



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

CIB Centro Inter-Bibliotecario

Viale Filopanti, 7 - 40126 Bologna - Italia



Documento redatto in data: 29/03/2017 Protocollo numero: 171700

Catalogo Nazionale dei Periodici ACNP

SCHEDA COMPLETA PERIODICO

Periodico online ad accesso
libero proposto da

BO101

Periodico/Rivista:

***Processo penale e giustizia (Online)**

Editore

Edizioni Nuova Cultura;Dike giuridica
editrice;G.Giappichelli

Luogo pubbl.

Roma;Roma;Torino

Ultimo luogo pubblicazione:

Torino

Da anno - Ad anno

2011-

Lingua

MUL

Periodicità

BIMESTRALE

Paese

IT

ISSN:

2039-4527

Dewey:

345

Cod. CNR:

PT02998823

Fonte

TEMP

Supporto:

On-line (remote)

Accesso Pubblico alla rivista:

<http://www.processopenaleegiustizia.it>

Titoli collegati:

HA PER ALTRO SUPPORTO:

*Processo penale e giustizia (Testo stampato)

BIBLIOTECHE ITALIANE CHE POSSIEDONO IL PERIODICO

FREE!

Periodico online ad accesso libero proposto da BO101

<http://www.processopenaleegiustizia.it>

Il periodico non è posseduto da alcuna biblioteca

CIB Centro Inter-Bibliotecario Università di Bologna

Informativa privacy - © Copyright CIB-Università di Bologna &
CNR 2000-2010, ASDD-Università di Bologna & CNR 2015

PAOLA MAGGIO

Ricercatore di Procedura penale – Università di Palermo

Le captazioni “occulte” della corrispondenza del detenuto: dubbi di qualificazione giuridica e tutela delle garanzie individuali

The illegal interception of prisoners' correspondence: doubts about juridical qualification and protection of individual rights

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini; Prof. Maria Riccarda Marchetti)

Il controllo della corrispondenza di detenuti a fini investigativi registra interpretazioni giurisprudenziali “ondivaghe”, tendenti a fare richiamo alla disciplina delle intercettazioni ovvero a quella del sequestro. Sostanzialmente disatteso risulta l’art. 18-ter della legge di Ordinamento Penitenziario che detta prescrizioni sul controllo epistolare. In un sistema processuale che deve accordare prevalenza alle garanzie dell’individuo detenuto, la soluzione proposta mira a valorizzare il dato normativo esistente.

Checks on the correspondence of prisoners, for investigative purposes, reveals an inconsistent judicial tendency to refer to regulations regarding interception, or regulations regarding seizure. Whereas the laws of Penitentiary Regulations, found in Art. 18-ter, that dictate the rules regarding forms of control of correspondence, are essentially being disregarded. In a procedural system that give prevalence rights to individual detainees, solution tries to advantage the current procedural data.

Le intrusioni epistolari “occulte” fra disciplina di ordinamento penitenziario e moniti della Corte europea dei diritti dell’uomo

La natura giuridica del provvedimento di acquisizione della corrispondenza di un detenuto o internato ha originato molti disorientamenti nella prassi, coinvolgendo la doppia garanzia della riserva di legge e di giurisdizione, dettata dall’art. 15 Cost. a tutela della libertà di comunicazione.

La rilevanza degli interessi e gli inevitabili riflessi sull’utilizzabilità degli esiti dell’attività di captazione vedono le principali prospettazioni giurisprudenziali configurare il provvedimento autorizzativo alla stregua di un sequestro di corrispondenza di cui all’art. 254 c.p.p., oppure di intercettazione di comunicazioni, o ancora – mediante la fusione con i meccanismi di controllo della corrispondenza del detenuto dettati dall’art. 18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 – di un mezzo di ricerca della prova atipico¹.

Mediante il sequestro è infatti possibile bloccare l’inoltro della corrispondenza inibendone la ricezione; il controllo sulla corrispondenza del detenuto si sostanzia nella lettura della missiva, con possibilità di trattenimento della stessa; l’intercettazione epistolare permette, invece, il trattenimento dei plichi utili per le indagini già eventualmente sottoposti a controllo, la visione dei medesimi con estrazione delle copie rilevanti, e il successivo inoltro.

