

I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione

Relazione al convegno di studi organizzato da
Diritto penale contemporaneo, Magistratura Democratica
 e la Camera Penale di Milano il 9 e 10 novembre 2012
 presso l'Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano su
 “Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale”.
 Prima sessione: “I diritti fondamentali dell'individuo
 come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione”

1 Parlare di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nel processo penale significa, inevitabilmente, doversi interrogare sull'origine del processo, sulla ragione stessa della celebrazione di un rito istituzionalmente volto all'accertamento della responsabilità dell'imputato.

Per cercare di comprendere il carattere assiologico del processo, non bisogna cadere nell'errore, peraltro abbastanza frequente, di limitarsi alla contrapposizione fra diritto penale e processo. Il versante processuale e quello sostanziale sono due facce della stessa medaglia, concorrono in maniera paritetica alla realizzazione della giustizia penale. Se è indiscutibile che il diritto penale si attua esclusivamente mediante l'applicazione processuale (*nullum crimen nulla poena sine iudicio*), è altrettanto vero che il processo non può essere considerato solo per la funzione strumentale e servente alla realizzazione della potestà punitiva statale. Il processo non persegue esclusivamente l'obiettivo, tipicamente giurisdizionale, di attuare la legge penale nel caso concreto, ma riveste una ben più alta funzione politica di tutela di tutti i valori e gli interessi in gioco, a partire dai diritti fondamentali dell'imputato. In quest'ottica, il processo penale può essere descritto come la disciplina dei limiti imposti dalla legge (processuale) al potere statale nell'amministrazione della giustizia penale per garantire il rispetto di diritti pari o addirittura superiori al valore rappresentato dall'accertamento delle responsabilità e alla conseguente punizione dei colpevoli. Con ciò non si vuole negare che il processo venga celebrato allo scopo di ricostruire il fatto-reato e di accertare, tanto in positivo quanto in negativo, l'eventuale responsabilità penale dell'imputato; si vuole solo sottolineare come il processo abbia in sé una connotazione ulteriore rappresentata dalla finalità di assicurare la tutela di interessi e di diritti che potenzialmente entrano in conflitto con l'obiettivo della concreta repressione dei reati.

La finalità cognitiva e l'accertamento delle responsabilità devono dunque essere contemperate alla garanzia dei diritti fondamentali, in primo luogo, dell'imputato che direttamente e personalmente subisce la pretesa punitiva dello Stato. Nel nostro ordinamento il fine dell'attuazione del diritto penale può essere raggiunto solo attraverso un giusto processo regolato dalla legge (art. 111 comma 1 Cost.) che risulta tale quando è assiologicamente orientato alla garanzia di tutti i valori costituzionali coinvolti: come ci ha insegnato la Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009, «un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale», a prescindere dall'esito cognitivo al quale può pervenire.

L'art. 111 comma 1 Cost. stabilisce, testualmente, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Questa affermazione, di ampia portata, certamente riferibile anche alla giurisdizione penale, sancisce il principio di legalità processuale, simmetrico a quello imposto dall'art. 25 comma 2 Cost. in ambito penale sostanziale, da cui consegue la necessità che il processo sia compiutamente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative. Trattandosi di un principio di garanzia per l'accusato, ne discende che la disciplina codicistica, al pari delle fattispecie incriminatrici, non è suscettibile di interpretazioni analogiche in *malam partem*, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all'imputato.

Non va nemmeno dimenticato che la riserva di legge processuale non è solo stabilita dall'art. 111 comma 1 Cost., ma assume un preciso rilievo anche in seno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur non essendo rintracciabile una precisa disposizione al riguardo. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Corte eur., 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, infatti, il principio di legalità del diritto processuale penale e della procedura penale è un principio generale del diritto. Rappresenta il *pendant* della legalità del diritto penale ed è consacrato dall'adagio *nullum iudicium sine lege*. La Corte europea ricorda, altresì, che la regolamentazione della procedura penale ha come scopo la protezione della persona inquisita contro i rischi degli abusi del potere ed è dunque la difesa maggiormente esposta a subire un pregiudizio dalle lacune e dalle imprecisioni di tale regolamentazione.

