

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ERA DEL CONTROLLO TECNOLOGICO E LE SUE IMPLICAZIONI PROCESSUALI RISPETTO AI NUOVI MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA

di Fabio Nicolichia

Abstract. *Il contributo analizza l'incidenza del canone di proporzione in rapporto alle nuove tecnologie di sorveglianza occulta sempre più di frequente impiegate nel contesto dell'indagine penale, prendendo dapprima in esame il contesto normativo e giurisprudenziale esistente a livello sovranazionale per poi soffermarsi sull'ordinamento italiano, esaminando infine talune criticità determinate da un ricorso al canone che non pare sempre assistito da adeguata consapevolezza.*

SOMMARIO: 1. La proporzionalità nell'era del controllo tecnologico. – 2. Le applicazioni del principio nella giurisprudenza sovranazionale. – 3. Rilevi comparatistici: la proporzionalità applicata al controllo nella giurisprudenza costituzionale francese e tedesca. – 4. La proporzionalità dei controlli all'interno dell'ordinamento italiano. – 5. Proporzionalità *vs.* legalità processuale: l'altra faccia del principio. – 6. Osservazioni conclusive.

1. La proporzionalità nell'era del controllo tecnologico.

Il crescente ricorso a nuove tecnologie di sorveglianza in funzione investigativa è fenomeno ormai ampiamente riconosciuto: mezzi sino a qualche tempo fa pressoché ignoti ai più – quali sofisticati apparati di videosorveglianza, G.P.S. e *software* di accesso da remoto a sistemi informatici, solo per menzionarne alcuni – sono oggi con sempre maggiore frequenza inclusi nello strumentario a disposizione dell'indagine penale¹.

¹ Si dà atto del fenomeno già in MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007; cfr. anche, tra gli altri, più di recente e per una prospettiva trascendente l'ottica strettamente processual-penalistica, ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà: trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Raffaello Cortina editore, 2015. Rileva altresì da ultimo, sebbene con specifico riferimento allo strumento del c.d. captatore informatico, lo studio commissionato dal Parlamento europeo «*Legal Framework for Hacking by Law Enforcement: Identification. Evaluation and Comparison of Practices*», consultabile on-line in [questa pagina web](#), ove pure vengono analizzate le implicazioni derivanti dal sempre più frequente utilizzo di strumenti tecnici di accesso occulto a sistemi informatici, comparando le rilevanti disposizioni di legge riferibili a sei diverse realtà ordinamentali.

Il loro irrompere sulla scena processuale è, da un lato, la naturale conseguenza dell'inarrestabile progresso tecnologico caratteristico dell'epoca che stiamo vivendo ma, dall'altro lato, molto si deve al vistoso spostamento dell'asse delle indagini penali dalla tradizionale sfera della repressione verso quella della prevenzione, secondo una tendenza riconducibile alle ben note esigenze di contrasto di gravi fenomeni criminosi al centro dell'allarme sociale nel mondo occidentale². Le necessità appena ricordate comportano, infatti, un sensibile rafforzamento dei poteri di controllo della collettività e, conseguentemente, un più intenso ricorso a modalità occulte di raccolta delle informazioni attraverso l'uso di nuovi ed invasivi strumenti di sorveglianza, che assumono così un ruolo cruciale nelle dinamiche dell'inchiesta³.

Si pone dunque l'esigenza di riflettere sulle strategie volte a contrastare il pericolo di una potenziale deriva ubiquitaria del controllo, pericolo che, appunto alla luce di quanto appena evidenziato, sembra oggi quanto mai concreto ed attuale. Chi si muova in questa direzione, non tarderà a cogliere alcune significative implicazioni legate al modo d'operare del fondamentale principio di proporzionalità in campo processuale.

Il canone in questione si è venuto connotando di una valenza trasversale, testimoniata dal diffuso riferimento ad esso riscontrabile presso ordinamenti giuridici assai distanti tra loro, tanto da spingere qualcuno ad individuare nello scrutinio di proporzionalità un «modello globale» applicabile dalle Corti (nazionali ed europee) al fine di valutare la legittimità delle ingerenze perpetrate dai poteri pubblici in rapporto alla limitazione delle prerogative dei singoli individui⁴.

Con più stretto riguardo alla materia scivolosa dei controlli occulti, e limitando l'analisi al contesto europeo, l'importanza del principio riceve del resto specifici ed espressi riconoscimenti.

² Il riferimento va ovviamente *in primis* alla minaccia terroristica. Con riguardo al contesto italiano si veda SIGNORATO, *Le misure di contrasto in rete al terrorismo: black list, inibizione dell'accesso ai siti, rimozione del contenuto illecito e interdizione dell'accesso al dominio internet*, in AA. VV., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di KOSTORIS, VIGANÒ, Giappichelli, 2015, p. 55 ss.; DANIELE, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 393 ss.; ANDOLINA, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni nel contrasto al terrorismo internazionale tra irrisolte criticità ed esigenze di riforma*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 569 ss.; APRUZZESE, *La recente normativa in tema di contrasto del terrorismo e del proselitismo tramite il web (legge 17 aprile 2015, n. 43 di conversione del d.l. 19 febbraio 2015 n. 7). Nuovi modelli di normative di prevenzione e nuovi schemi di indagini proattive*, in AA. VV., *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Giuffrè, 2016, p. 233-234; nonché, con specifico riferimento al problematico istituto dei «pattugliamenti di polizia nel web», NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 44 ss. La tendenza segnalata pare da ultimo trovare ulteriore manifestazione nella recentissima legge n. 161/2017 in materia di «modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione», che realizza – tra l'altro – un sensibile ampliamento della platea di soggetti destinatari delle misure in rilievo.

³ In questo senso ancora NEGRI, *La regressione*, cit., p. 44 ss.

⁴ HUSCROFT, MILLER, WEBBER, *Introduction*, in AA. VV., *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, a cura di HUSCROFT, MILLER, WEBBER, Cambridge University Press, 2014, p. 1. Sul punto cfr. anche HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Mucchi, 2015. Sulla genesi e sul contenuto del valore COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2011.