Trattandosi di detenuti, viene in rilievo la disciplina appositamente dettata dall’art. 18-ter della legge di Ordinamento penitenziario in materia di visto di controllo.

Com’è noto, la suddetta innovazione normativa² è stata imposta al nostro ordinamen-

to a seguito delle ripetute censure da parte della giurisprudenza europea che aveva ritenuto illegittima l’ingerenza dell’autorità nel diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 Cedu, attuata secondo le forme della versione originaria dell’art. 18, commi 8 e 9, della l. 26 luglio 1975, n. 394, laddove era previsto che il visto di controllo della corrispondenza in entrata e in uscita potesse essere prescritto dall’autorità giudiziaria con decreto motivato.

Secondo le pregnanti indicazioni offerte dalla Corte europea, l’“esplorazione” nella corrispondenza dei detenuti può trovare giustificazione, in una società democratica, soltanto se prevista dal diritto interno e finalizzata a uno scopo legittimo che sia necessario per la pubblica sicurezza, la difesa dell’ordine e la prevenzione dei reati. Per contro, il testo previgente dell’art. 18 dell’ Ordinamento penitenziario ledeva il principio di tassatività legislativa, non disciplinando la durata e i presupposti di tale controllo e non indicando con sufficiente chiarezza l’ampiezza e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle autorità in merito³.

Medio tempore erano state emanate delle circolari dalla Direzione generale degli affa-

sposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti”.

³ Corte e.d.u., 15 novembre 1996, Diana c. Italia, § 32 ss.; Corte e.d.u., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, § 175 ss.; Corte e.d.u., 28 settembre 2000, Messina c. Italia n. 2, § 75 ss., *Guida dir.*, 2001, 6, 133, con nota di Giordano; Corte e.d.u., 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia, § 35 ss.; Corte e.d.u., 20 luglio 2001, Di Giovine c. Italia, § 20 ss.; Corte e.d.u., 6 luglio 2004, Madonia c. Italia, § 8 ss.; Corte e.d.u., 14 ottobre 2004, Ospina Vargas c. Italia, § 34 ss.; Corte e.d.u., 11 gennaio 2005, Musumeci c. Italia, § 53 ss.; Corte e.d.u., 29 settembre 2005, Zappia c. Italia, § 15 ss.; Corte e.d.u., 10 novembre 2005, Argenti c. Italia, § 32 ss.; Corte e.d.u., 6 dicembre 2005, Salvatore c. Italia, § 31 ss.; Corte e.d.u., 11 luglio 2006, Bastone c. Italia, § 14 ss.; Corte e.d.u., 15 gennaio 2008, Bagarella c. Italia, § 48 ss.; Corte e.d.u., 4 marzo 2008, Cavallo c. Italia, § 37 ss.; Corte e.d.u., 17 luglio 2008, De Pace c. Italia, § 51 ss.; Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Enea c. Italia, § 132 ss.; Corte e.d.u., 19 gennaio 2010, Montani c. Italia, § 57.

¹ Un efficace quadro di sintesi della questione è offerto da Conti, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derivate sostanzialistiche e bussola della legalità*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 787.

² Si tratta dell’art.1, l. 8 aprile 2004, n. 95, “Nuove di-

ri penali (circ. n. 575 del 26 aprile 1999) e dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (circ. n. 549557 del 31 marzo 1999 e n. 665459-2/11 del 19 luglio 1999) che non soddisfacevano però gli obiettivi della delineata tutela tant'è che, in più occasioni, anche la Corte costituzionale⁴ aveva affermato la necessità di assicurare maggiormente sia il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza *ex art. 15 Cost.*⁵, sia il diritto alla tutela giurisdizionale contemplato dall'art. 24, comma 1, Cost.

Accogliendo queste pressanti sollecitazioni, il legislatore italiano, dapprima con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 e, successivamente, con la l. 8 aprile 2004, n. 95, ha tentato di disciplinare in modo più razionale e preciso le restrizioni della corrispondenza dei detenuti, così come i tempi e modi dei relativi controlli, adeguando la disciplina penitenziaria ai principi costituzionali ed europei⁶, mediante il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo⁷, finalizzato alla tutela giurisdizionale contro i provvedimenti limitativi della libertà di corrispondenza (art. 14-ter ord. penit.).

