV., *Research Handbook on General Principles in EU Law*, a cura di K.S. ZIEGLER - P.J. NEUVONEN - V. MORENO-LAX, Edward Elgar, 2022;

R. ADORNO, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1232 ss.;

D. ALBANESE, *La Cassazione chiarisce la portata del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite "Cavallo": nessun limite all'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in caso di riqualificazione giuridica del fatto oggetto di autorizzazione*, in *Sist. pen.*, 10 settembre 2021;

F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: Note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4708 ss.;

A. ALBERICO, «Giudizi di fatto» e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Cass. pen.*, 2014, p. 515 ss.;

A. ALBIANI, *Il faticoso affermarsi del canone di proporzione, sotto l'autonomo profilo del rapporto aritmetico fra durata del presofferto cautelare e pena espianda*, in A. ALBIANI - S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale. Casi, questioni, orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, 2007, p. 519 ss.;

A. ALBIANI, *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, Bononia University Press, 2011;

S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual Recognition in European Judicial Co-operation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, n. 2, p. 200 ss.;

T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *The Yale Law Journal*, 1987, n. 5, p. 943 ss.;

R. ALEXU, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, n. 2, p. 131 ss.;

R. ALEXU, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 2003, n. 4, p. 433 ss.;

R. ALEXU, *Thirteen Replies*, in AA.VV., *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, a cura di G. PAVLAKOS, Hart, 2007, p. 33 ss.;

R. ALEXU, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, n. 22, p. 51 ss.;

R. ALEXYY, *Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, 2021;

L. ALGERI, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 849 ss.;

S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Giuffrè, 2007, p. 691 ss.;

P. ALLEGRI, *Chi entra in carcere e quanto ci resta. Cautela e pena tra riforme legislative e numeri che non tornano. Analisi di un uso eccessivo della custodia cautelare in carcere*, in AA.VV., *Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione. Cautela e detenzione*, 2019;

G. ALPA, *Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013, n. 4, p. 85 ss.;

F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in *Sist. pen.*, 5/2020, p. 233 ss.;

C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013;

C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Edward Elgar, 2018;

C. AMALFITANO - M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 1/2022, p. 5 ss.;

G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri reati 'matrice'*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 307 ss.;

G. AMATO, *Gli effetti di una pronuncia nella quale la vita privata prevale sulle indagini*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 28 ss.;

G. AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida dir.*, 2021, n. 39, p. 18 ss.;

E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del Convegno Annuale ASPP, Trento, 11-13 ottobre 2013, Giuffrè, 2014, p. 7 ss.;

- G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant*: Aranyosi and Căldăraru, in *Common Market Law Review*, 2016, n. 6, p. 1675 ss.;
- E. ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 916 ss.;
- E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Cedam - Wolters Kluwer, 2018;
- E. ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 17 dicembre 2020;
- A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, 1991, p. 31 ss.;
- R. APRATI, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 441 ss.;
- E. APRILE - F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali*, Giuffrè, 2004;
- M. ARBOTTI, *Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3305 ss.;
- I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, p. 8 ss.;
- E. ARTEMIOU, *The way out of Digital Rights Ireland*, in www.law.kuleuven.be, 19 giugno 2018;
- A. ASHWORTH, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 249 ss.;
- A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 5^a ed., Cambridge University Press, 2010;
- P. ASP, *Two notions of proportionality*, in AA.VV., *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, a cura di K. NUOTIO, Faculty of Law - University of Helsinki, 2007, p. 207 ss.;
- I. AUGSBERG, *sub art. 6*, in AA.VV., *Europäisches Unionsrecht*, a cura di H. VON DER GROEBEN - J. SCHWARZE - A. HATJE, Nomos, 2015, n. 1;

G.M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 893 ss.;

L. BACHMAIER WINTER, *Criminal investigation and right of privacy: the case-law of the European Court of Human Rights and its limits*, in *Lex et Scientia*, 2009, n. 2, p. 9 ss.;

L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence. Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *eu crim*, 2015, n. 2, p. 47 ss.;

P. BALDUCCI, *Le garanzie delle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002;

A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2278 ss.;

A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012;

P. BÁRD - W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, n. 3, p. 353 ss.;

M. BARGIS, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 47 ss.;

M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 177 ss.;

M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di giustizia: profili critici del caso Piotrowski*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, p. 169 ss.;

M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 3/2021, p. 63 ss.;

G. BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 379 ss.;

S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 573 ss.;

S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. 35, Giuffrè, 1986, p. 494 ss.;

L. BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori: soluzioni provvisorie a incomprensioni durature*, in *Arch. pen.*, 5 marzo 2018;

G. BATTARINO, *CGUE e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, in *Quest. giust.*, 21 aprile 2021;

G. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *Quest. giust.*, 30 settembre 2021;

D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2005;

R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.;

R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 400 ss.;

R. BELFIORE, *Le Sezioni unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 543 ss.;

T. BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 117 ss.;

P. BERNARDONI, *Il MAE all'esame della Corte EDU: un passo ulteriore verso il "diritto costituzionale applicato" europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1137 ss.;

E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2^a ed., Giuffrè, 1971;

R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1505 ss.;

R. BIONDO, *La banca dati nazionale DNA italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 213 ss.;

N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, Utet, 1966, p. 887 ss.;

G. BONIOLO - G. GENNARI, *Ahi Popper! Ripensando criticamente al suo mito fra i giuristi*, in *Sist. pen.*, 3/2022, p. 5 ss.;

C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi. Legalità e proporzionalità nel regime della prova*, Cedam - Wolters Kluwer, 2017;

M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2035 ss.;

G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.*, 25 marzo 2021;

M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *European Criminal Law Review*, 2011, n. 1, p. 35 ss.;

M. BÖSE, *The European arrest warrant and the independence of public prosecutors: OG & PI, PF, JR & YC*, in *Common Market Law Review*, 2020, n. 4, p. 1259 ss.;

M. BRAZZI, *La difesa dell'indagato nella fase precautelare. L'arresto in flagranza e il fermo*, 2^a ed., Giuffrè, 2017;

R. BRICCHETTI, *Prelievi del DNA senza consenso*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, p. 63 ss.;

F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1965;

F. BRIZZI, *Utilizzazione del contenuto di chat, e-mail, MMS e SMS oggetto di sequestro: osservazioni alla nota della Procura Generale di Trento, 22 ottobre 2021*, in *Il Penalista*, 15 dicembre 2021;

K.H. BRODERSEN - V. GLERUM - A. KLIP, *The European Arrest Warrant and In Absentia Judgments*, Eleven International Publishing, 2020;

K.H. BRODERSEN - V. GLERUM - A. KLIP, *The European arrest warrant and in absentia judgments: The cause of much trouble*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, n. 1, p. 7 ss.;

D.K. BROWN, *The Perverse Effects of Efficiency in Criminal Process*, in *Virginia Law Review*, 2014, n. 1, p. 183 ss.;

P. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 7, Utet, 1993, p. 175 ss.;