La Convenzione di Budapest, fonte internazionale di riferimento per le investigazioni tecnologicamente assistite, è esplicita nel designare il criterio di proporzionalità quale generale parametro interpretativo delle proprie disposizioni in funzione di salvaguardia dei diritti fondamentali. Più precisamente, il par. 146 del rapporto esplicativo della Convenzione in esame specifica che il ricorso ai poteri ed alle procedure disciplinati all'interno dell'atto dovrà sempre avvenire in maniera rispettosa del principio di proporzionalità⁵, operando peraltro un espresso rinvio all'*acquis* della Convenzione e.d.u. e della rilevante giurisprudenza di Strasburgo al fine di ricavare l'esatto contenuto dell'obbligo in questione.

Dal canto suo, l'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea afferma che le limitazioni dei diritti sanciti dalla Carta medesima – tra cui figurano, in virtù degli artt. 7 e 8, quelli concernenti la protezione della vita privata e dei dati personali – potranno essere considerate legittime solo se operate «nel rispetto del principio di proporzionalità». Anche il diritto derivato dell'Unione non manca di dare centralità al canone in discorso. Tra le fonti normative rammentabili spicca da ultimo la direttiva 2016/680/UE, che impone ancora una volta di procedere in maniera proporzionata alle attività di trattamento dei dati personali finalizzate a «prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali»⁶.

Il principio di proporzionalità applicato alle misure di controllo ha, infine, una sede fondamentale nel testo dell'art. 8 della Convenzione e.d.u. Tale norma subordina infatti la legittimità delle deroghe al divieto di interferenze da parte delle autorità nazionali nella vita privata dei singoli – oltre che al rispetto della riserva di legge ed alla sussistenza di uno scopo legittimo del controllo – alla verifica della loro «necessità in una società democratica», attribuito sulla base del quale i giudici di Strasburgo esercitano appunto lo scrutinio di proporzionalità⁷.

2. Le applicazioni del principio nella giurisprudenza sovranazionale.

Tanto con riferimento al sistema del Consiglio d'Europa che con riguardo all'ordinamento dell'Unione il principio di proporzionalità, lungi dal rimanere confinato al ruolo di mero enunciato normativo astratto, rappresenta assai spesso il più importante momento di verifica in cui si articola il complesso giudizio di legittimità delle

⁵ Nel testo originale, «shall incorporate the principle of proportionality». Cfr. «Explanatory Report to the Convention on Cybercrime», par. 146, consultabile on-line in [questa pagina web](#).

⁶ Così nello specifico il considerando n. 26 dell'atto. Più in generale al riguardo BASSINI, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 587 ss.

⁷ MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in AA. VV., *Proportionality and the Laws of Europe*, a cura di ELLIS, Oxford, 1999, p. 23 ss.; nonché, per un'analisi delle applicazioni del principio di proporzionalità nel sistema della Convenzione e.d.u. in rapporto alle «clausole di interferenza», CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2006, p. 53 ss. Sul punto cfr. anche GAITO, FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulant": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 319.

disposizioni nazionali che istituiscono misure limitative del diritto alla riservatezza dei singoli.

Si pensi alla nota pronuncia della Corte di Lussemburgo che, appunto in ragione della violazione di tale valore, ha censurato la normativa europea in materia di acquisizione e conservazione dei dati inerenti al traffico telefonico a scopi di indagine, accertamento e perseguimento di reati⁸.

Più nel dettaglio, in tale occasione i giudici europei riscontravano l'illegittimità delle previsioni contenute nella c.d. "direttiva Frattini" (2006/24/CE) innanzitutto a causa dell'assenza di adeguate prescrizioni atte a scongiurare un'archiviazione sostanzialmente generalizzata ed indiscriminata dei dati in questione. Veniva altresì criticata la mancanza di disposizioni dirette a stabilire un quadro minimo di garanzie per l'autorizzazione all'accesso ai dati da parte delle autorità, nonché volte ad individuare un limite temporale massimo per la conservazione delle informazioni raccolte. Tutto ciò si traduceva appunto in una sproporzione tra il sacrificio imposto alla riservatezza dei singoli e l'obiettivo della misura, determinando l'invalidità dell'atto normativo.

Ancor più di recente argomentazioni in parte analoghe a quelle già sviluppate nella sentenza appena citata sono state ribadite dalla Corte di Giustizia, che è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 15 par. 1 della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; i giudici europei hanno avuto modo di chiarire come tale previsione osti ad una normativa nazionale che non limiti l'accesso da parte delle autorità domestiche ai dati conservati dai gestori dei servizi di comunicazione per sole finalità di lotta contro la criminalità grave, non sottoponga detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente e non esiga la conservazione dei dati nel territorio dell'Unione⁹. Tale conclusione risultava ancora una volta imposta dal canone di proporzionalità, peraltro espressamente richiamato sia dallo stesso art. 15, sia dal considerando n. 11 della direttiva oggetto della questione pregiudiziale.

Come in parte già anticipato, è però la consolidata opera interpretativa della Corte di Strasburgo a rappresentare tuttora il più importante punto di riferimento riguardo alle applicazioni del principio di proporzionalità nella materia degli strumenti di controllo che comportano un'ingerenza delle autorità nella vita privata dei singoli. A parte l'ipotesi tutto sommato residuale di un'attività condotta al di fuori di ogni cornice

⁸ Il riferimento va a CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause C-293/12 e C-594/12, §45 ss., annotata da 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.*, n. 2, 2014, p. 178 ss., cui si rimanda per un'esposizione più analitica dei contenuti della pronuncia. Più in generale, circa «l'importanza centrale» del principio di proporzionalità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV., *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di MANGIAMELI, Giuffrè, 2006, p. 225.

⁹ CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause C-203/15 e C-698/15, annotata da POLLICINO e BASSINI, [La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico telefonico per finalità di sicurezza e ordine pubblico](#), in questa Rivista, 9 gennaio 2017; TIBERI, *Il caso "Tele2 Sverige/Watson": un'iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla "data retention"*, in *Quaderni cost.*, 2017, p. 434 ss.

legale¹⁰ ed il caso ancor più remoto dell'assenza di un fine legittimo ad astratta giustificazione della sorveglianza, qui agevolmente identificabile nella necessità di prevenzione o repressione dei reati, è proprio il giudizio di proporzionalità a rappresentare spesso il fulcro dello scrutinio di compatibilità degli strumenti di controllo con i principi convenzionali.