La razionalizzazione della disciplina preesistente (art. 18 l. n. 354 del 1975 e art. 38 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230) è stata realizzata attraverso la riformulazione organica della normativa sui controlli della corrispondenza nel contesto di un'unica disposizione. Ci si riferisce proprio al "nuovo" art. 18-ter, inserito nella l. n. 354 del 1975⁸, in virtù del quale sia

le limitazioni e le censure (visto di controllo) disciplinate dai commi da 1 a 4, sia i provvedimenti di trattenimento previsti dal comma 5, possono essere adottati esclusivamente «per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza e di ordine dell'istituto».

In ossequio alla riserva di legge, sono state in tal modo dettate condizioni tassative per l'adozione di siffatte misure. In particolare, il comma 3 dell'art. 18-ter lett. *a* e *b* ha rafforzato le garanzie giurisdizionali del procedimento di controllo sulla corrispondenza assegnando la competenza al magistrato di sorveglianza, nel caso di persone condannate o internate, e al giudice deputato all'adozione di misure cautelari *ex art. 279 c.p.p.*, nel caso di persone indagate o imputate.

La *voluntas legis* non lascia spazio a dubbi circa la necessità di un intervento giurisdizionale: solamente il giudice⁹ può attivare meccanismi di controllo sulla corrispondenza del detenuto ed è negata una legittimazione esclusiva del pubblico ministero all'emanazione di provvedimenti limitativi della libertà di corrispondenza¹⁰.

Questo quadro, insuscettibile di letture restrittive o elusive, è stato costantemente riaffermato dal giudice europeo¹¹ sotto il profilo della libertà di comunicazione e dei diritti difensivi del detenuto.

pen., 2006, 295; Nicosia, *Cedu e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 753.

⁹ Incisivo il peso assegnato dalla disciplina riformata all'apparato motivazionale che deve essere offerto al giudice e che questi deve, a sua volta, esplicitare nel provvedimento autorizzativo. È stato previsto pure un termine massimo di sei mesi per i controlli, prorogabile successivamente per periodi di tre mesi ciascuno, con una sorta di riesaminabilità automatica.

¹⁰ Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 186, *Dir. pen. proc.*, 2010, 706, nota Murro.

¹¹ Riguardo la corrispondenza fra detenuto sottoposto al regime detentivo speciale c.d. 41-bis con il proprio difensore, Corte e.d.u., sez. II, 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia*, *Foro it.*, 2010, IV, 232, ha ritenuto la violazione dell'art. 8 Cedu.

⁴ C. cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, *Giur. cost.*, 1999, 176 ss.; C. cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, *Cass. pen.*, 1997, 3281 ss.

⁵ Il rapporto tra segretezza e comunicazione è illustrato da Pace, *Rapporti civili, Commento all'art. 21 Cost.*, Branca (a cura di) *Comm. della Costituzione*, Bologna, 2006, 13 ss.

⁶ Sull'art. 18-ter ord. penit., introdotto dalla l. 8 aprile 2004, n. 95, Filippi, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, *Dir. pen. proc.*, 2004, 1200; Pulvirenti, *Commento alla l. 8 aprile 2004 n. 95, Legislazione pen.*, 2004, 764 ss.

⁷ Fiorentin, *Tre tipologie di vaglio per bilanciare i diritti*, *Guida dir.*, 2004, 17, 22.