A dispetto della rilevanza costituzionale ed europea, il principio di legalità processuale penale non trova però preciso riscontro nella prassi. Guardando alle concrete modalità applicative della disciplina codicistica, bisogna ammettere che oggi il processo penale è spesso regolato in modo del tutto autonomo da pratiche giurisprudenziali devianti. Occorre, dunque, richiamare l'attenzione su una realtà la cui consapevolezza va solitamente di pari passo con la ritrosia nell'ammetterla: il diritto processuale penale, inteso come *corpus* di disposizioni codificate, sta progressivamente abdicando in favore di una procedura penale di matrice giurisprudenziale. Il fenomeno non sarebbe allarmante se rimanesse confinato nei limiti tradizionali, e in certa misura fisiologici, dell'interpretazione tesa a chiarire il dato legislativo oscuro o, al massimo, a colmarne le apparenti lacune. Al contrario, l'intervento giurisprudenziale assume sempre più di frequente ben altra connotazione, rompendo gli argini dell'ermeneutica per puntare alla sostituzione di una lineare disciplina codicistica, magari non ineccepibile sotto il profilo della tecnica legislativa, con una diversa ricostruzione che si presenta, al tempo stesso, eversiva della *littera legis* e capace di snaturare gli istituti implicati.

Non bisogna, dunque, fare troppo affidamento sul grado di effettività del «nuovo» principio costituzionale di legalità processuale, soprattutto quando alla formazione di un diritto giurisprudenziale *contra* o *praeter legem* concorre, spesso in misura determinante, lo stesso Giudice delle leggi che dovrebbe, al contrario, essere garante sia dell'osservanza dell'art. 111 comma 1 Cost. sia, attraverso l'art. 117 comma 1 Cost., del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

La procedura penale vive in un sistema sempre più marcatamente di diritto giurisprudenziale, per molti versi analogo a quelli di *common law*, con l'aggravante della mancanza di un principio che vincoli i giudici al rispetto dei precedenti giurisprudenziali (*stare decisis*). All'incertezza di un diritto codificato integrato e spesso surrogato da interpretazioni devianti si aggiunge così l'ulteriore incognita della mancanza di stabilità delle affermazioni giurisprudenziali, suscettibili di essere modificate o comunque non osservate da giudici diversi oppure, come spesso accade all'interno della Cassazione fra le diverse sezioni, addirittura dallo stesso giudice.

L'amaro scetticismo circa lo scarso grado di effettività che attualmente accompagna il principio di legalità processuale non può condurre alla rassegnata constatazione di un processo regolato (anche) dalla giurisprudenza. Il primato della legge in funzione di tutela dei diritti deve essere ribadito e rafforzato dalla considerazione che le garanzie

processuali non sono assicurate solo dalla riserva di legge, ma trovano diretto fondamento in livelli normativi superiori, dalla Costituzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, senza dimenticare il Patto internazionale sui diritti civili e politici nonché il nuovo Trattato di Lisbona dell'Unione Europea.

2

La mancanza di una inderogabile cornice di garanzia fornita dalla legge ordinaria si riflette inevitabilmente sul grado di tutela assicurato ai diritti degli individui coinvolti nel processo penale, *in primis* l'imputato. La legge, la forma codificata del procedere è da sempre una garanzia individuale. In particolare, questa funzione garantistica è evidente nel diritto delle prove.

Occorre però ammettere che sul tema della legalità processuale si registra un notevole ritardo delle elaborazioni tanto dottrinali - e ciò è francamente incomprensibile, ponendo mente alla rilevanza sistematica del principio - quanto giurisprudenziali - e ciò, invece, è più agevolmente spiegabile con la diffusa avversione della magistratura al rispetto delle regole processuali vissute come "intralcio" all'accertamento della verità -.

Basti pensare che il principio di legalità processuale - peraltro non solo penale - vige dal 1999 e in 13 anni si registra un unico caso in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a scrutinare il rispetto dell'art. 111 comma 1 Cost. Si tratta di un'ordinanza di rimessione di un giudice civile, riguardante un procedimento di volontaria giurisdizione: secondo il rimettente, in base al «giusto processo regolato dalla legge, le parti dovrebbero essere titolari di precise facoltà e poteri processuali e lo svolgimento del procedimento dovrebbe essere sempre controllabile sulla base di precise indicazioni normative e non rimesso alla discrezionalità del giudice, cui le parti non dovrebbero soggiacere». Con la sentenza n. 1 del 2002, il Giudice delle leggi ha però dichiarato inammissibile la questione per insufficienza di motivazione.