Ciò appare del resto confermato da un esame anche solo sommario di alcune tra le più recenti pronunce rese in materia dalla Corte e.d.u. Così, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto l'illegittimità dell'ingerenza statale consistente nell'esame del contenuto di un apparecchio informatico effettuato all'insaputa del proprietario ed in assenza di una preventiva autorizzazione giurisdizionale, riscontrando appunto in questo *modus procedendi* una lesione del principio di proporzionalità specie in ragione della considerevole intrusività della misura disposta¹¹.

La Corte ha poi ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione nell'attività di controllo delle movimentazioni bancarie di un conto corrente compiuta in assenza di adeguate garanzie procedurali, secondo modalità ritenute in concreto – ancora una volta – non rispettose del principio di proporzione¹². Tra gli altri profili esaminati veniva in particolare in rilievo la carenza di garanzie a favore del destinatario della misura una volta terminate le operazioni, non essendo previsto alcun onere di notifica della loro avvenuta conclusione. Il difetto era tale da privare d'effettività la salvaguardia – pur prevista – del vaglio giurisdizionale postumo sulla legittimità della misura, che risultava di difficile attivazione da parte di un soggetto il più delle volte ignaro di quanto compiuto a suo carico.

Appare ai nostri fini significativo che nella fattispecie in esame la Corte e.d.u. abbia ritenuto assorbente il profilo relativo alla sproporzione dell'attività di controllo, che assurge così ad oggetto quasi esclusivo delle censure¹³, sebbene avesse espresso condivisibili perplessità anche con riguardo al rispetto della riserva di legge prescritta dall'art. 8 della Convenzione alla luce del contegno serbato dalle autorità nazionali. Si affermava infatti incidentalmente che la disposizione invocata dalle autorità nazionali a sostegno della legittimità delle operazioni compiute – nella specie il §161 della *StPO* tedesca, genericamente riferito alla possibilità per il pubblico ministero di «richiedere informazioni e svolgere investigazioni di ogni tipo» in difetto di più specifiche

¹⁰ Pur a fronte della natura “qualificata” della riserva di legge imposta dall'art. 8 della Convenzione e.d.u., che non si arresta ad una dimensione meramente formale dell'obbligo, ma si spinge ad esigere il rispetto di determinati *standard* “qualitativi” della previsione legale, specie con riguardo alla prevedibilità dei suoi esiti applicativi. Sul punto si veda GAITO, FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in AA. VV., *I principi europei del processo penale*, a cura di GAITO, DIKE, 2016, p. 374, con ampi richiami giurisprudenziali; nonché BALSAMO, TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di BALSAMO, KOSTORIS, GIAPPICHELLI, 2008, p. 427.

¹¹ Corte e.d.u., III Sez., 30 maggio 2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, §42 ss.

¹² Corte e.d.u., V Sez., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*.

¹³ Cfr. ancora Corte e.d.u., V Sez., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*, nella specie §53.

disposizioni di legge¹⁴ – non sembrava costituire una base legale sufficientemente analitica per giustificare l'esecuzione di una misura così invasiva quale quella in oggetto. Ciò nondimeno, la Corte preferiva esaminare la questione esclusivamente nell'ottica della effettiva necessità della misura in una società democratica, traendosi così la conferma dell'estrema importanza assegnata al principio di proporzionalità da parte della giurisprudenza sovranazionale.

3. Rilievi comparatistici: la proporzionalità applicata al controllo nella giurisprudenza costituzionale francese e tedesca.

La particolare incidenza pratica dell'attributo della proporzionalità nel settore dei controlli occulti non rimane prerogativa esclusiva delle giurisdizioni sovranazionali. Essa trova infatti una precisa corrispondenza anche nelle elaborazioni dei giudici costituzionali di alcuni tra i più importanti ordinamenti europei.

Va innanzitutto menzionato il filone giurisprudenziale del *Conseil constitutionnel* francese avente ad oggetto lo scrutinio di legittimità della legislazione emergenziale varata a seguito degli attentati terroristici di Parigi del novembre 2015. Spicca, in particolare, la *question prioritaire de constitutionnalité* recentemente decisa con la sentenza n. 536 del 2016 dove, a causa dell'insoddisfacente applicazione del canone di proporzione, il giudice transalpino ha per la prima ed attualmente unica volta parzialmente aderito alle censure formulate dai ricorrenti¹⁵.

La Corte transalpina, dopo aver ribadito l'astratta legittimità della limitazione imposta alle prerogative dei singoli da parte delle norme scrutinate, in quanto giustificata dalla fondamentale necessità di contrasto alla minaccia terroristica, ha criticato la previsione che consentiva l'estrazione totale di copia dei dati registrati in apparecchi informatici rinvenuti durante le perquisizioni domiciliari effettuate in forza della legislazione speciale.

Si evidenziava, infatti, che la procedura descritta non contemplava alcun intervento preventivo del giudice al fine di autorizzare l'esecuzione della misura, malgrado la considerevole afflittività della stessa anche in quanto suscettibile di incidere sulla sfera giuridica di soggetti diversi dal sospettato. Si censurava poi la possibilità di copiare i dati a prescindere dall'esistenza di indizi sufficientemente circostanziati, nonché la mancanza di qualsiasi previsione diretta a regolare il futuro utilizzo delle informazioni raccolte. Tutto ciò conduceva dunque a dichiarare l'incostituzionalità della specifica previsione, appunto perché sproporzionata rispetto alle finalità di tutela della collettività perseguite.

¹⁴ Letteralmente: «*die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln*».

¹⁵ Sul punto si veda SCAGLIARINI, *La privacy al tempo dell'état d'urgence: il Conseil constitutionnel sentenzia correttamente*, in *Giur. cost.*, 18 aprile 2016 (rivista web).

È però il sistema tedesco quello che si dimostra, forse più di ogni altro, sensibile ai risvolti interpretativi derivanti dal canone di proporzione. Il dato non stupisce: la più compiuta elaborazione dogmatica riferita al valore si deve del resto agli sforzi della giurisprudenza e della dottrina germaniche, le prime a teorizzare la struttura “a tre scalini” dello scrutinio di proporzionalità, ossia *in primis* quale verifica della astratta idoneità della misura al raggiungimento di un determinato obiettivo prefissato, poi come vaglio circa il rispetto del criterio di stretta necessità ed infine sotto forma di c.d. giudizio di proporzionalità in senso stretto, avente ad oggetto la correttezza del bilanciamento operato in concreto tra gli opposti valori in gioco¹⁶.