⁸ Conti, *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti dei detenuti*, *Cass.*

Toni diversificati si segnalano invece sul fronte interno: accanto a letture giurisprudenziali dell'istituto penitenziario tendenti a svilirne i presidi difensivi e a negare un diritto dell'interessato o del difensore alla visione e alla estrazione di copia della comunicazione epistolare trattenuta¹², si collocano infatti prospettive più aderenti allo spirito della riforma relativamente al significato del procedimento di reclamo¹³ e, soprattutto, all'aspetto motivazionale a sostegno della limitazione. I motivi possono anche essere generici in funzione di prevenzione per il controllo, ma debbono divenire specifici allorché dal controllo si passi al trattenimento di singoli plichi, trattandosi di un provvedimento che incide sulla riservatezza della corrispondenza e sul possesso dei materiali trattenuti. In quest'ottica è stato ad esempio censurato il blocco prolungato delle missive dirette a una persona *in vinculis*, motivato soltanto in base alla circostanza che dovesse essere effettuato un accertamento relativo ai contenuti della stessa, e si è sottolineata, opportunamente, la necessità di adottare provvedimenti di sequestro emessi esclusivamente dall'autorità giudiziaria¹⁴.

I "vuoti di tutela" dell'art. 18-ter dell' Ordinamento penitenziario, le esigenze di segretezza delle indagini e la scelta adottata dal provvedimento in esame

Quel che sembra innegabile è che lo strumento riformato nel 2004 poco si presta a realiz-

zare le finalità investigative sottese alla osservazione della corrispondenza e, soprattutto, le esigenze di segretezza spesso prese di mira dal pubblico ministero. L'art. 18-ter ord. penit. legittima forme tipizzate di verifica del contenuto epistolare, con possibilità di trattenimento della corrispondenza qualora l'autorità giudiziaria competente a disporre la misura «ritenga che la corrispondenza o la stampa non debba essere consegnata o inoltrata al destinatario»; esso, tuttavia, nell'imporre che «il detenuto e l'internato vengano immediatamente informati», di fatto può vanificare gli obiettivi investigativi.

La sostanziale differenza d'ambiti fra i contenuti della previsione penitenziaria e il sequestro¹⁵, in alcuni casi ha dato quindi la stura alla qualificazione giuridica del provvedimento captativo/ablato mediante una lettura estensiva degli artt. 266 e seguenti del codice di rito¹⁶, dettati in tema di intercettazioni telefoniche e di comunicazioni.

Altre volte, la ritenuta inammissibilità di forme di intercettazioni atipiche¹⁷, conforme-

¹² Cass., sez. I, 25 gennaio 2011, n. 7505, *CED Cass.*, 249803.

¹³ Cass., sez. I, 14 giugno 2011, n. 36173, inedit.; Cass., sez. I, 9 marzo 2011, n. 22081, *CED Cass.*, 250435.

¹⁴ Secondo Cass., sez. I, 22 aprile 2010, n. 16926, *CED Cass.*, 247662, il trattenimento della corrispondenza del detenuto può ritenersi consentito se la stessa cela al proprio interno qualcosa o contenga scritti pericolosi per la sicurezza e l'ordine interno dell'Istituto o che ne rendono necessario il sequestro, probatorio o preventivo, in relazione a ipotesi specifiche. In termini garantistici, si veda anche Ass. Firenze, 23 febbraio 2011, *Arch. pen.*, 2011, 249, nota Romoli, ove si sottolinea l'inviolabilità del diritto di difesa.

¹⁵ È illegittimo il provvedimento con cui il p.m. ordina alla direzione di una casa circondariale l'esibizione della corrispondenza relativa ad un detenuto, quando sia stato assunto in violazione delle norme di Ordine penitenziario (art. 18-ter l. 26 luglio 1975, n. 354), che disciplinano le forme e le garanzie per il «visto di controllo», con conseguente inutilizzabilità dei relativi risultati probatori a norma dell'art. 191, comma 1, c.p.p.: Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, cit., 186.

¹⁶ Cass., sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579, *Cass. pen.*, 2009, 621, nota Calò, *Art. 15 Cost.: quello strenuo conflitto tra garanzia e limitazione della corrispondenza*, ha ritenuto legittimo il provvedimento del g.i.p., emesso su richiesta del p.m., per la sottoposizione a controllo e l'acquisizione, a fini probatori, della corrispondenza in entrata ed in uscita dalla casa circondariale, trattandosi di "provvedimento complesso", che si compone di un ordine di sequestro della corrispondenza già eventualmente sottoposta a controllo, sempre che rilevante per le indagini, e di un provvedimento di intercettazione di comunicazioni con eventuale sequestro della corrispondenza.