S. BRUNO, *Considerazioni circa la "nuova realtà" degli automatismi conseguenti alla sentenza penale di condanna*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 425 ss.;

A. CABIALE - M. PAOLI, *L'ennesimo intervento di contrasto a forme di criminalità diffusa*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 106 ss.;

M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, p. 165 ss.;

M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali*, Bononia University Press, 2012;

M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 143 ss.;

M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 1 ss.;

M. CAIANIELLO, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2017, n. 4, p. 283 ss.;

M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2197 ss.;

M. CAIANIELLO, *Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2019, n. 4, p. 267 ss.;

J. CALLEWAERT, *The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, in AA.VV., *Europa lässt sich nicht mit einem Schlag herstellen – 70 Jahre Europa-Institut der Universität des Saarlandes*, a cura di M. BUNGENBERG - T. GIEGERICH, ZEuS Sonderband 2021, Nomos, 2021, p. 105 ss.;

L. CALÒ, *Proporzionalità e cautele reali*, Cacucci, 2022;

A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996;

A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1426 ss.;

C. CAMPIGLIO, sub art. 6, in AA.VV., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR - M.C. BARUFFI, 2^a ed., Cedam, 2014;

N. CANESTRINI, *Condizioni di detenzione nei paesi membri nell'unione europea: verso standard comuni a tutela della dignità umana?*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 774 ss.;

N. CANESTRINI, *Misure cautelari europee: non solo mandato di arresto europeo*, in *Giur. pen.*, 22 febbraio 2021;

E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, Giuffrè;

R. CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (d.l. n. 144/05 conv. in l. n. 155/05)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2507 ss.;

R. CANTONE - E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, 2018;

F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1384 ss.;

F. CAPRIOLI, *Intercettazioni e tutela della privacy nella cornice costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1141 ss.;

F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. 1, Edizioni dell'Ateneo, 1946;

F. CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 3 ss.;

F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano, 1960;

S. CARNEVALE, *Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 469 ss.;

S. CARRER, *La Corte di Giustizia UE sulla legittimità del MAE alla luce del diritto ad un ricorso effettivo ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Giur. pen.*, 7 febbraio 2021;

S. CARRERA - E. GUILD - N. HERNANZ, *Europe's most wanted? Recalibrating Trust in the European Arrest Warrant System*, in *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 2013, n. 55;

M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione predisposta per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 25 ottobre 2013;

F. CASASOLE, *La conservazione di campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4435 ss.;

G. CASCONI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea definisce le condizioni per la legittimità delle normative nazionali in materia di acquisizione dei tabulati. Le ripercussioni sull'ordinamento italiano della sentenza del 2 marzo 2021 (c-746/18) nel caso H.K.*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 419 ss.;

G. CASCONI, *Il sequestro informatico nel prisma del principio di proporzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 123 ss.;

R. CASIRAGHI, *Il caso Horvatić c. Croazia: inutilizzabilità per la decisione di prove scientifiche raccolte in sede d'indagine senza la garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013;

F. CASSIBBA, *Ne bis in idem e procedimenti paralleli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 351 ss.;

F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1211 ss.;

F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in *Sist. pen.*, 22 settembre 2022;

M. CASTELLANETA, *Ordine europeo di indagine, può essere emesso anche dalla procura di uno Stato membro*, in *Guida dir.*, 2021, n. 3, p. 112 ss.;

N. CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro it.*, 1964, p. 465 ss.;

M. CATANZARITI, *La dimensione extraterritoriale della sorveglianza di massa*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2019, n. 2, p. 335 ss.;

L. CECCHETTI, *MAE e tutela giurisdizionale effettiva: alcune precisazioni in relazione al sistema austriaco*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 784 ss.;

E. CELESTE, *The Court of Justice and the Ban on Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, n. 1, p. 134 ss.;

E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *Leg. pen.*, 2 giugno 2020;

M. CERASE, *De Tommaso: una clava di cartapesta*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2670 ss.;

M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2014;

A. CERRI, *Dalla garanzia del "giusto procedimento" in sede disciplinare al criterio della "proporzionalità": spunti problematici e riflessioni a partire da un'interessante sentenza della Corte*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 1648-1649;

L. CESARIS, *sub art. 275, Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, a cura di G. ILLUMINATI - L. GIULIANI, Cedam - Wolters Kluwer, 2020;

A. CHELO, *Tabula rasa sui tabulati? Riflessioni a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3268 ss.;

M.S. CHELO, *Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1418 ss.;

M.S. CHELO, *Male captum bene retentum: la Corte costituzionale non cambia idea*, in *Il Penalista*, 24 giugno 2022;

J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Nijhoff, 2009;

C. CINELLI, *Sorveglianza digitale, sicurezza nazionale e tutela dei diritti umani*, in *OIDU*, 2020, n. 3, p. 21 ss.;

M. CINGOLANI, *Il prelievo ematico per l'accertamento della idoneità alla guida dopo le sentenze della Corte Costituzionale 194 e 238 del 1996*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 875 ss.;

A. CIPRANDI, *La Cassazione si pronuncia sull'utilizzabilità nei processi pendenti delle "acquisizioni telefoniche e telematiche" precedenti all'entrata in vigore dell'art. 1 del d.l. 132/2021*, in *Sist. pen.*, 22 febbraio 2022;

A. CISTERNA, *Data retention: annullata la direttiva "Frattini" sulla conservazione dei dati del traffico telefonico*, in *Guida dir.*, 2014, n. 26, p. 93 ss.;

A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 31 ss.;

A. CISTERNA, *Data retention: dalla Corte di giustizia una rivoluzione in "punta di piedi"*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 15 ss.;

A. CISTERNA, *Data retention: la lotta ai crimini gravi non giustifica la conservazione generalizzata dei dati*, in *Guida dir.*, 2022, n. 15, p. 16 ss.;

S. CIVELLO CONIGLIARO - S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013;

G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 10 ottobre 2018;

M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, n. 2, p. 463 ss.;

M. COHN, *Three Aspect of Proportionality*, in *Atti dell'VIII Congresso mondiale dell' "International Association of Constitutional Law"*, Mexico City, 2010;

G. COLAIACOVO, *Appunti sulle prime applicazioni della nuova disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 106 ss.;

E. COLOMBO, *La sentenza del caso di Garlasco e la computer forensics: analisi di un complesso rapporto tra diritto ed informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, p. 447 ss.;

E. COLOMBO, *La banca dati del DNA in Italia: prime considerazioni nel panorama europeo, alla luce del regolamento attuativo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 375 ss.;

E. COLOMBO, *Il nuovo regolamento per l'istituzione della banca dati nazionale del DNA: commento a prima lettura e confronto con le disposizioni di altri Stati UE*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4615 ss.;

C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 ss.;

C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in AA.VV., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. CONTI, Giuffrè, 2011, p. 119 ss.;

C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1210 ss.;

C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1572 ss.;

M.G. COPPETTA, *La corrispondenza del detenuto può essere sequestrata, ma non "intercettata": respinte le eccezioni di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4202 ss.;

F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 2012;