Con riguardo alla materia qui considerata, una recente decisione del *Bundesverfassungsgericht* costituisce esempio emblematico di quanto appena evidenziato. I giudici costituzionali tedeschi sono stati infatti chiamati ad esprimersi sulla legittimità di alcune previsioni relative all'utilizzo di mezzi di controllo occulto nell'ambito di indagini di prevenzione antiterroristiche¹⁷.

Interessa qui rimarcare non tanto le numerose statuizioni della Corte in rapporto alle singole misure scrutinate, quanto l'approccio di fondo adottato. L'analitico giudizio di proporzionalità, condotto sulla disciplina legale di ogni singolo strumento, consentiva infatti di estendere la verifica di legittimità delle diverse attività a tutti i momenti del controllo, esaminando cioè il rispetto del canone di proporzione da parte delle disposizioni riferite ai presupposti per l'avvio della sorveglianza, delle regole dettate in materia di modalità esecutive nonché di quelle specificamente dedicate alla selezione e conservazione dei dati raccolti.

Di massimo rilievo appare poi il principio generale sancito dal *Bundesverfassungsgericht*, secondo cui la legge deve prevedere garanzie tanto più stringenti quanto maggiore risulterà il pregiudizio inferto alle aspettative di riservatezza del singolo determinato dal dispiegarsi di ciascuna specifica operazione¹⁸.

4. La proporzionalità dei controlli all'interno dell'ordinamento italiano.

Volgendo ora finalmente lo sguardo al nostro ordinamento, occorre innanzitutto riconoscere la pacifica rilevanza del principio di proporzione anche nell'ambito dei confini nazionali, quantomeno rispetto al settore oggetto della nostra indagine e pur in

¹⁶ Lo ricordano, tra gli altri, SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 4644-4645; ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157.

¹⁷ Si allude a *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, 20 aprile 2016, in [questa pagina web](#), commentata da VENEGONI, GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *questa Rivista*, 8 maggio 2016. Per un ulteriore riferimento cfr., tra gli altri, FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 128.

¹⁸ Per ulteriori dettagli sia consentito il rinvio a NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *Arch. pen.*, 2017, (rivista web).

assenza di un'esplicita menzione del medesimo da parte di apposite previsioni domestiche¹⁹.

La proporzionalità delle attività di controllo occulto incidenti in chiave negativa sul diritto alla vita privata risulta infatti comunque imposta anche a livello interno dalle citate fonti europee, ed in particolare dalle rilevanti disposizioni della Convenzione e.d.u. e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione²⁰. Non sembra dunque qui necessario interrogarsi preliminarmente circa l'effettiva possibilità di riconoscere al nostro principio una natura trasversale, tale cioè da permeare l'intero sistema processuale penale; almeno con specifico riguardo al tema in esame, la sua forza cogente appare già positivamente affermata senza necessità di vagliare la percorribilità di una sua applicazione quale generale valore implicito dell'ordinamento²¹.

Ciò assodato, nel panorama nazionale si riscontra al tempo stesso una sensibile differenza di approccio rispetto a quanto segnalato in relazione al contesto sovrastatale.

La conclusione emerge innanzitutto dalla disamina della rilevante giurisprudenza costituzionale, in cui i richiami espliciti al canone di proporzione appaiono assai meno frequenti. Anche i pochi riferimenti rintracciabili sembrano, del resto, poco approfonditi²², riducendosi spesso ad un semplice monito sulla necessità di contemperare le aspettative di riservatezza con le esigenze di repressione della criminalità.

La ragione di questo approccio riduttivo sembra individuabile a monte in una consapevolezza non ancora compiuta circa i caratteri strutturali del principio in esame, consapevolezza che sembra al contrario sorreggere la struttura logico-argomentativa tipica delle decisioni esaminate nei precedenti paragrafi.

¹⁹ Come noto, infatti, il canone in rilievo è testualmente richiamato dal codice di rito solo in relazione alla materia cautelare nel momento in cui l'art. 275 c.p.p. si premura di annoverare tra i criteri di scelta delle misure la loro proporzionalità rispetto al fatto ed all'entità della sanzione che potrà essere eventualmente irrogata all'esito del giudizio. Sul punto, per tutti, NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, p. 12 ss., anche con plurimi riferimenti bibliografici di area tedesca. Il principio sembra poi informare anche la previsione di cui al comma 5 dell'art. 224 bis c.p.p., in tema di accertamenti peritali coattivi incidenti sulla libertà personale, prescrivendo la necessità di prediligere le tecniche meno invasive a parità di risultato.

²⁰ Lo riconoscono, tra gli altri, FALATO, *L'uso (preventivo e repressivo) di dati personali come compressione di un diritto inviolabile*, in *Giust. pen.*, 2016, III, p. 551 ss.; nonché ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 919.

²¹ Per un'analisi in tal senso cfr. però CAIANIELLO, [Il principio di proporzionalità nel procedimento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 148 ss.

²² In senso sostanzialmente conforme, sebbene con più generale riferimento allo scrutinio di ragionevolezza ed operando una comparazione con la giurisprudenza delle Corti costituzionali tedesca e statunitense, SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 182. Nella medesima prospettiva anche BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005, p. 322. Si veda però MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 181, dove l'autore riscontra invece una sempre più frequente apertura del giudizio di legittimità costituzionale a «delicati bilanciamenti di interessi» secondo il modello del c.d. test di proporzionalità.

Il difetto di una condivisa costruzione dogmatica in seno alla nostra giurisprudenza costituzionale arriva talvolta addirittura a partorire esiti interpretativi di dubbia compatibilità rispetto all'essenza stessa del canone di proporzione. Ciò è quanto sembra accadere, ad esempio, in una recente decisione relativa all'ambito di operatività dell'art. 266 c.p.p., denunciato di incostituzionalità ove restrittivamente interpretato nel senso di non ammettere un potere di controllo occulto della corrispondenza dei detenuti al di là dalle specifiche previsioni dettate dall'art. 18-ter dell'ordinamento penitenziario²³.

Nella decisione in esame la Consulta smentiva l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva proposta dal giudice rimettente, rigettando al contempo la questione di legittimità costituzionale proposta. Veniva infatti precisato che il bilanciamento operato in concreto dal legislatore tra tutela della riservatezza nelle comunicazioni e repressione degli illeciti penali attraverso la formulazione dell'art. 266 c.p.p., non consentiva di riscontrare «limitazioni irragionevoli o sproporzionate dell'uno o dell'altro» interesse.