¹⁷ Trib. Palermo, Giudice per le indagini preliminari, decreto 26 marzo 2011, X, inedit., ha negato convalida al decreto captativo del pubblico ministero ritenendo interdette forme atipiche di intercettazioni.

mente all'art. 15 Cost., ammettendo soltanto forme tipizzate *ex lege*¹⁸, ha smentito pure le qualificazioni¹⁹ del provvedimento autorizzativo come "complesso" ed articolato²⁰. Dato che il sequestro non abbisogna di un'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari e risulta sufficiente il *placet* della autorità giudiziaria, vengono dunque censurate le «forme occulte di apprensione del contenuto della corrispondenza dei detenuti», in quanto operazioni non consentite dalla legislazione attualmente vigente²¹.

Ulteriori sostegni argomentativi questi approcci ravvisano nella volontà espressa dal legislatore delegato all'emanazione del codice di procedura penale, che non accolse *illo tempore* la proposta emendativa della Commissione parlamentare, diretta a introdurre un riferimento all'art. 266 c.p.p. nell'art. 353 c.p.p. (relativo all'acquisizione di plichi o di corrispondenza da parte della polizia giudiziaria), rilevando come la direttiva 41 della legge-delega abbia contemplato una *ratio* di garanzia per le forme di intercettazione che presuppongono la «comunicazione orale *in itinere*» ma non anche per le «forme che si traducono in intercettazioni statiche» (cioè per i risultati delle comunicazioni)²².

¹⁸ Come confermato da Cass., sez. V, 4 febbraio 2010, n. 16575, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1313, stante il divieto discendente dall'art. 15 Cost., lo Stato può effettuare esclusivamente forme di intercettazione tipiche. Sul tema Chelo, *Acquisizione clandestina della corrispondenza del detenuto: un'intercettazione che «non s'ha da fare»*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1313; Cicala, *Limitazioni e controlli della corrispondenza del detenuto: la «risposta» alle condanne irrogate da Strasburgo*, *Giur. di Merito*, 2009, 459.

¹⁹ In particolare, Cass., sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579, cit., 621.

²⁰ Si veda ancora Cass., sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579, loc. ult. cit.

²¹ Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, cit., 186.

²² Cfr. Trib. Palermo, 26 marzo 2011, X, ined., cit., secondo cui «non può essere convalidato il decreto del pubblico ministero con il quale si realizzi una forma occulta di apprensione del contenuto della corrispondenza dei detenuti, trattandosi di operazione illegittima e non consentita all'autorità giudiziaria».

Una volta respinta dunque la configurazione di intercettazioni atipiche²³, al pubblico ministero non residuerebbe altra possibilità che operare nell'ambito del sequestro, in base ai presidi di legittimità dell'istituto²⁴ e nel rispetto delle «norme dell'ordinamento penitenziario in materia di forme e garanzie in ordine» a tale misura²⁵, trattandosi di corrispondenza del detenuto assoggettata a visto di controllo.

L'irresistibile "richiamo" verso i mezzi di ricerca della prova: sequestro, ordine di esibizione o intercettazione atipica?

La scarsa fungibilità investigativa e la mancanza di immediati effetti procedurali dell'art. 18-ter ord. penit. – oltre al ricorso verso forme ablative o captative dei mezzi di ricerca della prova tipici (intercettazioni o sequestri) – giustificano il ricorso a strumenti "atipicamente modulati", alla stregua di veicoli diretti a raccogliere i frutti dell'acquisita conoscenza, riverberarli sulle indagini ed (eventualmente) sul futuro giudizio.

Per meglio comprendere la tendenza a ridisegnare i contorni degli istituti al fine di raggiungere gli obiettivi dell'inquirente, basti pensare che nella prassi il sequestro *ex art.* 254 c.p.p. spesso cede il passo applicativo a un mero ordine di esibizione alla polizia giudiziaria emesso ai sensi dell'art. 256 c.p.p. e rivolto al direttore della Casa circondariale, consentendo di estrarre copia della corrispondenza, richiudere i plichi e destinarli agli originari destinatari. È palese – in quest'ulteriore eventualità – l'esigenza rafforzata di sfuggire ai presupposti e alle garanzie imposte dai sequestri, in particolare aggirando l'obbligo

²³ Così, Cass., sez. V, 4 febbraio 2010, n. 16575, cit., 1313.