La mancanza di adeguati approfondimenti non è tuttavia d'ostacolo alla piena operatività precettiva del principio. Se nel disegno riformatore del 1989 la legalità era solo un tratto saliente della disciplina codicistica e, in particolare, del diritto delle prove, oggi il principio investe la materia probatoria con ben altra forza vincolante, imponendosi come criterio indeclinabile per il legislatore, chiamato a dettare una disciplina processuale compiutamente garantista (il giusto processo), per i giudici, anche costituzionali, e per gli interpreti in generale.

Portando il discorso alle estreme conseguenze, le prassi devianti che conducono a una limitazione delle prerogative della difesa non dovrebbero più trovare diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento processuale complessivamente inteso e sarebbero seriamente eccipibili sotto il profilo del rispetto della garanzia costituzionale del giusto processo regolato dalla legge.

Data la simmetria con il principio di legalità penale sostanziale, la prospettiva più suggestiva è quella di verificare la sostenibilità ermeneutica di un parallelo fra i due principi di legalità, impiegando le categorie concettuali fornite dalla dottrina penalistica.

L'art. 111 comma 1 Cost. può operare su due piani distinti: quello delle fonti, da un lato, e quello delle tecniche legislative di formulazione delle disposizioni o della loro interpretazione, dall'altro.

A questi due distinti livelli di operatività corrispondono altrettanti corollari del principio: riserva assoluta di legge, per un verso, e tassatività o determinatezza delle disposizioni nonché delle norme da esse ricavate, per l'altro.

A differenza dell'art. 25 comma 2 Cost., laddove l'aspetto intertemporale è evidente, il principio di legalità processuale, desumibile dalla formulazione dell'art. 111 comma 1 Cost., non sembra imporre direttamente l'irretroattività della norma processuale. Il giusto processo rimarrebbe infatti regolato dalla legge anche se la disposizione processuale sopravvenuta retroagisse per disciplinare diversamente segmenti processuali già

celebratisi. Inutile ricordare che l'irretroattività della norma processuale penale si ricava da altri principi, di rango sottordinato, come il *tempus regit actum*, ma anche di livello costituzionale, come, ad esempio, la precostituzione del giudice o l'affidamento qualificato su discipline che diano diretta attuazione a valori costituzionalmente rilevati.

Tornando ai due corollari – riserva assoluta di legge e tassatività – occorre chiarire che l'esigenza di certezza, a differenza di quanto spesso viene affermato, è alla base solo della tassatività-determinatezza, ma non rappresenta il fondamento della riserva assoluta di legge. La riserva di legge assume, infatti, il significato di massima garanzia per la libertà personale del cittadino. Il procedimento legislativo dovrebbe essere quello che maggiormente tutela la sicurezza del singolo dinanzi al potere punitivo statale. La disciplina processuale sarebbe così espressione non di decisioni assunte da una ristretta oligarchia, bensì dall'intero popolo o dalla sua maggioranza, direttamente rappresentati in Parlamento. Il senso della riserva di legge è dunque quello di assegnare al Parlamento le scelte di politica legislativa processuale, permettendo così anche alle minoranze o alle opposizioni di intervenire nel procedimento di formazione della legge. La riserva di legge è, tuttavia, una garanzia in crisi nell'attuale sistema parlamentare, ma la materia, pur di estremo interesse, esula dal tema specifico del presente intervento e non sembra possibile soffermarsi oltre su questo aspetto.

La tassatività-determinatezza persegue, invece, la finalità di garantire la certezza della legge processuale penale e, quindi, anche la sicurezza del cittadino dinanzi allo Stato che procede nei suoi confronti. La tassatività dovrebbe rappresentare l'argine opposto agli arbitri del potere giudiziario, così come la riserva di legge dovrebbe prevenire gli arbitri del potere esecutivo.