M.F. CORTESI, *Misure antiviolenza negli stadi*, Ipsoa, 2007;

M.F. CORTESI, *Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito interpretativo raggiunto "forse" un punto fermo*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 1, p. 150 ss.;

C. COSTANZI, *Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al riesame nel caso di estrazione di copie digitali e restituzione dell'originale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 277 ss.;

S. CRESPI, *Sicurezza nazionale e diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza UE in materia di tutela dei dati personali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 983 ss.;

V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1942, p. 41 ss.;

M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014;

M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 4, p. 48 ss.;

F. D'ARCANGELO, *La ragionevole durata del sequestro penale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3235 ss.;

R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut? Should there be a bar of triviality in European arrest warrant cases?*, in *Criminal Law Review*, 2009, n. 1, p. 31 ss.;

G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 ss.;

G. DE AMICIS, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3526 ss.;

G. DE AMICIS - P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto di ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469 ss.;

G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, n. 1, p. 105 ss.;

A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. 2, tomo I, a cura di A. SCALFATI, Utet, 2008, p. 5 ss.;

G.G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, p. 3257 ss.;

F. DE LEO, *Terrorismo: le "scappatoie" per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida dir.*, 2005, n. 37, p. 10 ss.;

F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, p. 19 ss.;

G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Cedam, 1953;

C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 9 marzo 2022;

F. DELVECCHIO, *La "circolazione trasversale" delle intercettazioni eseguite in un diverso procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 207 ss.;

G. DEL VECCHIO, *Sui principî del diritto - Prolusione al corso di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma, letta il 13 dicembre 1920*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2017, n. 8, p. 15 ss.;

M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. 1, Giuffrè, 2006;

M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. 2, Giuffrè, 2006;

A. DIDI, *Le novità in materia di intercettazioni telefoniche*, in *Penaledp*, 31 agosto 2020;

S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 107 ss.;

P. DI STEFANO, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2563 ss.;

F. DITARANTO - R. RUGGIERI - V. CUPELLI, *Nuove tecniche d'investigazione nell'era digitale: il "malware" di Stato*, in *Cyberspazio e diritto*, 2017, p. 113 ss.;

G. DI VETTA, *L'assimilazione tra corruzione e criminalità organizzata nel declino della categoria del white-collar crime*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, n. 3, p. 31 ss.;

E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di Stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.;

G.P. DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della «ragionevolezza»*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2111 ss.;

G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3221 ss.;

M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.;

R.A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, 2001;

L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938 ss.;

N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996;

T.E. EPIDENDIO, *Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2013;

T.E. EPIDENDIO, *La Grande Camera della Corte EDU sulla confisca senza condanna: 'oltre l'urbanistica la guerra tra le corti', l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2154 ss.;

F. ERTOLA, *"Mass surveillance" e diritto alla "privacy"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 653 ss.;

F. 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.*, 18 gennaio 2018;

F. FALATO, *(il)Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in *Arch. pen.*, 18 aprile 2019;

- C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, 2009, Cedam;
- C. FANUELE, *Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 121 ss.;
- C. FANUELE, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, Cedam - Wolters Kluwer, 2019;
- M.M. FEELEY, *The Process is the Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court*, RSF, 1979;
- P. FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 315 ss.;
- P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2^a ed., Giuffrè, 2012;
- P. FELICIONI, voce *Accertamenti sulla persona*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 9, Utet, 2016, p. 23 ss.;
- P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 724 ss.;
- P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale*, Giuffrè, 2018;
- D. FENNELLY, *Data retention: the life, death and afterlife of a directive*, in *ERA Forum*, 2019, p. 673 ss.;
- L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.;
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 11^a ed., Laterza, 2018;
- A. FERRARO, *Arresto e fermo. Le misure precautelari e la loro convalida*, Giuffrè, 1994;
- P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 401 ss.;
- G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Zanichelli, 2014;
- M. FICHERA, *The Implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Intersentia, 2011;
- M. FICHERA - E. HERLIN-KARNELL, *The Margin of Appreciation Test and Balancing in the Area of Freedom Security and Justice: A Proportionate Answer for a Europe of Rights?*, in *European Public Law*, 2013, n. 4, p. 759 ss.;
- L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997;
- L. FILIPPI, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3246 ss.;

- L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo. Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1204 ss.;
- L. FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 348 ss.;
- L. FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 453 ss.;
- L. FILIPPI, *Il legislatore deve urgentemente riformare la disciplina dell'acquisizione dei tabulati relativi al traffico e all'ubicazione*, in *Il Penalista*, 15 marzo 2021;
- L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *Diritto di difesa*, 20 marzo 2021;
- L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penaledp*, 1° ottobre 2021;
- L. FILIPPI, *Sequestro dispositivi elettronici: nota della Procura Generale di Trento*, in *Penaledp*, 22 novembre 2021;
- L. FILIPPI, *Tabulati telefonici e telematici e rispetto della vita privata*, in *Diritto di difesa*, 15 febbraio 2022;
- L. FILIPPI, *La corte di Lussemburgo ribadisce lo stop ai tabulati: una fine annunciata*, in *Penaledp*, 14 aprile 2022;
- P. FIMIANI, *Market Abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2017;
- L. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche applicative in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 543 ss.;
- S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014;
- G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, 2003;
- G. FITZMAURICE, *The General Principles Of International Law Considered from the Standpoint Of the Rule of Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92, 1957;
- F. FLEINER, *Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, 1912;

R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2009, p. 695 ss.;

R. FLOR, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, p. 359 ss.;

R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. data retention contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 2, p. 178 ss.;

F. FONTANELLI, *The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, n. 3, p. 630 ss.;

C. FONTANI, *Il sequestro probatorio di un documento informatico: bilanciamento tra esigenze investigative e baluardi difensivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 237 ss.;

O. FORLENZA, *Sull'eccezionalità della deroga alla flagranza l'ultima parola spetta ora al parlamento*, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, p. 22 ss.;

G. FORMICI, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministero Fiscal*, in *Oss. cost.*, 2018, n. 3, p. 453 ss.;

G. FORMICI, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE*, 2021, p. 1361 ss.;

G. FRIGO, *Tutti i rischi delle ricognizioni fotografiche*, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, p. 26 ss.;

G. FRIGO, *Straniero "cacciato" senza garanzie*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, p. 79 ss.;

C. GABRIELLI, *«Accertamenti medici» dai confini troppo incerti*, in *Guida dir.*, 2009, n. 30, p. 71 ss.;

C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, 2012;

C. GABRIELLI, *Il nuovo prelievo coattivo "stradale": tanto rumore per (quasi) nulla?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 821 ss.;

C. GABRIELLI, *L'archiviazione dei dati genetici a fini di giustizia penale: gli interessi in gioco, le prescrizioni europee, le soluzioni adottate dal legislatore italiano*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, p. 1385 ss.;

G. GAETA, *Consensi e dissensi sulla indipendenza del p.m. (a proposito del potere di acquisire i tabulati telefonici)*, in *Arch. pen.*, 7 ottobre 2021;

A. GAITO - S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 309 ss.;

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998;