Ipotizzando un sindacato esteso anche alla proporzionalità dei vincoli imposti al secondo valore preso in considerazione la Corte finisce dunque inevitabilmente per ammettere l'astratta possibilità di censurare un assetto normativo ritenuto eccessivamente attento a preservare le prerogative di riservatezza a tutto discapito delle esigenze di accertamento, aprendo così paradossalmente la strada alla limitazione di un diritto fondamentale in forza del ricorso al principio. Una simile impostazione tradisce tuttavia la natura più intima del valore, tradizionalmente concepito come «limite armonizzante dell'esercizio del potere»²⁴ e non già come criterio interpretativo "neutro", indifferentemente suscettibile di fondare anche interpretazioni limitative della sfera di libertà dei singoli rispetto all'intervento dell'autorità.

Può darsi che la situazione denunciata dipenda almeno in parte anche dall'assenza di una considerazione espressa del canone di proporzionalità nelle nostre disposizioni costituzionali, che individuano piuttosto il fulcro della tutela nel rispetto della riserva di legge formale e di giurisdizione. Più in generale, contribuisce sicuramente la ricordata mancanza di una solida costruzione teorica riferita al principio, a sua volta verosimilmente da imputare ad un'incompiuta emancipazione concettuale della proporzionalità dai tradizionali macro-canoni interpretativi di uguaglianza e ragionevolezza²⁵.

Non diverso è poi il quadro ricavabile dalle pronunce della giurisprudenza ordinaria. Anche ove espressamente sollecitati, infatti, i giudici nazionali difficilmente dimostrano un'adequata sensibilità.

²³ Corte cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20. Per un commento alla pronuncia cfr., APRILE, *Per la Consulta resta illegittima l'acquisizione del contenuto della corrispondenza epistolare dei detenuti effettuata senza le formalità dell'art. 18-ter ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1877.

²⁴ Così, per tutti, SANDULLI, voce *Proporzionalità*, cit., p. 4643.

²⁵ In questo senso, da ultimo, A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Franco Angeli, 2012, p. 32 ss. Emblematica la ricostruzione offerta da SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., p. 220 ss.

Faticano innanzitutto ad attecchire a livello interno i principi espressamente affermati dalla giurisprudenza europea con riguardo alla necessaria proporzionalità delle attività di sorveglianza clandestina.

Ciò emerge con singolare nitidezza all'interno della giurisprudenza di merito e, più in particolare, da una recente pronuncia²⁶ che affermava il rispetto del canone di proporzione da parte del disposto dell'art. 132 del d.lgs. n. 196/2003, relativo all'acquisizione dei dati del traffico telefonico diversi dal contenuto delle comunicazioni²⁷.

La norma veniva fatta oggetto di censura anche in quanto ometteva la preventiva individuazione delle fattispecie di reato che avrebbero consentito l'accesso ai dati, prevedendo indistintamente la possibilità di disporre di tali informazioni «per finalità di accertamento e repressione dei reati», senza operare alcuna specificazione in ordine al coefficiente minimo di gravità della violazione necessario a giustificare l'attivazione della misura.

Tale formulazione sembra in effetti sostanziare una palese violazione del principio di proporzionalità e, più in particolare, delle disposizioni della direttiva 2002/58/CE, imponendo così la disapplicazione della previsione nazionale contrastante con il diritto dell'Unione. Come già ricordato, analogo esito interpretativo è stato del resto assai di recente raggiunto dagli stessi giudici di Lussemburgo che, in una fattispecie sostanzialmente analoga a quella qui in discussione, in quanto relativa ad una norma di diritto svedese del tutto affine all'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, avevano appunto ravvisato la sproporzione della legislazione interna a causa della mancata restrizione della facoltà di acquisizione dei c.d. tabulati alle sole indagini inerenti le ipotesi di reato di più consistente gravità²⁸.

Il giudice italiano fondava tuttavia la propria, diversa, *ratio decidendi* unicamente sul rilievo per cui, nel caso di specie, il titolo di reato ascritto all'imputato poteva dirsi sufficientemente grave da giustificare l'esecuzione della misura in discussione.

Differentemente rispetto a quanto osservato in precedenza con riguardo alle statuizioni della giurisprudenza costituzionale, non si giunge dunque ad ammettere l'eventualità di un'applicazione *in malam partem* del principio. Le argomentazioni del giudice interno sembrano però anche in questo caso fraintendere la genuina accezione del canone di proporzione, relegando il relativo scrutinio ad una mera valutazione concreta parametrata alla contingente realtà di fatto. In altri termini, il giudizio di proporzionalità non viene qui impiegato al fine di valutare l'adeguatezza e la necessità delle limitazioni imposte al diritto alla riservatezza, ovvero la correttezza del bilanciamento di valori operato a monte dal legislatore nel momento in cui introduce

²⁶ Trib. Padova, ord. 15 marzo 2017, in *questa Rivista*, 29 marzo 2017, con nota di FLOR, [Data retention ed art. 132 cod. privacy: vexata quaestio \(?\)](#); nonché annotata da RUGGIERI, *Data retention e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2483 ss.

²⁷ Per un'analisi della disposizione in rilievo, cfr. per tutti CAMON, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 594 ss.

²⁸ Cfr. *retro* §2, in particolare nota n. 9, CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause C-203/15 e C-698/15, cit.

dette restrizioni. Esso viene invece ricondotto alla più banale e pericolosa funzione di strumento ermeneutico utilizzabile dal giudice al fine di giustificare – con ampio margine di discrezionalità – le intrusioni volta per volta realizzate²⁹.

Neppure i massimi gradi di giurisdizione sembrano riservare al tema un'attenzione più meditata. Appare emblematica in tal senso la recente decisione della Cassazione in merito alla legittimità dell'impiego del c.d. *virus Trojan* per l'intercettazione di comunicazioni tra presenti³⁰.

Come noto, tale pronuncia giunge a ritenere ammissibile l'utilizzo del c.d. captatore informatico in forza della generale disciplina dettata dagli artt. 266 e ss. c.p.p., pur soltanto in relazione a delitti di criminalità organizzata. I giudici riscontrano dunque, innanzitutto, la piena osservanza della riserva di legge imposta dall'art. 15 Cost. nonché, a livello sovranazionale, dall'art. 8 CEDU e dagli artt. 7 e 52 CDFUE, attraverso il semplice rinvio alle generali previsioni codicistiche già esistenti³¹.