²⁴ Come sottolineato da Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, loc. ult. cit.

²⁵ Cass., sez. V, 29 aprile 2010, n. 16575, cit., 1313. In dottrina la tesi è fortemente ribadita da Chelo, *Acquisizione clandestina*, cit., 1303.

di deposito del verbale e la riesaminabilità, ai sensi dell'art. 257 c.p.p. Si tratta evidentemente di una scelta pragmatica assai poco persuasiva poiché, da un lato, mutua una fattispecie riconducibile alla disciplina delle perquisizioni, dall'altro, sovradimensiona la tutela della segretezza a detrimento dei presidi difensivi²⁶.

Per contro, la tesi che si rifà alla disciplina delle intercettazioni²⁷ muove dall'attinenza con i contenuti similari di clandestinità della *captatio*, volta a prendere segretamente conoscenza del contenuto comunicativo. Quest'opzione è però destinata inevitabilmente a scontrarsi con il difetto di tipicità dell'attività captativa: soprattutto a causa della difformità dei contenuti di quest'ultima, consistenti in comunicazioni "scritte", in luogo del normale scambio dialogico-orale.

Altrettanto peculiare è poi l'atto con il quale il pubblico ministero ordina al Direttore del carcere l'esibizione dei plichi o della corrispondenza, subordinandone evidentemente l'utilizzabilità processuale degli esiti all'autorizzazione giudiziale²⁸; in assenza di un precedente provvedimento di sottoposizione a visto di controllo, disposto con le modalità e le garanzie della legge di ordinamento penitenziario, l'intercettazione atipica del contenuto della corrispondenza epistolare determinerebbe inevitabili sanzioni patologiche sull'utilizzo probatorio²⁹.

E anche a volere ritenere sufficiente a legittimare l'attività acquisitiva della corrispondenza il provvedimento del gip – svincolato dalla disposizione di cui all'art. 18-ter ord. pe-

nit. – si dovrebbe essere indotti ad affermare che persino i rapporti epistolari tra soggetti liberi possano essere assoggettati a "intercettazione", in ragione di un provvedimento del giudice per le indagini preliminari. Soluzione, questa, in contrasto con le indicazioni ricavabili dalla relazione all'attuale codice di rito³⁰.

Insomma, un complesso bivio interpretativo senza immediate vie d'uscita, che le stesse Sezioni unite³¹ della Corte di cassazione hanno dapprima accantonato con un sostanziale *non liquet*³² e, più di recente, affrontato negando l'applicazione analogica della disciplina delle intercettazioni³³.

Orbene, se particolarmente odioso appare il controllo – o addirittura la negazione – del diritto di corrispondenza per i soggetti privati della libertà personale³⁴, non meno stigmatizzabile è il frequente (e deteriore) ricorso a forme di intercettazioni fra detenuti e familiari³⁵ all'interno del carcere, pure in presenza di presidi generalmente volti a evitare queste modalità di "interferenza" illecita. E altrettanto criticabile si presenta la costante registra-

³⁰ Cfr. Chelo, *Acquisizione clandestina*, cit., 1318.

³¹ Cass., sez. V, 15 luglio 2009, n. 29911, *Dir. pen. proc.*, 2010, 465.

³² Il presidente aggiunto della Cassazione, con provvedimento del 24 luglio 2009, aveva restituito il ricorso alla sezione di competenza ritenendo che alcune decisioni attenevano all'individuazione della natura giuridica dell'attività in questione, sulla base di un precedente provvedimento di sottoposizione di corrispondenza di un detenuto a visto di controllo disposto dal giudice ai sensi dell'art. 18-ter ord. penit., mentre altre decisioni prendevano in esame i provvedimenti di acquisizione della corrispondenza del detenuto emessi direttamente dal P.M., dei quali era stata ritenuta l'illegittimità.