È opportuno ricordare che la generale finalità di garanzia del principio di legalità processuale e dei suoi corollari non è un valore recessivo di fronte ad altre esigenze di salvaguardia, come quelle di difesa sociale o dell'ordine pubblico.

Premesso che l'indeterminatezza delle fattispecie non può essere considerata di per sé più funzionale al soddisfacimento di esigenze di difesa sociale, obiettivo raggiungibile anche mediante una legislazione dotata dei crismi della tassatività, è innegabile che disposizioni indeterminate siano più facilmente esposte agli arbitri del potere giudiziario, magari strumentali proprio al conseguimento del risultato in termini di difesa sociale. La fumosità di concetti come la difesa sociale, la giustizia sostanziale, la verità materiale trova fertile terreno di coltura in un impianto normativo giudiziariamente manipolabile.

Se nessuno può dubitare che il principio di legalità processuale sia orientato in prospettiva esclusivamente garantista, senza perciò entrare in bilanciamento con opposte esigenze per di più estranee alla stessa natura dell'accertamento processuale, maggiori dubbi potrebbero sorgere, alla luce della laconica previsione dell'art. 111 comma 1 Cost., quando sia da valutare se tale prospettiva vada ristretta solo a favore dell'imputato.

In particolare, credo sia utile porsi l'interrogativo se tale principio debba parimenti tutelare la vittima del reato dagli abusi del potere esecutivo e giudiziario. Il ragionamento è semplice: se si ritiene la persona offesa dal reato titolare del diritto ad un giusto processo penale regolato dalla legge, non vi sarebbe ragione per escludere tale soggetto dalla portata della garanzia.

I problemi interpretativi nascono se solo si considera che la vittima è portatrice di interessi contrapposti e confliggenti rispetto a quelli tipici dell'imputato. Questa inconciliabilità di posizioni processuali impedisce di utilizzare la medesima garanzia in favore di entrambi i soggetti. Si pensi, ad esempio, al tema della analogia. Se si ritiene la legalità processuale un principio di garanzia per l'accusato, ne discende anche che la disciplina codicistica, al pari delle fattispecie incriminatrici, non è suscettibile di interpretazioni analogiche in *malam partem*, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all'imputato. Dal punto di vista della vittima, tuttavia, l'analogia in *malam partem* potrebbe invece essere auspicabile per una miglior tutela dei suoi interessi. Allo

stesso modo, ammettere l'analogia in *bonam partem* per l'imputato potrebbe significare una perdita secca per la persona offesa.

3

Torniamo al corollario della tassatività-determinatezza, che è poi quello più rilevante nella nostra prospettiva.

Il problema può essere affrontato sotto due profili: una disciplina formale non sufficientemente determinata e una disciplina giurisprudenziale creativa delle regole probatorie o, peggio ancora, eversiva di quelle esistenti. Questi due profili finiscono non casualmente per intrecciarsi attorno al minimo comun denominatore delle prove atipiche.

Non è un caso, infatti, se da sempre l'atipicità della prova rappresenta un concetto eversivo della legalità processuale al pari della libertà della prova, del libero convincimento del giudice, inteso erroneamente come possibilità di valutare qualsivoglia elemento conoscitivo a prescindere dal relativo metodo di formazione, o del perseguimento della ricerca della verità, fine superiore che giustifica qualunque mezzo.

Il problema, spiace dirlo, nasce a causa della scelta infelice del legislatore del 1989 di ammettere le prove atipiche, decisione allora non costituzionalmente vietata, stante la mancanza di un principio di stretta legalità processuale, oggi forse non più così, ma quest'ultimo aspetto verrà trattato al termine del presente intervento.

Le due possibili configurazioni estreme erano costituite dal criterio di tassatività dei mezzi di prova e da quello di libertà delle prove: il legislatore ha optato per una disciplina intermedia, ispirata all'esigenza di non dettare alcuna aprioristica preclusione alle prove non disciplinate dalla legge. Leggendo i lavori preparatori, si rileva come la preoccupazione fosse quella di non ostacolare imprevedibili sviluppi tecnologici sul terreno degli strumenti conoscitivi, pur nella piena consapevolezza della portata garantistica del principio di tassatività, non a caso accolto nel Progetto preliminare del 1978 proprio nell'intento di rafforzare le garanzie difensive dell'imputato. Si è così consegnato al giudice il potere di vagliare l'ammissibilità della prova innominata.