B. GALGANI - C. LUCCHINI, *Commento all'art. 10 D.L. 2 luglio 2005, n. 144*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 510 ss.;

M. GALLI, *Soltanto parole? Discorsi d'odio e intervento penale*, in AA.VV., *Hate speech. L'odio nel discorso pubblico. Politica, media, società*, a cura di R. PETRILLI, Round Robin, 2019, p. 23 ss.;

E. GALLUCCI, *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3997 ss.;

A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 7, p. 221 ss.;

F. GALLUZZO, *Spunti di riflessione in tema di intercettazioni: motivazione, indicazione degli atti viziati, interesse ad impugnare*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3141 ss.;

P. GARRAFFA, *Recenti sviluppi sulla normativa contro la violenza negli stadi*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2010, n. 3, p. 13 ss.;

P. GARRAFFA, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi: qualche piccolo passo in avanti, ed un grosso passo indietro*, in *Dir. pen. cont.*, 5 maggio 2015;

S. GÁSPÁR SZILÁGYI, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2016, n. 2-3, p. 197 ss.;

C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, p. 69 ss.;

A. GAUDIERI, *Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza "Dorobantu" per il calcolo degli spazi. Una bussola per le scelte da compiere in periodo di emergenza sanitaria?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 2, p. 213 ss.;

G. GENNARI, *Privacy, genetica e zanzare indiscrete*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 502 ss.;

J. GERARDS, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2013, n. 2, p. 466 ss.;

J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, 2019;

J. GERARDS - H. SENDEN, *The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights*, in *Int. J. Const. Law*, 2009, n. 4, p. 619 ss.;

F. GEYER, *European Arrest Warrant: Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad: Court of Justice of the European Communities, Judgment of 3 May 2007, Case C-303/05*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, n. 1, p. 149 ss.;

A. GHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 72 ss.;

M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 602 ss.;

M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022;

M. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 558 ss.;

M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022;

M. GIALUZ - E. GRISONICH, *Crisi dell'Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2650 ss.;

L. GIORDANO, *L'intercettazione delle e-mail (già) ricevute o inviate e l'acquisizione di quelle parcheggiate nella cartella "bozze"*, in *Il Penalista*, 14 novembre 2016;

L. GIORDANO, *L'acquisizione dei tabulati telefonici e il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy*, in *Il Penalista*, 9 Settembre 2019;

L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 109 ss.;

G. GIOSTRA, *Intercettazioni tra indagini e privacy*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 31, p. 96 ss.;

G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1217 ss.;

G. GIOSTRA, *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte Costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4897 ss.;

G. GIOSTRA, *Intercettazioni, il punto di equilibrio è l’interesse pubblico*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 settembre 2017;

G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole 24 ore*, 20 dicembre 2017;

G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 521 ss.;

C. GRANDI, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/1805*, in *Leg. pen.*, 31 maggio 2021;

A. GRATANI, *Tutela ambientale e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, p. 793 ss.;

C. GRECO, *Quest’acquisizione non s’ha da fare: ennesimo ‘no’ della Corte di Giustizia alla data retention indiscriminata in campo penale*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 235 ss.;

S. GREER, *“Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, in *The Cambridge Law Journal*, 2004, n. 2, p. 412 ss.;

V. GREVI, voce *Libertà personale dell’imputato*, in *Enc. dir.*, vol. 24, Giuffrè, 1974, p. 315 ss.;

V. GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3344 ss.;

V. GREVI, *Tabulati telefonici e disciplina delle “immunità processuali” (art. 67 commi 2 e 3 Cost.) a tutela dei membri del Parlamento*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2966 ss.;

L. GRIMALDI, *Diritto alla deindicizzazione: dati sensibili, poteri e responsabilità*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 254 ss.;

X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, 2006;

P. GUALTIERI, *Il sequestro preventivo*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. 2, tomo I, a cura di A. SCALFATI, Utet, 2009, p. 365 ss.;

R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, p. 7 ss.;

R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Diritto e società*, nuova serie, n. 4, 1986, p. 601 ss.;

J. HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The Mit Press, 1996;

T.-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, n. 2, p. 158 ss.;

T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill - Nijhoff, 2015;

T. HARKIN, *The case law of the Court of Justice of the European Union on 'judicial authority' and issuing European arrest warrants*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, n. 4, p. 508 ss.;

D. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014;

C. HEARD - D. MANSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, n. 4, p. 353 ss.;

L. HENKIN, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in *Columbia Law Review*, 1978, n. 5, p. 1022 ss.;

E. HERLIN-KARNELL, *The domination of security and the promise of justice: on justification and proportionality in Europe's 'Area of Freedom, Security and Justice'*, in *Transnational Legal Theory*, 2017, n. 1, p. 79 ss.;

A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, 2005;

G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979;

G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. CONSO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 389 ss.;

G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, n. 2, p. 521 ss.;

G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 521 ss.;

G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1131 ss.;

G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2018, p. 533 ss.;

G. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3526 ss.;

G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*) in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2020;

- P. INSOLERA - S. ROMANO, *L'evoluzione del controllo di proporzionalità delle sanzioni penali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto di difesa - Riv. trim.*, 2020, p. 321 ss.;
- F. IOVENE, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3556 ss.;
- F. IOVENE, *Nuova decisione della Corte di Giustizia in materia di tabulati: quali conseguenze per l'ordinamento nazionale?*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 2363 ss.;
- C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, 2013;
- M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Sociologia del diritto*, 1983, n. 2, p. 7 ss.;
- M. KHOSLA, *Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply*, in *Int. J. Const. Law*, 2010, n. 2, p. 298 ss.;
- M. KLATT - M. MEISTER, *Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy*, in *Int. J. Const. Law*, 2012, n. 3, p. 687 ss.;
- M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012;
- L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Springer, 2015;
- L. KLIMEK - P. SZYMANIEC - A. WEDEŁ-DOMARADZKA, *Polish Citizens and European Arrest Warrant: Analysis of Case-law of the Court of Justice of the European Union*, in *Štát a parvo*, 2021, n. 1, p. 2 ss.;
- T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant*, in *Common Market Law Review*, 2019, n. 3, p. 743 ss.;
- R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1093 ss.;
- R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS - R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, p. 329 ss.;
- R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018;
- M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges: ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU, The Minister for Justice and Equality v LM*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, n. 4, p. 792 ss.;
- M. KUMM, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*, in *Int. J. Const. Law*, 2004, n. 3, p. 574 ss.;

M. KUMM, *Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, n. 2, p. 153 ss.;

M. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in AA.VV., *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, a cura di G. PAVLAKOS, Hart, 2007, p. 131 ss.;

M. KUMM, *Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 10 marzo 2009;

M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1060 ss.;

K. LA REGINA, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal genus alla species*, Cedam, 2011;

E.N. LA ROCCA, *Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne*, in *Arch. pen.*, 29 aprile 2021;

M. LAUDI, *Violenza negli stadi: le nuove misure di repressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 946-947;

C. LAVAGNA, *Interventi ablatori e principio di congruità*, in *Giur.it.*, 1965;

N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss.;