³³ Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 28997, consultabile sul sito *www.cassazione.it*. Dall'informazione provvisoria si desume la soluzione negativa del quesito proposto.

³⁴ Per le implicazioni costituzionali del diritto, Barile-Cheli, *Corrispondenza*, cit., 745. Suggestiva la chiosa di Solženicyn, *Arcipelago Gulag*, Milano, ried. 2001, «La privazione del diritto di corrispondenza e un uomo spaventa dalla faccia della terra ancor più sicuramente che se fosse stato emanato un rozzo verdetto giudiziario».

³⁵ Cass., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11506, *CED Cass.*, 243044.

²⁶ Condivisibilmente, Fanuele, *Sequestro di corrispondenza proveniente da detenuto: una forma di intercettazione mascherata*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 467.

²⁷ Cass., sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579, cit., 621.

²⁸ Cass., sez. II, 23 maggio 2006, n. 20228, *Cass. pen.*, 2007, 3800. Sul tema, Chelo Manchìa, *Acquisizione della corrispondenza o "intercettazione epistolare"?*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 1052; Tesoriero, *Uno strano ordine di esibizione della corrispondenza sospeso tra sequestro ed intercettazione*, *Cass. pen.*, 2008, 661.

²⁹ Cass., sez. II, 23 maggio 2006, n. 20228, loc. ult. cit.; Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009, cit., 186.

zione di colloqui investigativi³⁶ fra detenuti su iniziativa della polizia giudiziaria.

Tenendo presente queste disdicevoli pratiche applicative in merito alle comunicazioni carcerarie, corre allora l'obbligo di chiedersi se davvero al dato cartaceo/epistolare il sistema intenda assegnare il valore simbolico di vessillo ultimo delle libertà del detenuto.

Un interrogativo volutamente provocatorio, posto unicamente allo scopo di analizzare le delineate questioni muovendo anzitutto dal limite letterale, imposto dalla disciplina delle intercettazioni con riferimento alle sole comunicazioni trasmesse su filo, o attraverso onde guidate e in forma acustica³⁷.

Com'è noto, la lettura del concetto di «comunicazione», in una dimensione testuale e conforme alle intenzioni palesate dal legislatore codicistico, ha fatto sorgere notevoli perplessità esegetiche, ed è persino sfociata in una complessa distinzione concettuale, da parte della Consulta, fra atti comunicativi e atti non comunicativi³⁸, per sopperire alle la-

cune discendenti da approcci meramente letterali al dato normativo processuale.

In effetti, sebbene il codice di rito non fornisca una definizione univoca della locuzione «intercettazioni di conversazioni o comunicazioni», l'interpretazione sistematica lascia comunque pensare a una forma di interferenza occulta nelle comunicazioni o conversazioni riservate, realizzata mediante strumenti meccanici o elettronici in grado di vanificare i presidi ordinariamente posti a protezione del carattere privato di queste ultime, effettuata ad opera di terzi, all'insaputa degli interlocutori.

Le comunicazioni attuate in modo diverso dallo scritto e le attività captative compiute con l'ausilio di strumenti tecnici idonei a "fissare" storicamente l'evento comunicativo, potrebbero rappresentare dunque un discrimine fra le intercettazioni «vere e proprie» e le altre manovre intrusive, compiute in modo clandestino o occulto per il tramite delle comuni facoltà sensoriali umane.

Scarsamente conciliabili con le attività captative della corrispondenza³⁹ sono del resto le disposizioni che disciplinano il compimento di operazioni «esclusivamente per mezzo di impianti installati nella procura della Repubblica», o, in casi eccezionali, «mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria» (art. 268, comma 3, c.p.p.), presupponendo l'uso di strumenti meccanici o elettronici.

Emergono dunque limiti letterali stringenti, confermati dagli appositi interventi legislativi di adeguamento⁴⁰ che si sono nel tempo resi necessari per consentire a esempio l'intercettazione del «flusso delle comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici» ex art. 266-bis c.p.p., ovvero le captazioni dialogiche per via "elettronica"⁴¹.

³⁶ Sulla discussa inutilizzabilità "relativa" di queste dichiarazioni, Cass., sez. V, 1 aprile 2009, n. 15771, CED Cass., 243341.