Alla luce della giurisprudenza formatasi sul punto, possiamo dire che la scelta è stata quantomeno inopportuna. Il rigoroso rispetto della tassatività avrebbe troncato sul nascere ogni successiva discussione. Tuttavia, anche il disposto dell'art. 189 c.p.p., pur frutto di un compromesso, avrebbe potuto contrastare la deriva giurisprudenziale della prova innominata se solo fosse stato oggetto di una corretta interpretazione. Basti pensare che il primo criterio di ammissibilità di qualsiasi prova, compresa quella atipica, era allora, ed è a maggior ragione oggi, dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 comma 1 Cost., quello di escludere esperimenti conoscitivi vietati dalla legge, non solo nel senso di prove contrarie ad espressi divieti normativi, come, ad esempio, le tecniche idonee ad influire sulla capacità di autodeterminazione dell'imputato, ma anche di prove difformi rispetto al modello di una fattispecie tipica, quindi *irrituali*.

Il confine fra *prova atipica* e *prova irrituale* è molto sottile, anche perché tutti gli esperimenti conoscitivi sono sempre rapportabili a un modello probatorio tipico. È un errore di prospettiva quello, commesso dal legislatore, di ritenere che le nuove tecnologie o l'evoluzione del sapere scientifico possano far nascere moderni strumenti probatori non inquadrabili negli schemi classici della perizia, della consulenza tecnica o del documento. Non esiste, ad esempio, una prova scientifica non suscumbibile nei collaudati schemi normativi della prova tecnica.

Il risultato è che la prova atipica è stata invocata per destrutturare i modelli tipici previsti dal codice: esempio paradigmatico di tale fenomeno sono le individuazioni dibattimentali o ricognizioni informali. Queste ultime non sono prove atipiche, bensì prove irrituali (beninteso, legittimate dalla giurisprudenza, ma pur sempre illegittime sotto il profilo normativo) che contrabbandano per profili di atipicità aggiramenti ed elusioni delle regole probatorie legali intrise di valori garantistici.

Volendo comunque ritenere, in ipotesi, che vi sia una prova non riconducibile ad

alcuna delle figure probatorie legislativamente predeterminate, quindi realmente innominata, l'art. 189 c.p.p. attribuisce al giudice il potere di decidere se ammettere tale prova, rispettando due precise condizioni: l'utilità gnoseologica, sotto forma di idoneità ad assicurare la ricostruzione giudiziale dei fatti, e il rispetto della libertà morale della persona. Superato questo vaglio preliminare di ammissibilità, sarà ancora compito del giudice stabilire le modalità di assunzione della prova atipica, previo contraddittorio fra le parti.

L'art. 189 c.p.p. parla, non a caso, di modalità assuntive che devono essere determinate dal giudice, il che lascia chiaramente intendere come la finestra delle prove atipiche si affacci solo sul cortile del dibattimento per accogliere i mezzi di prova costituendo innominati. Solo con riferimento a questi ultimi ha un senso giuridicamente compiuto parlare di modalità assuntive da definirsi nel preventivo contraddittorio fra le parti, mentre sarebbe impensabile estendere questa previsione ai mezzi di ricerca della prova, connotati dal fattore sorpresa e, per loro natura, refrattari al contraddittorio tanto genetico quanto, a maggior ragione, preventivo. Ciò nondimeno, la giurisprudenza, e anche parte della dottrina, ritengono possibile configurare mezzi di ricerca della prova atipici, come le videoriprese in luoghi diversi dal domicilio, interpretando l'art. 189 c.p.p. nel senso che il contraddittorio, anziché preventivo sulle modalità assuntive, si svolgerà postumo sulla utilizzabilità degli elementi già acquisiti. Siamo davvero al paradosso, la stessa previsione delle prove atipiche, l'art. 189 c.p.p., viene ritenuta atipica, non tassativa, oggetto di interpretazione giurisprudenziale creativa.

Non vi è solo la questione dei confini troppo spesso mobili fra atipicità e irritualità della prova. Sullo sfondo il problema irrisolto è quello di stabilire quando il silenzio del legislatore sottintenda una precisa e consapevole esclusione della prova non disciplinata e quando invece vada interpretato come apertura a nuovi mezzi di prova non prevedibili e predeterminabili.