Y. LEE, *The Constitutional Right against Excessive Punishment*, in *Virginia Law Review*, 2005, n. 3, p. 677 ss.;

G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 931 ss.;

G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sist. pen.*, 31 maggio 2021;

R.B. LILLICH, *The Soering case*, in *The American Journal of International Law*, 1991, n. 1, p. 128 ss.;

L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test "Aranyosi" e "Caldararu" ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso "Dorobantu"*, in *Eurojus*, 2020, n. 1, p. 107 ss.;

T. LJUNGQUIST, *Mutual Recognition of Non-Custodial Pre-Trial Supervision Measures in the European Union*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, n. 1-2, p. 169 ss.;

E. LO MONTE, *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi: un 'calcio' ai teppisti e due ai principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1463 ss.;

M. LONGO, *L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 859 ss.;

E. LORENZETTO, *Il diritto a un ricorso effettivo nello stato di emissione dell'ordine europeo di indagine e le sue rifrazioni nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 838 ss.;

S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, in *Guida dir.*, 2010, n. 35, p. 60 ss.;

G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Giuffrè, 1968;

L. LUPARIA, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 1 ss.;

L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. internet*, 2019, p. 757 ss.;

T. LYNCH, *The Case Against Plea Bargaining*, in *Regulation*, 2003, n. 3, p. 24 ss.;

A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 19 ss.;

R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 135 ss.;

M.B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Arch. pen.*, 20 dicembre 2015;

V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.;

V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 332 ss.;

A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 45 ss.;

A. MALACARNE, *"Gravità" dell'ingerenza e "terzietà" dell'organo titolare del potere autorizzatorio: vecchi e nuovi principi in materia di data retention*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1164 ss.;

A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021*, n. 132, in *Sist. pen.*, 8 ottobre 2021;

L. MANCANO, *Mutual recognition in criminal matters, deprivation of liberty and the principle of proportionality*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, n. 6, p. 718 ss.;

L. MANCANO, *Judicial Cooperation, Detention Conditions and Equivalent Protection. Another Chapter in the EU-ECHR Relationship: Bivolaru and Moldovan v. France*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, n. 56, p. 207 ss.;

M.L. MANDELLI, *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d'arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4512 ss.;

V. MANES, *Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro Treccani dell'anno 2013*, Ist. Enciclopedia Italiana, 2013, p. 104 ss.;

V. MANES - M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020;

A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, p. 113 ss.;

A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 ss.;

A. MARANDOLA, *L'integrazione dell'art. 275, comma 2 bis c.p.p.*, in AA.VV., *Codice rosso. Commento alla L. 19 luglio 2019*, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, Pacini Giuridica, 2020, a cura di B. ROMANO - A. MARANDOLA;

V. MARCHESE - L. CAENAZZO - D. RODRIGUEZ, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009*, n. 85, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1863 ss.;

M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. a n. 1, p. 827 ss.;

S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 ss.;

A. MARI, *Impugnazioni cautelari reali e interesse a ricorrere in caso di restituzione di materiale informatico previa estrazione di copia dei dati (note a margine di sez. Un., 20 luglio 2017, n. 40963)*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4312 ss.;

A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo, tesi dottorale*, Bologna, 2013;

E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 8, Utet, 1994, p. 59 ss.;

E. MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 232 ss.;

E. MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Leg. pen.*, 2010, p. 499 ss.;

E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in AA.VV., *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di F. DANOVI, Giappichelli, 2015, p. 165 ss.;

F. MASSARI, *La necessità ai fini dell'accertamento come presupposto del sequestro del corpo del reato*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1921 ss.;

A.M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2019;

E. MAZZANTINI, *Diritto penale e banca dati del DNA: finalità dell'analisi genetica e problemi aperti*, in *Sist. pen.*, 7/2020, p. 113 ss.;

G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2602 ss.;

L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. MEZZETTI, Giappichelli, 2011;

M. MIEDICO, *Nuovi limiti per l'accesso all'affidamento in prova, fra scelte legislative e ragionevolezza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2242 ss.;

L. MILANI, *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4168 ss.;

G. MILIZIA, *La polizia può accedere ai dati personali dei titolari delle SIM attivate su cellulari rubati*, in *Dir. e giust.*, 2 ottobre 2018;

- C. MINNELLA, *La Consulta eleva a 4 anni il limite di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione (allineandolo all'affidamento allargato)*, in *Dir. e giust.*, 2018, n. 41, p. 8 ss.;
- E. MINNITI, *Il concetto di "autorità giudiziaria emittente" nell'ambito della disciplina del mandato d'arresto europeo. Nota alla sentenza della Corte di Giustizia europea del 27 maggio 2019, Causa C-509/18, Minister for Justice and Equality vs PF*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 1, p. 448 ss.;
- M. MINUTILLO TURTUR, *Associazioni con finalità di terrorismo: non è irragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere*, in *Il Penalista*, 4 settembre 2020;
- S. MIRANDOLA, *Borderless enforcement of freezing and confiscation orders in the EU: the first regulation on mutual recognition in criminal matters*, in *ERA Forum*, 2020, n. 3, p. 405 ss.;
- V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, n. 5, p. 1277 ss.;
- V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, n. 1, p. 319 ss.;
- V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 4, p. 457 ss.;
- V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Hart, 2016;
- F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 24, Treccani, 1991, p. 1 ss.;
- K. MÖLLER, *"Balancing as Reasoning" and the Problems of Legally Unaided Adjudication: A Rejoinder to Francisco Urbina*, in *Int. J. Const. Law*, 2014, n. 1, p. 222 ss.;
- K. MÖLLER, *Justifying the culture of justification*, in *Int. J. Const. Law*, 2019, n. 4, p. 1078 ss.;
- V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 967 ss.;

E. MONTERO PÉREZ DE TUDELA - C. ROCÍO GARCÍA RUIZ, *The underutilisation of the European Supervision Order: Framework Decision 2009/829/JHA as just a scrap of paper*, in *European Law Review*, 2021, n. 3, p. 306 ss.;

R.G. MONTERO, *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations*, in *eu crim*, 2017, n. 1, p. 45 ss.;

M. MÖSTL, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, n. 2, p. 405 ss.;

E. MUREINIK, *A Bridge to Where - Introducing the Interim Bill of Rights*, in *South African Journal on Human Rights*, 1994, n. 1, p. 31 ss.;

E.S. MURONE, *Brevi note sul rapporto tra trojan horse e libertà di autodeterminazione*, in *Penedp*, 12 febbraio 2021;

V. MUSACCHIO, *Brevi note sulla funzionalità delle intercettazioni nel nuovo codice di procedura penale*, in *Nuovo dir.*, 1995, n. 4, p. 249 ss.;

A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2150 ss.;

A. NAPPI, *Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Giustizia insieme*, 17 aprile 2020;

A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Quest. giust.*, 20 giugno 2019;

K. NATALI, *Sezioni unite e "legge Bonafede": nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1893 ss.;

D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004;

D. NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 2, p. 553 ss.;

D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 3 ss.;