La pronuncia si sofferma poi sul disposto dell'art. 13 del d.l. n. 152/1991 che, appunto con riferimento ai procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, consente di prescindere dal requisito imposto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., il quale subordina in via ordinaria l'autorizzazione a disporre le intercettazioni in ambito domiciliare all'esistenza del fondato motivo di ritenere che proprio in tali luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa. Secondo i giudici di legittimità, pertanto, sebbene la mobilità del c.d. captatore informatico impedisca di predeterminare i luoghi in cui avverrà in concreto l'intercettazione "itinerante", lo speciale regime dettato dall'art. 13 del d.l. n. 152/1991 renderebbe superflua l'indicazione del contesto spaziale di esecuzione del controllo al momento della sua autorizzazione³², ammettendo così il ricorso al mezzo tecnico in discussione.

Non interessa qui soffermarsi sulla condivisibilità degli esiti interpretativi della sentenza; quanto si vuole piuttosto segnalare criticamente è l'insufficiente analisi

²⁹ Cfr. anche al riguardo RUGGIERI, *Data retention*, cit., p. 2488, secondo cui appare evidente «l'errore commesso dal Tribunale di Padova che, decidendo quale fattispecie integri l'ipotesi del "reato grave", tale da prevalere in un giudizio di proporzionalità rispetto alla riservatezza del cittadino sottoposto a processo, ha esercitato (ed usurpato) funzioni legislative». Sulla distinzione tra natura "astratta" e "concreta" del principio di proporzionalità si tornerà *infra*, §6.

³⁰ Cass. Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3546, con nota di NOCERINO, *Le sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*; nonché annotata da CAJANI, *L'odissea del captatore informatico*, *Cass. pen.*, 2016, p. 4139. Sul punto, tra gli altri, anche TESTAGUZZA, *Exitus acta probat. "Trojan" di Stato: la composizione di un conflitto*, in *Arch. pen.*, 2016 (rivista web); LASAGNI, [L'uso di captatori informatici \(trojans\) nelle intercettazioni "fra presenti"](#), *questa Rivista*, 7 ottobre 2016; GIORDANO, [Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo](#), in *questa Rivista*, 20 marzo 2017; BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 379.

³¹ Critico rispetto a tale approccio l'[appello formalizzato da alcuni docenti universitari di diritto processuale penale](#) e pubblicato in *questa Rivista*, 7 ottobre 2016. *Contra* però, per la effettiva riferibilità della generale disciplina codicistica anche alla specifica ipotesi in discussione, ORLANDI, *Osservazioni sul Documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. pen.*, 2016 (rivista web).

³² Come invece precedentemente richiesto in Cass., Sez. V, 26 maggio 2015, n. 27100, in *CED Cass. pen.*, rv265564.

dedicata alla verifica di conformità della soluzione ermeneutica individuata dalla Corte rispetto al principio di proporzione.

La decisione omette infatti del tutto di valorizzare la maggiore invasività del mezzo di controllo rispetto alle “tradizionali” modalità di intercettazione, maggiore invasività determinata *in primis* dalla caratteristica dello strumento, capace di “seguire” la persona sorvegliata nei suoi spostamenti prescindendo da limitazioni spaziali di sorta, consentendo altresì la simultanea intercettazione tanto di flussi comunicativi telematici che di colloqui tra presenti³³.

Un simile rilievo avrebbe dovuto indurre a ravvisare comunque la necessità di predisporre una regolamentazione *ad hoc* per il mezzo in questione, a prescindere dai profili legati al rispetto del requisito della riserva di legge formale.

Tale conclusione risulta suggerita proprio dall’operatività del principio di proporzionalità, che impone necessariamente l’adozione di una disciplina più analitica e restrittiva per l’impiego del captatore informatico rispetto a quella attualmente dettata dagli artt. 266 ss. c.p.p. Le norme del codice di rito risultano, infatti, già destinatarie di critiche in rapporto alle tipologie di intercettazioni “tradizionali”, critiche motivate proprio dall’inosservanza del canone di proporzione per quanto concerne – ad esempio – l’individuazione eccessivamente generica delle fattispecie sostanziali che consentono l’attivazione del mezzo di ricerca della prova³⁴, nonché con riferimento all’inadeguatezza della tutela accordata ai terzi casualmente coinvolti nell’attività captativa³⁵. Censure in parte analoghe non potranno allora che essere *a fortiori* riferite anche all’utilizzo del nuovo e più invasivo strumento³⁶.

Ciò nonostante, il legislatore non sembra dimostrarsi adeguatamente consapevole al riguardo, quantomeno nel momento in cui, nello schema del d.lgs. «recante disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni» attuativo della delega contenuta nella recente riforma del processo penale, propone di estendere la possibilità di impiegare il c.d. captatore informatico in contesti extradomiciliari a tutti i procedimenti per i reati di cui all’art. 266 c.p.p. senza distinguere a seconda della gravità dell’illecito³⁷, confermando dunque l’insufficiente considerazione per il principio di proporzionalità già anticipata dalle Sezioni Unite³⁸.

³³ Conformemente, illustrando le principali applicazioni concrete del mezzo, CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 91; nonché ancora CAPONE, *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1268; 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. 351.

³⁴ Cfr. MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4837.

³⁵ Sul punto ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1159-1160.

³⁶ Per più analitiche considerazioni al riguardo, e per l’individuazione delle più evidenti criticità circa il rispetto del canone di proporzione in relazione all’impiego del c.d. captatore informatico, sia consentito ancora il rinvio a NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto*, cit., p. 7 ss.

³⁷ Cfr. l’art. 4 dello schema del d.lgs. «recante disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni» attuativo della delega contenuta nella legge n. 103/2017.

³⁸ In ordine all’aspetto relativo alla tutela della riservatezza dei terzi occorre invece segnalare come il problema riceva considerazione all’interno del menzionato schema del d.lgs. relativo alla delega di cui alla

Nella motivazione del provvedimento in esame la Corte si libera infatti della questione in poche righe, limitandosi ad affermare la sussistenza di una «proporzione tra la forza intrusiva del mezzo usato e la calibrata e motivata compressione dei diritti fondamentali» già in forza della disciplina attualmente vigente, proporzione garantita da «prescrizioni tecniche e limiti di utilizzo [...] fissati dal giudice» nonché da non meglio precisati controlli operati durante la fase di esecuzione delle attività captative.