Per scendere su un terreno concreto, la mancanza di una disciplina delle videoriprese in luoghi non pubblici, dunque costituzionalmente protetti, è frutto di una scelta volta ad escludere ogni forma di intrusione a fini probatori o è semplicemente uno spazio lasciato vuoto e da colmare ad opera della giurisprudenza?

L'esempio riguarda volutamente temi costituzionalmente rilevanti (tutela della riservatezza e del domicilio), sebbene l'intera materia probatoria presenti una spiccata rilevanza costituzionale, in quanto inevitabilmente incidente sui diritti fondamentali dell'imputato o degli altri soggetti protagonisti del processo. Il criterio generale dovrebbe essere quello che, sul terreno dei diritti fondamentali, le limitazioni siano ammesse solo alle condizioni stabilite dalla stessa Costituzione, *in primis* nel rigoroso rispetto di una riserva di legge processuale che risulta affermata dalla previsione generale dell'art. 111 comma 1 Cost e ribadita da quelle, per così dire, costituzionali speciali che solitamente associano la concorrente riserva di giurisdizione.

Pertanto, quando un'acquisizione probatoria incida direttamente su diritti costituzionalmente rilevanti, la stessa non può che essere prevista dal legislatore. In assenza di una simile disciplina, la prova deve ritenersi vietata: la mancata attuazione delle possibili limitazioni ammesse dalla Costituzione assume il preciso significato di una consapevole scelta legislativa di non consentire l'esperimento probatorio. La prova non regolata dalla legge è dunque, per ciò stesso, vietata. Non si potrebbe nemmeno supplire alla mancanza di una espressa regolamentazione invocando la disciplina, garantistica, prevista per casi più o meno analoghi. Stando all'esempio, non sarebbe consentito estendere l'applicazione delle regole stabilite per le intercettazioni alle videoriprese in luoghi riservati: tale procedimento ermeneutico finirebbe per confliggere con il corollario della legalità processuale rappresentato dal divieto di analogia *in malam partem* per l'imputato. Se, infatti, la disciplina invocata (quella delle intercettazioni) è sicuramente attenta al minor sacrificio possibile dei diritti individuali, e quindi schiettamente garantistica, è altrettanto vero che quella prova che si vorrebbe regolare analogicamente (la

videoripresa in luoghi riservati) non è disciplinata dalla legge e costruire una disciplina giurisprudenziale fondata sull'interpretazione analogica significa rendere ammissibile una prova vietata, ossia operare ermeneuticamente *in malam partem*.

Il criterio generale appena esposto è stato però spesso disatteso dalla giurisprudenza, compresa, purtroppo, quella costituzionale. Per rimanere sempre all'esempio già formulato, le videoriprese effettuate dalla polizia giudiziaria in luoghi non pubblici sono state ammesse, sia pure con una serie di distinguo (Cass., Sez. Un. 28 marzo 2006, Prisco). La Corte costituzionale (sentenza n. 135 del 2002) ha fortunatamente escluso la possibilità di intrusioni nel domicilio, trattandosi di limitazioni del diritto tutelato dall'art. 14 Cost. che possono essere solo disciplinate dalla legge. La giurisprudenza di legittimità (v. ancora Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco) ha però eroso la portata applicativa di tale netta presa di posizione, concentrandosi sulla nozione di domicilio, sostanzialmente ridotta alle abitazioni private e alle immediate pertinenze. Il risultato di tale attività interpretativa, seriamente eccepibile sotto il profilo del principio di legalità, è stato di ritenere ammissibili le videoriprese di mere immagini, riferite cioè a comportamenti non comunicativi, in tutti i luoghi diversi dalla ristretta nozione di domicilio, comprese le delicate ipotesi delle *toilettes* e dei *privé* di locali pubblici. Così la *summa divisio* luoghi pubblici/domicilio è stata sostituita dalla tripartizione fra luoghi pubblici, luoghi riservati e domicilio. I luoghi riservati, creazione puramente giurisprudenziale, sono quelli caratterizzati dalla mancanza della stabilità dello *ius excludendi alios* tipico del domicilio. In altri termini, nei bagni o nei *privé* dei locali pubblici l'aspettativa di riservatezza si attenua e il riferimento costituzionale passa dall'art. 14 all'art. 2 Cost. (e all'art. 8 CEDU). Una limitazione della "riservatezza attenuata" sarebbe dunque possibile, anche nel silenzio del legislatore, purché attuata mediante un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (quindi anche del solo pubblico ministero). Ecco costruita una prova atipica che incide direttamente sui diritti fondamentali dell'imputato e in genere dei cittadini che per avventura si trovino a passare da quei luoghi riservati.