A.M. NEIRA-PENA, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order: The Defeat of Liberty Versus Security*, in *European papers*, 2020, n. 3, p. 1493 ss.;

I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sist. pen.*, 5/2020, p. 183 ss.;

F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Cedam - Wolters Kluwer, 2020;

F. NICOLICCHIA, *La Cassazione alle prese con arresto sui generis. La liaison dangereuse tra tutela della libertà personale e giudizio di convalida nella decisione sul caso "Sea Watch"*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3748 ss.;

W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur Allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950;

M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, n. 1, p. 93 ss.;

W. NOCERINO, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3565 ss.;

W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 63 ss.;

S. NOVANI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata: le condizioni di una perquisizione domiciliare legittima*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3002 ss.;

L. NULLO, *Sequestro probatorio di materiale documentativo e principi di adeguatezza e proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 3, p. 663 ss.;

A.H. OCHNIO, *Why Is a Redefinition of the Autonomous Concept of an "Issuing Judicial Authority" in European Arrest Warrant Proceedings Needed?*, in *European papers*, 2020, n. 3, p. 1305 ss.;

V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1494 ss.;

F. ORESTANO, *Ancora dei «Principi generali di diritto»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, p. 271 ss.;

R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *AA.VV., Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. 2, Giuffrè, 2000, p. 545 ss.;

R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *AA.VV., Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Giuffrè, 2000, p. 132 ss.;

R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 5, p. 1 ss.;

- R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1133 ss.;
- R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 538 ss.;
- R. ORLANDI, *Tabulati telefonici e immunità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 678 ss.;
- T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant – With an Excursus on Poland*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 2, p. 167 ss.;
- A. PACE, *sub art. 15*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Articoli 13 - 20*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1977, p. 80 ss.;
- A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 742 ss.;
- F. PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 367 ss.;
- F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in AA.VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, tomo I, a cura di G. CONTE - S. LANDINI, Universitas Studiorum, 2017, p. 311 ss.;
- F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Giappichelli, 2018;
- C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Giappichelli, 2021;
- M. PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2007, n. 4, p. 455 ss.;
- M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell’istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1221 ss.;
- C. PARODI, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, Giappichelli, 2002;
- C. PARODI, *La riforma dimezzata: prime osservazioni sul decreto in tema di intercettazioni*, in *Il Penalista*, 8 gennaio 2020;
- C. PARODI, *Sottratto al P.M. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *Il Penalista*, 1° ottobre 2021;
- C. PARODI, *Convertito il decreto in tema tabulati: (quasi) tutto chiaro*, in *Il Penalista*, 19 novembre 2021;
- C. PARODI, *Localizzazione e tracciamento: una nuova disciplina?*, in *Il Penalista*, 1° dicembre 2021;

C. PARODI, *Il regime transitorio dei tabulati telefonici: le prime indicazioni della Cassazione*, in *Il Penalista*, 28 marzo 2022;

R. PARTOLESI, *Oblio e anonimato storiografico: 'usque tandem...'?*, in *Foro it.*, 2019, p. 3082 ss.;

A. PASTA, *La motivazione del decreto di sequestro probatorio del corpo del reato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3060 ss.;

A. PASTA, *Luci e ombre nella disciplina dei tabulati nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 4458 ss.;

P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, 2009;

P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, p. 25 ss.;

C. PEDULLÀ, *Il sindacato giurisprudenziale sulla (s)proporzione tra disapplicazione da parte del giudice comune ed incostituzionalità dichiarata dal giudice costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3226 ss.;

S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, n. 1, p. 5 ss.;

C. PELOSO, *La stabilizzazione dell'istituto della flagranza "differita" in occasione di manifestazioni sportive*, in *Antigone*, 2019, n. 1-2, p. 57 ss.;

P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Giuffrè, 2020;

D. PERUGIA, *Violenza negli stadi ed arresto in flagranza "differita": vecchie e nuove perplessità*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2044 ss.;

G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sist. pen.*, 2/2020, p. 109 ss.;

G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *Quot. giur.*, 4 ottobre 2021;

G. PESTELLI, *Convertito in legge il D.L. 132/2021: le modifiche apportate (e quelle mancate) in materia di tabulati*, in *Quot. giur.*, 18 novembre 2021;

S. PIERGIOVANNI, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca: le Sezioni unite impongono l'onere di motivare sul periculum in mora*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2021;

G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, p. 131 ss.;

G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, n. 11, 2011, p. 75 ss.;

N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 322 ss.;

M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, 2017;

M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *Sist. pen.*, 14 gennaio 2021;

F. PIZZETTI, *Le Autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di giustizia sul caso Google Spain: è tempo di fa cadere il 'Velo di Maya'*, in AA.VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH, RomaTre-Press, 2015, p. 255 ss.;

S. PLATON, *La présomption Bosphorus après l'arrêt Bivolaru et Moldovan de la Cour européenne des droits de l'homme: un bouclier de papier?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2022, n. 1, p. 91 ss.;

O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 569 ss.;

O. POLLICINO, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2949 ss.;

O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Corte di Giustizia e una trama oramai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017;

K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der Modernen Naturwissenschaft*, Springer-Verlag, 1935;

I. PORAT, *The dual model of balancing: model for the proper scope of balancing in constitutional law*, in *Cardozo Law Review*, 2006, n. 3, p. 1393 ss.;

I. PORAT, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, in AA.VV., *Reasonableness and Law*, a cura di G. BONGIOVANNI - G. SARTOR - C. VALENTINI, Springer, 2009, p. 243 ss.;

D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2746 ss.;

D. POTETTI, *L'art. 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 785 ss.;

- F. PRETE, *Gli accertamenti tecnici nei reati stradali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 161 ss.;
- D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, 2/2020, p. 71 ss.;
- D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020;
- A. PROCACCINO, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi informatici, perquisizioni e prove atipiche*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3112 ss.;
- C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^a ed., Bruylant, Collection Paradigme, 2017;
- F. PULEIO, *Dai delitti al terrorismo: realtà e suggestioni delle norme sul test coattivo del DNA*, in *Dir. e giust.*, 8 dicembre 2005;
- D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.;
- D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1498 ss.;
- D. PULITANÒ, *La misura della pena, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 48 ss.;
- A. PULVIRENTI - M. LO GIUDICE, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 1, p. 122 ss.;
- A. QUATTROCCHI, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte Edu*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1505 ss.;
- S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, 2004;
- S. QUATTROCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di «autorità giudiziaria» e «autorità emittente» nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea. Riflessioni a margine di due recenti pronunce*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1785 ss.;
- T. RAFARACI, *The Application of the Principle of Mutual Recognition to Decisions on Supervision Measures as an Alternative to Provisional Detention*, in AA.VV., *Liberty and Security in Europe*, a cura di S. RUGGERI, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co, 2013, p. 67 ss.;
- T. RAFARACI, *Verso una law of evidence dei dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 853 ss.;

G. RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. pen.*, 3 ottobre 2018;

N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020;