Ricorre allora anche in questo caso un'accezione eminentemente concreta della verifica di proporzionalità, non tanto diretta a valutare la conformità al canone della disciplina di legge, quanto piuttosto attenta a valorizzare gli accorgimenti suscettibili di orientare in senso positivo lo scrutinio proporzionalità alla luce della specifica situazione di fatto, prescindendo dal tenore delle rilevanti previsioni normative.

La Corte di cassazione sembra in sostanza condividere l'impostazione di fondo della giurisprudenza di merito più sopra ricordata, sebbene il suo incedere argomentativo si differenzi da essa per almeno due significativi aspetti. Da un lato, i giudici di legittimità si premurano infatti quantomeno di riconoscere la necessità di approntare apposite cautele dirette a garantire la proporzionalità delle attività di controllo, non accontentandosi di un apodittico rilievo attestante il rispetto del principio. Dall'altro lato, però, la conclusione della Suprema Corte non può non destare preoccupazione nel momento in cui consente di supplire alle evidenti lacune della disciplina legale proprio attraverso le vaghe indicazioni programmatiche appena ricordate.

5. Proporzionalità vs. legalità processuale: l'altra faccia del principio.

L'impianto argomentativo della pronuncia delle Sezioni Unite non dimostra soltanto una ridotta sensibilità rispetto all'importanza del principio di proporzione applicato agli strumenti di controllo occulto. Esso sembra addirittura adombrare un'accezione distorta del canone, potenzialmente capace di neutralizzarne *in toto* la portata garantista.

Nell'ottica della Cassazione infatti, il ricorso allo strumento di controllo, se assistito in concreto da non meglio precisate cautele, risulterebbe legittimo in forza di una discutibile interpretazione adeguatrice di norme datate, aspecifiche e dunque giocoforza lacunose, basata appunto sulla proporzionalità.

Secondo questa visione il canone assurge allora a rimedio postumo, che finisce per legittimare una concezione attenuata della legalità processuale difficilmente accettabile alla luce dei nostri paradigmi costituzionali³⁹.

c.d. "riforma Orlando". Ivi si prevede infatti l'introduzione di un comma 2-bis all'art. 268 c.p.p. che stabilisce un radicale divieto di trascrizione, anche solo sommaria, «delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti» (così l'art. 2, lett. c) n. 1)).

³⁹ Nella medesima prospettiva, UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 3 (rivista web).

Tale approccio ricorda da vicino alcune preoccupanti letture che pretendono addirittura di assegnare al valore in questione una inedita forza creativa, finanche direttamente derogatoria del contenuto delle prescrizioni di legge.

Una espressione piuttosto evidente della tendenza appena segnalata è ad esempio ravvisabile nell'esegesi relativa all'individuazione dei limiti di utilizzabilità interna delle prove acquisite attraverso lo strumento dell'ordine europeo di indagine penale disciplinato dalla direttiva 2014/41/UE⁴⁰, che rappresenta ad oggi il più evoluto strumento per l'acquisizione e la circolazione delle prove tra i diversi Stati membri all'interno dello spazio giudiziario europeo⁴¹.

Il riferimento appare qui particolarmente pertinente in quanto tale istituto, ad ulteriore conferma dell'importanza oggi giorno rivestita dall'utilizzo delle nuove tecnologie di sorveglianza occulta nell'ambito dell'indagine penale, non manca di individuare un'inedita categoria riferita agli «atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuato e per un periodo di tempo determinato»⁴², che risulta in larga parte sovrapponibile alle attività qui oggetto di considerazione.

Tornando dunque al tema dell'utilizzabilità dei contributi acquisiti attraverso l'OEI, la fonte sovranazionale è esplicita nel sancire la piena operatività dei divieti probatori stabiliti dalle norme nazionali⁴³; ciò nonostante – prima dell'intervento della normativa di recepimento nazionale⁴⁴ – non mancava chi suggeriva una lettura estremamente riduttiva della regola, al dichiarato fine di massimizzare l'efficacia dello strumento di raccolta transfrontaliera e di assicurare il raggiungimento degli obiettivi eurounitari perseguiti dall'istituto.

Si proponeva dunque di abbandonare la soluzione, pur «idealmente preferibile», che riconosce la perdurante rilevanza dei divieti probatori esistenti a livello interno, suggerendo l'introduzione di una regola di esclusione non più legata al rigido rispetto delle sgradite formalità della *lex fori*, ma unicamente basata su una valutazione discrezionale operata dall'autorità di emissione dell'ordine.

Le palesi criticità determinate da tale assetto, con riguardo al rispetto di legalità processuale, sarebbero state superate proprio attraverso il ricorso al canone di proporzione. Esso infatti, in forza di una sua pretesa attitudine a scongiurare esiti

⁴⁰ Solo di recente attuata all'interno del nostro ordinamento dal d.lgs. n. 108/2017.

⁴¹ In questo senso, tra gli altri, BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.

⁴² Così l'art. 28 della direttiva.

⁴³ Si veda la clausola d'apertura dell'art. 14, par. 7, della direttiva. In senso contrario però, DANIELE, [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 72.

⁴⁴ Che affronta oggi il problema all'art. 37 del d.lgs. n. 108/2017 confermando in sostanza l'operatività delle regole di utilizzabilità interne sebbene con il riconoscimento della possibilità di ricorrere al disposto dell'art. 512 *bis* c.p.p. per le dichiarazioni rese all'estero in esecuzione di un OEI emesso nelle fasi precedenti il giudizio.

interpretativi arbitrari, consentirebbe in definitiva di prescindere dalla pur necessaria osservanza delle previsioni nazionali⁴⁵.

Un simile percorso ermeneutico finisce tuttavia per conferire al principio di proporzionalità l'improprio ruolo di surrogato della legalità processuale, assegnando al valore una funzione integratrice se non addirittura eversiva del dato legale, che risulta assai difficilmente compatibile con il disposto dell'art. 111 Cost., il quale esige innanzitutto che il giusto processo sia «regolato dalla legge»⁴⁶.