Una complessa prova atipica di matrice giurisprudenziale che si regge su malferme distinzioni: domicilio/luoghi riservati, comportamenti comunicativi/non comunicativi. Come si può esattamente definire un comportamento comunicativo? Un gesto rituale, un brindisi, ad esempio, come va inteso? E il soliloquio è un comportamento comunicativo? Può essere oggetto di registrazione audio-video in ambiente riservato senza seguire le regole delle intercettazioni? E una volta disposta la videoregistrazione con l'intento di "controllare" solo comportamenti non comunicativi, la documentazione di un eventuale comportamento comunicativo sarebbe certamente inutilizzabile, ma il diritto costituzionale alla segretezza delle comunicazioni rimarrebbe comunque leso.

La giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 149 del 2008) ha poi ammesso la videoripresa di comportamenti tenuti nel domicilio quando non siano riservati, ossia risultino osservabili anche dagli estranei senza particolari accorgimenti: cosa significa esattamente? Che la tutela giuridica del domicilio dalle intrusioni probatorie dipende dalla presenza o meno di efficaci barriere fisiche? In questo caso la prova atipica è addirittura parificata alle video riprese in luoghi pubblici.

L'esempio delle videoriprese è già sufficiente per evidenziare un preoccupante deficit di legalità in materie costituzionalmente rilevanti. I giudici, a tutti i livelli, hanno costruito presupposti, discipline probatorie, divieti lavorando su un terreno lasciato vergine dal legislatore, senza nemmeno porsi il problema se si trattasse di una precisa scelta, di un divieto implicito.

Altro esempio eclatante è fornito dal pedinamento tramite sistema satellitare GPS. La polizia giudiziaria può procedere, senza alcuna autorizzazione, a installare il rilevatore di posizione su oggetti in uso al controllato, ad esempio in automobile o sugli indumenti, ma non viene esclusa nemmeno la possibilità che il rilevatore sia collocato direttamente sul corpo dell'individuo da pedinare. Primo problema: l'installazione avviene attraverso mezzi fraudolenti che non sono autorizzati dall'autorità giudiziaria.

Per le intercettazioni ambientali, la giurisprudenza ritiene che il decreto del giudice implicitamente legittimi anche l'accesso abusivo nei luoghi per l'installazione del dispositivo di captazione. Sarebbe auspicabile che i provvedimenti autorizzativi specificassero anche le modalità operative consentite, quantomeno per renderle controllabili *ex post*. Non è infatti tranquillizzante, in una società democratica, che la polizia giudiziaria possa entrare in una abitazione per installare una microspia e, magari, approfittarne per effettuare perquisizioni, rilievi, letture di documenti, a prescindere dalla loro palese inutilizzabilità probatoria. Ogni attività che implichi una limitazione di interessi costituzionalmente protetti deve essere previamente ed espressamente autorizzata anche nei dettagli operativi, deve essere verbalizzata nel momento del suo compimento e deve rimanere successivamente sindacabile da parte degli interessati. Tornando all'installazione del sistema di rilevazione GPS, per questa attività non è prevista alcuna garanzia, dato che manca anche il generico provvedimento autorizzativo del giudice previsto per le intercettazioni ambientali.

Secondo problema: il pedinato elettronico è seguito, senza soluzione di continuità, anche in luoghi in cui (privata dimora) il classico pedinamento fisico non potrebbe avvenire. Entrano perciò in gioco diritti costituzionali, riservatezza, libertà personale, libertà di circolazione, inviolabilità del domicilio. Non è dunque ammissibile che si incida su questi fondamentali diritti senza il rispetto del principio di stretta legalità.