C. RENOLDI, *Le Sezioni Unite sul controllo del contenuto della corrispondenza di persona ristretta in un istituto penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 962 ss.;

S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3557 ss.;

F. RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in *Giustizia insieme*, 6 marzo 2021;

F. RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in *Giustizia insieme*, 2 ottobre 2021;

F. RESTA, *La Corte di giustizia europea torna ancora sulla data retention*, in *Giustizia insieme*, 23 settembre 2022;

S. RICCI, *Le ricadute penali della sentenza della Corte di Giustizia europea sul diritto all'oblio*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1247 ss.;

U. RICCI, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 743 ss.;

F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore*, in *Giur. pen.*, 11 maggio 2021;

F. RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *Giur. pen.*, 16 ottobre 2021;

P. RIVELLO, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1256 ss.;

P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla banca dati nazionale del DNA*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1521 ss.;

P. RIVELLO, *Le Sezioni unite e l'interrogativo concernente la natura "recettizia" o "formale" del rinvio all'art. 309 c.p.p. operato dall'art. 324, settimo comma, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3770 ss.;

P. RIVELLO, *L'interesse alla richiesta di riesame del provvedimento di sequestro probatorio di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 131 ss.;

L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, n. 1, p. 250 ss.;

G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Riv. pol.*, 1997, p. 280 ss.;

F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1188 ss.;

F. ROMOLI, *Le sentenze Radu e Melloni: pronunce "conservatrici"*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2;

A. ROSANÒ, *If You Are a Judicial Authority and You Know It, Raise Your Hands – Case Note on C-452/16 PPU, Poltorak, C-453/16 PPU, Özçelik, C-477/16 PPU, Kovalkovas*, in *European Criminal Law Review*, 2017, n. 1, p. 89 ss.;

A. ROSANÒ, *Du côté de chez Aranyosi, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 427 ss.;

A. ROSANÒ, *Once Aranyosi, Always Aranyosi? Considerazioni sulla riproponibilità del test Aranyosi e Căldăraru nell'ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d'arresto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, n. 1, p. 163 ss.;

C. ROSSI, *La proporzionalità del sequestro preventivo è un principio garantito dalla Costituzione...e dalla giurisprudenza della Cassazione e sovranazionale*, in *Dir. e giust.*, 2 novembre 2021;

N. ROSSI, *Ordine pubblico, apparati della sicurezza, sistema giudiziario*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 813 ss.;

S. ROVELLI, *Case Prokuratuur: Proportionality and the Independence of Authorities in Data Retention*, in *European papers*, 2021, n. 1, p. 199 ss.;

M. RUBECCHI, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e "privacy": nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi*, 2016, n. 23, p. 26 ss.;

F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 2001;

R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio in cerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3837 ss.;

F.-G. RUIZ YAMUZA, *A new horizon in shielding fundamental rights within cooperation based on mutual recognition. Flying in the coffin corner*, in *ERA Forum*, 2020, n. 3, p. 371 ss.;

M. RUOTOLO, *Prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2151 ss.;

A. RYAN, *The Interplay Between the European Supervision Order and the European Arrest Warrant: An Untapped Potential Waiting to Be Harvested*, in *European papers*, 2020, n. 3, p. 1531 ss.;

A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 5, Giuffrè, 2006, p. 4643 ss.;

A. SANGER, *Force of Circumstance: The European Arrest Warrant and Human Rights*, in *Democracy and Security*, 2010, n. 1, p. 17 ss.;

G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3570 ss.;

G. SANTALUCIA, *Processo, ordine pubblico, sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 761 ss.;

G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni. Note a margine del decreto legge n. 161 del 2019*, in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 47 ss.;

C. SARTORETTI, *Il diritto alla privacy tra sicurezza e principio di proporzionalità: il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPCE*, 2009, p. 583 ss.;

G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000;

G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, p. 409 ss.;

G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo. Vol. 2: L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, Giuffrè, 2006, p. 225 ss.;

L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Cedam - Wolters Kluwer, 2017;

S. SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 873 ss.;

A. SCALFATI, *Potenziamento della polizia giudiziaria tra ruoli investigativi ed intrusioni de libertate*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione. Commento al decreto legge 27 luglio 2005 n. 144 convertito con*

modificazioni nella legge 31 luglio 2005 n. 155, a cura di E. ROSI - S. SCOPELLITI, *Suppl. a Dir. e giust.*, 2006, n. 16, p. 93 ss.;

A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, 7 gennaio 2020;

A. SCARCELLA, *Viola la CEDU conservare in un database informazioni relative a soggetti i cui procedimenti penali non abbiano trovato sviluppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 757 ss.;

N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *Eur. J. Crime Crim. Law Crim. Justice*, 2014, n. 2, p. 135 ss.;

D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 174 ss.;

G. SCHENA, *Ancora sul sequestro di materiale informatico nei confronti di un giornalista*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 296 ss.;

G. SCHENA, *Quello che le Sezioni unite non dicono a proposito di "idoneità della motivazione" nel caso di sequestro probatorio del corpus delicti*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4098 ss.;

R. SCIAUDONE, *Indispensabile una riscrittura del Cdp per allinearsi agli orientamenti Ue*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, p. 31 ss.;

M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022;

I. SCORDAMAGLIA, *Il criterio di proporzionalità rispetto al fatto e alla pena ed il suo operare anche nella fase dinamica della misura cautelare*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1734 ss.;

V. SELLAROLI, *Il "Caso S. e Marper" e la Corte Europea: il DNA e il bilanciamento tra opposte esigenze in una società democratica*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 639 ss.;

E. SELVAGGI, *Sul sequestro operato dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 928 ss.;

E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2049 ss.;

E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine - EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44 ss.;

C. SEMMELMANN, *General Principles of EU Law. The Ghost in the Platonic Heaven in Need of Conceptual Clarification*, in *Pittsburgh Papers on the European Union*, 2013, n. 1, p. 1 ss.;

G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1511 ss.;

A. SERRANI, *Dalla Cassazione alla Corte costituzionale: il ridimensionamento dell'ambito applicativo del regime custodiale obbligatorio*, in *Giur. pen.*, 15 giugno 2013;

S. SIGNORATO, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 580 ss.;

S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 del codice privacy da parte del D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 11, p. 153 ss.;

S. SIGNORATO, *Intercettazioni di comunicazioni*, in AA.VV., *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. ORLANDI - S. SEMINARA, Giappichelli, 2019, p. 245 ss.;

G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018;

F. SIRACUSANO, *L'insufficienza dell'intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni "illegali" rende indispensabile il "ritorno" al legislatore*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4659 ss.;

F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 675 ss.;

F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987, p. 181 ss.;

C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 111 ss.;

C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 461 ss.;

G. SPANGHER, *La "neutralizzazione" della pericolosità sociale: prime riflessioni*, in *Giust. pen.*, 2011, p. 407 ss.;

G. SPANGHER, *La non convalida dell'arresto. Brevi note di Giorgio Spangher*, in *Giustizia insieme*, 13 marzo 2020;

G. SPANGHER, *I tabulati: un difficile equilibrio tra esigenze di accertamento e tutela di diritti fondamentali*, in *Giustizia insieme*, 3 maggio 2021;