Più in generale, un ricorso eccessivamente disinvolto al canone di proporzione finisce altresì per influire negativamente sulla prevedibilità degli esiti interpretativi derivanti dalla sua applicazione, contribuendo ad accrescere la persuasività delle argomentazioni di chi giunge addirittura ad individuare nel principio in esame il germe di un potenziale «assalto ai diritti umani»⁴⁷.

6. Osservazioni conclusive.

Come messo in luce dall'analisi svolta, esiste però anche un lato "virtuoso" del principio legato alla sua accezione più ortodossa, che lo riconduce al ruolo di semplice criterio di verifica "in negativo" della legittimità di scelte legislative incidenti in chiave limitativa sui diritti fondamentali dei singoli. Anche quest'ultima visione non si sottrae certo a talune perplessità per certi versi connaturate all'immanente essenza relativistica del principio, e dunque alla natura intrinsecamente discrezionale del giudizio di bilanciamento tra valori che costituisce in definitiva il vero nucleo del *test* di proporzionalità.

Inscrivere il relativo giudizio entro i rigidi limiti fissati dalla fattispecie legale, e riconoscere contestualmente l'esistenza di un nucleo essenziale di tutela dei diritti insuscettibile di bilanciamento alcuno, ancora secondo gli insegnamenti della dottrina

⁴⁵ Così ancora DANIELE, [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale](#), cit., p. 72 ss. Più in generale, auspicando un «difficile salto di paradigma» ed un passaggio «da una legalità prevalentemente 'normativa' a una legalità prevalentemente 'giudiziale' [...] attraverso un'opera di bilanciamento condotta alla luce del principio di proporzionalità», KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1665-1667.

⁴⁶ In senso sostanzialmente conforme NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 421 ss., e più nel dettaglio, 451. Secondo l'autore assume un ruolo rilevante appunto «il metodo fluido del bilanciamento a partire dai principi», che arriva a soppiantare «quello solido della logica formale applicata a fattispecie tipiche» (p. 447). In tema cfr. anche FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1265 ss., il quale collega il declino del principio di legalità al decadimento della tecnica legislativa.

⁴⁷ Così, insistendo appunto sulla natura relativistica del principio in questione che consentirebbe di invocare indifferentemente il valore a sostegno di soluzioni tra loro antitetiche, TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 468 ss.. Per una prospettiva in parte diversa si veda invece KHOSLA, *Proportionality: An Assault on Human Rights?: A reply*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2010, p. 298 ss.

tedesca⁴⁸, consente però di limitare di molto gli inconvenienti legati ad un'applicazione eccessivamente imprevedibile del principio. Appare in altri termini possibile e doveroso recuperare la dimensione "astratta" del valore, inteso quale fondamentale criterio guida per l'attività legislativa, nel momento in cui si accinge ad operare limitazioni dei diritti fondamentali dei singoli e, in un momento successivo, quale parametro di verifica della legittimità delle scelte così effettuate, rifuggendo da una pericolosa applicazione del principio su base "concreta" al fine di giustificare contingenti e mutevoli soluzioni interpretative del dato legale⁴⁹.

Le perplessità evocate non sembrano dunque sufficienti a distogliere dalla necessaria valorizzazione del canone, peraltro imposta dall'operatività di svariate fonti sovranazionali, ma al contempo anche suggerita dalla considerevole attitudine garantista dimostrata dal principio con specifico riguardo all'ambito dei controlli occulti finalizzati alla raccolta di elementi di prova nella sede del procedimento penale. Nel contempo, occorrerà evitare che il valore in questione finisca col rappresentare un pretesto per legittimare una concezione attenuata della legalità processuale, demandando così all'autorità procedente il compito di effettuare penetranti bilanciamenti discrezionali involgenti valori di centrale rilevanza.

Con più specifico riferimento al tema delle nuove modalità di sorveglianza, occorre infine segnalare come un'adequata considerazione della proporzionalità, lungi dal costituire un punto di arrivo, rappresenterebbe pur sempre un semplice punto di partenza.

Appare infatti imprescindibile che tale operazione si accompagni ad un adeguato sforzo ermeneutico, teso ad isolare le nuove situazioni giuridiche capaci di arginare l'impiego di sempre nuovi strumenti di controllo, in relazione ai quali le tradizionali prerogative costituzionali si dimostrano talvolta inadatte ad offrire adeguata protezione⁵⁰. Tali "nuovi diritti" integrano, in definitiva, il parametro da bilanciare con

⁴⁸ Cfr. al riguardo ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in AA. VV., *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di NEGRI, Aracne, 2007, p. 91.

⁴⁹ Traccia la distinzione tra dimensione astratta e concreta della proporzionalità NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 236 ss.

⁵⁰ Istruttivo quanto avvenuto in materia di pedinamento satellitare che, appunto in mancanza di frizioni dirette con le tradizionali prerogative costituzionali, viene semplicemente ricondotto al novero di «ordinaria attività di controllo e accertamento demandata alla polizia giudiziaria» esperibile senza necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. In questi termini, richiamando la pertinente giurisprudenza, BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di SCALFATI, Giappichelli, 2014, p. 348. Cfr. anche, in chiave critica rispetto l'attuale orientamento della giurisprudenza italiana, IOVENE, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3562. Rileva ancora la c.d. perquisizione da remoto di sistemi informatici su cui, tra gli altri, ancora IOVENE, [Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 329 ss., la quale non manca di evidenziare l'opportunità di riconoscere un "nuovo" diritto alla «riservatezza informatica» in assenza del quale risulterebbe alquanto problematico individuare un limite opponibile alle esigenze di accertamento che si intende perseguire attraverso l'impiego di tale strumento di controllo (p. 336 ss.). Circa l'inadeguatezza del valore costituzionale implicito della riservatezza ad introdurre limiti efficaci al compimento attività di indagine incidenti sulla sfera intima si veda poi

le esigenze di accertamento poste a giustificazione del ricorso ai nuovi mezzi di ricerca della prova tecnologicamente assistiti ed è dunque chiaro che, in assenza di una loro compiuta individuazione, lo scrutinio di proporzionalità finirebbe comunque per rappresentare un'arma spuntata.

CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in AA. VV., *Protezione dei dati personali*, cit., p. 3 ss. Più in generale infine, sui c.d. "nuovi diritti" enucleati a partire dai principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., intendendo così il catalogo delle libertà fondamentali presente in Costituzione come non tassativo, BARBERA, *Commento all'art.2*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di BRANCA, Zanichelli, 1975, p. 65 ss.; MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995.