Il catalogo delle prove atipiche limitative dei diritti costituzionali è sterminato. Si può ricordare ancora il caso dell'agente attrezzato per il suono che registri la conversazione senza ascolto remoto in presa diretta. Per la Cassazione (Cass., sez. VI, 21 giugno 2010, Angelini) non si tratta di una vera e propria intercettazione, in quanto il consenso di uno degli interlocutori riduce le garanzie, con la conseguenza che si fuoriesce dalla sfera applicativa dell'art. 15 Cost. ed è sufficiente l'autorizzazione del pubblico ministero. Ancor più eccezionale la giurisprudenza che consente alla polizia giudiziaria, di propria iniziativa e senza autorizzazioni, di sequestrare un telefono cellulare e di controllare le comunicazioni in esso contenute, mediante lettura di messaggi sms o mms o di posta elettronica (Cass., sez. IV, 8 maggio 2003, Lanzetta). La segretezza di questi dati, tuttavia, è direttamente protetta dall'art. 15 Cost.

4

Prove atipiche che limitano diritti costituzionali: è accettabile tutto ciò? In questo quadro, l'art. 189 c.p.p. non può essere invocato per ammettere una prova lesiva dei diritti fondamentali. Del resto, si è già detto che la tassatività è l'unico argine all'espansione del potere giudiziario in danno dei diritti individuali.

Ma la stessa previsione dell'art. 189 c.p.p., intesa come grimaldello impiegato dalla giurisprudenza per scardinare ogni divieto probatorio, risulta seriamente eccezionale sotto il profilo del rispetto del principio costituzionale di legalità processuale (art. 111 comma 1 Cost., ma anche art. 2, 13, 14, 15, 16 Cost.). Ricorrendo, ancora una volta, al parallelo col principio di legalità penale sostanziale, l'art. 189 c.p.p. sembra eccedere anche i generosi limiti riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale alla legittimità delle norme penali in bianco: la Corte costituzionale ha infatti avuto modo di affermare come il principio di determinatezza «risponda a due fondamentali obiettivi: per un verso, quello di evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per altro verso, quello di garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (C. cost., sentenza n. 21 del 2009).

Applicando questa importante affermazione all'art. 189 c.p.p., credo che nessuno possa dubitare dell'insanabile contrasto delle prove atipiche, così come sono state intese dalla giurisprudenza, con principio costituzionale di determinatezza della norma

processuale penale. Il confine tra la prova legittima e quella illegittima viene individuato dal *judge made law*.

Per concludere, volendo aggiungere un ulteriore connotato alla tassatività-determinatezza, tratto dagli insegnamenti della giurisprudenza europea, si dovrebbe fare riferimento alla prevedibilità delle regole processuali e delle conseguenze collegate all'attività di raccolta delle prove atipiche. Ma è proprio il concetto di atipicità della prova di matrice giurisprudenziale che confligge irrimediabilmente con il connotato della prevedibilità, sia per la natura eminentemente casistica della disciplina sia per una giurisprudenza oltremodo cangiante non vincolata alla forza del precedente.

Di fronte a un sistema probatorio atipico esteso e direttamente involgente i diritti individuali non si può affermare che il cittadino sia posto in condizioni di conoscere le regole processuali e di prevedere ragionevolmente ciò che gli potrà accadere dinanzi al giudice penale.

Una ultimissima notazione. Il recupero della stretta legalità processuale si impone anche di fronte alla deriva delle invalidità e delle relative sanzioni. Basta rammentare l'opera di erosione condotta dalla giurisprudenza in ordine alla categoria della inutilizzabilità che doveva essere il baluardo invalicabile posto a tutela dell'ortodossia probatoria e che, invece, si è trasformato in un simulacro di sanzione, attraverso distinzioni e sotto distinzioni, sanatorie collegate alle scelte del rito, per finire con la prova di resistenza che salva anche motivazioni che utilizzano prove inutilizzabili, trasformando la Cassazione in giudice di merito chiamato ad assumere una nuova decisione con logica contraffattuale.

A questo triste stato di cose occorre reagire: il processo serve per riaffermare il primato della legge penale, ma deve dare, a sua volta, un buon esempio di rispetto della legalità.