G. SPANGHER, *Per un equilibrio tra diverse esigenze necessaria una modifica legislativa*, in *Guida dir.*, 2021, n. 11, pp. 35-36;

G. SPANGHER, *Data retention: non basta un restyling ora serve una vera riforma organica*, in *Guida dir.*, 2022, n. 17, p. 12 ss.;

V. SPIGARELLI, *Ecco perché la flagranza differita si deve ritenere incostituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 18, p. 13 ss.;

V. SPIGARELLI, *Flagranza finta: la brutta storia di una legge emergenziale*, in *Dir. e giust.*, 1° maggio 2003;

N. ŠUBIC, *Resisting a European Arrest Warrant: A social rights perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, n. 3, p. 299 ss.;

A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters. A study of the principle in four framework decisions and in the implementation legislation in the Nordic Member States*, Intersentia, 2011;

A. SYMEOU, *Extradited. The European Arrest Warrant and My Fight for Justice from a Greek Prison Cell*, Biteback, 2015;

G. TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Cedam - Wolters Kluwer, 2017;

M. TAKEUCHI, *A New Third-Party Doctrine: The Telephone Metadata Program and Carpenter v. United States*, in *Notre Dame Law Review*, 2019, n. 5, p. 2243 ss.;

G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.;

C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. 1, Giappichelli, 1995;

V. TARTARA, *La Corte di giustizia conferma il “divieto di conservazione generalizzata e indiscriminata” dei dati relativi al traffico delle comunicazioni elettroniche per finalità preventive di contrasto alla criminalità. Possibili ricadute nell’ordinamento italiano*, in *Sist. pen.*, 12/2022, p. 173 ss.;

S. TESORIERO, *Processo penale e prova multidisciplinare europea in materia di illeciti finanziari*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1526 ss.;

G. TIBERI, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: una iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla Data retention*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 434 ss.;

G. TIBERI, *Il caso “Big Brother Watch” quale cambio di paradigma nel bilanciamento tra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 931 ss.;

G. TODARO, *Restituzione di bene sequestrato, estrazione di copia, interesse ad impugnare: revirement delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 11, p. 157 ss.;

P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 883 ss.;

P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949 ss.;

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 20^a ed., Giuffrè, 2019;

S. TOP - P. DE HERT, *Castañó avoids a clash between the ECtHR and the CJEU, but erodes Soering. Thinking human rights transnationally*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, n. 1, p. 52 ss.;

M. TORRE, *Intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico. La S.C. sulla motivazione del decreto autorizzativo*, in *Il Penalista*, 19 novembre 2018;

M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 2, p. 33 ss.;

M. TORRE, *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 6, p. 1433 ss.;

M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Giuffrè, 2020;

F. TRAPPELLA, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1924 ss.;

T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, 2^a ed., Oxford EC Law Library, 2006;

N. TRIGGIANI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. 2, tomo I, a cura di A. SCALFATI, Utet, 2009, p. 385 ss.;

T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, 2020;

A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss.;

M. TROGLIA, *Mandato d'arresto europeo e diritto ad essere sentiti nella sentenza della CGUE Radu*, in *Quest. giust.*, 22 marzo 2013;

L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1850 ss.;

S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *Int. J. Const. Law*, 2009, n. 3, p. 468 ss.;

S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla*, in *Int. J. Const. Law*, 2010, n. 2, p. 307 ss.;

A. UBALDI, *Sequestro probatorio di documenti e server: vincolo illegittimo se non proporzionato ai bisogni probatori*, in *Dir. e giust.*, 25 ottobre 2019;

G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 6 ss.;

G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, vol. 1, 4^a ed., Giuffrè, 2017;

G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro sul test del Dna: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, n. 30, p. 67 ss.;

F.J. URBINA, *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge University Press, 2017;

E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. mer.*, 2010, n. 2, p. 446 ss.;

E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bononia University Press, 2013;

E. VALENTINI, *Il “doppio binario cautelare”: la tormentata disciplina degli automatismi stabiliti dall’art. 275 comma 3 C.P.P.*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2021, p. 1669 ss.;

W. VAN BALLEGOIJ, *European Arrest Warrant. European Implementation Assessment*, EPRS, 2020;

D. VAN ZYL SMIT - A. ASHWORTH, *Disproportionate Sentences as Human Rights Violations*, in *The Modern Law Review*, 2004, n. 4, p. 541 ss.;

F. VARONE, *Riesame delle misure cautelari reali e legge n. 47 del 2015: le Sezioni unite elaborano una soluzione farisaica?*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3151 ss.;

G. VARRASO, *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il “decreto fiscale” n. 124 del 2019*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2020;

G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell’era della tecnica*, in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Giuffrè, 1962, p. 675 ss.;

G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006;

A. VENEGONI - L. GIORDANO, *La corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016;

N. VENNEMANN, *The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications*, in *ZaöRV*, 2003, p. 103 ss.;

J. VERVAELE, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in *Review of European Administrative Law*, n. 2, p. 37 ss.;

I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. PEDRAZZI - B. NASCIMBENE, Giuffrè, 2004, p. 137 ss.;

D. VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 500 ss.;

F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013;

F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 7 luglio 2014;

F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016;

F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 61 ss.;

F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 370 ss.;

F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021;

F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022;

D. VIGONI, *Corte costituzionale e prelievo ematico coattivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1022 ss.;

G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato: contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, Giappichelli, 2013;

J. VOGEL - J. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 474 ss.;

G.H. VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, Berlin, 1799;

A. VON HIRSCH, *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, Manchester University Press, 1985;

A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1992, n. 1, p. 55 ss.;

A. VON HIRSCH - A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford University Press, 2005;

T. WAHL, *Statistics on Use of EAW in 2018*, in *eu crim*, 14 agosto 2020;

T. WAHL, *CJEU: "Executing Judicial Authority" Follows Same Criteria as "Issuing Judicial Authority"*, in *eu crim*, 8 febbraio 2021;

J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, n. 6, p. 1346 ss.;

C. WARKEN, *Classification of Electronic Data for Criminal Law Purposes*, in *eu crim*, 2018, n. 4, p. 226 ss.;

S.D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 15 dicembre 1890, n. 5, p. 193 ss.;

G.C.N. WEBBER, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009;

A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Bloomsbury, 2021;

E. XANTHOPOULOU, *The Quest for Proportionality for the European Arrest Warrant: Fundamental Rights Protection in a Mutual Recognition Environment*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, p. 32 ss.;

E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice. A Role for Proportionality?*, Hart, 2020;

F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Giuffrè, 2018;

M. ZALNIERIUTE, *The Future of Data Retention Regimes and National Security in the EU after the Quadrature Du Net and Privacy International Judgments*, in *Asil*, 5 novembre 2020, n. 28;

A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4472 ss.;

F. ZIMMERMANN - S. GLASER - A. MOTZ, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, n. 1, p. 56 ss.