³⁷ Calò, *Art. 15 Cost.: quello strenuo conflitto tra garanzia e limitazione della corrispondenza*, cit., 628 ss. Secondo Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 5: «restano [] escluse dall'intercettazione le comunicazioni che si svolgono per scritto, le quali, pur anch'esse tutelate quanto a libertà e segretezza dall'art. 15 Cost., sono previste dal codice come possibile oggetto di sequestro (artt. 253-265 c.p.p.). Invero, una cosa è assicurare al processo un documento scritto, sia pure riservato, ma in ogni caso preesistente al provvedimento o all'atto di acquisizione; altra è captare una comunicazione nel momento stesso in cui questa si svolge».

³⁸ Secondo C. Cost., sent. 24 aprile, 2002, n. 35, *Giur. cost.*, 2002, 1062, la ripresa di atti comunicativi può atteggiarsi in concreto come intercettazione *inter praesentes*, cui è applicabile la disciplina legislativa della intercettazione ambientale in luoghi di privata dimora dettata dall'art. 266, comma 2, c.p.p. La captazione di immagini non comunicative costituisce, viceversa, una limitazione del domicilio priva di una espressa disciplina legislativa e, come tale, deve ritenersi vietata a meno che il legislatore non intervenga con un «riesame complessivo della materia».

³⁹ Fanuele, *Sequestro*, cit., 471.

⁴⁰ Sull'innovazione, Ugoccioni, *Commento all'art. 11 L. 23 dicembre 1993, n. 547, Legislazione pen.*, 1995, 140 ss.

⁴¹ Un'accezione estensiva si rinviene in Cass., sez. un., 24 settembre 1998, n. 21, *Giust. pen.*, 1999, III, 614.

Ciò, a meno di non volere accedere a una esegesi del termine “comunicazione” che, in senso estensivo, possa ricomprendere non solo i nuovi ritrovati della tecnica, ma anche le tradizionali forme di scambio comunicativo epistolare⁴².

Il codice penale, per vero sembra contemplare all’art. 616 c.p. una nozione omnicomprensiva della corrispondenza, nel cui novero è inclusa «quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica, ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza». Ci si avvede tuttavia del fatto che la suddetta equiparazione è limitata solo agli effetti delle disposizioni contemplate nella sezione V del codice e non è estesa a ogni altro effetto penale.

Ed allora come risolvere l’incongruenza della prassi che ritiene carpibile il contenuto delle *e-mail* con una intercettazione, ma che nega al contempo “l’esplorazione” con le stesse forme di uno scritto o una missiva cartacea, salvo sequestrare il foglio? Innegabilmente anche il sequestro lede in modo incisivo i diritti scolpiti nell’art. 15 Cost., soprattutto in relazione alla segretezza e alla libertà di comunicazione.

Forse il mancato rinvio dell’art. 353 c.p.p. all’art. 266 c.p.p. nella *mens* del legislatore del 1988 potrebbe segnare l’esclusione delle garanzie e dei limiti di quella norma per le comunicazioni che non fossero “orali” *in itinere*, ma “statiche”, riservando dunque alle comunicazioni epistolari un’area più contenuta di garanzie, anziché più estesa, come spesso si ritiene.

Si potrebbe però correttamente obiettare a queste ultime asserzioni che i contenuti dell’art. 103, comma 6, c.p.p., accanto al di-

⁴² Nel senso che la corrispondenza epistolare rientra, senz’altro, nella categoria più ampia delle “comunicazioni”, Barile-Cheli, *Corrispondenza (Libertà di)*, *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 744 ss.; Pace, sub art. 15 Cost., *Branca* (a cura di) *Comm. della Costituzione*, Torino, 1977, 80 ss., spec. 89.

vieto di sequestro, contemplano limiti al controllo della corrispondenza tra difensore e imputato e che l’art. 35 disp. att. ne estende la portata anche alle “verifiche” che avvengono fuori dall’ambito carcerario.

Rilievi fondati e sistematicamente coerenti che lasciano persistere la difficoltosa individuazione di precetti che possano governare queste forme di intrusione, data l’innegabile compressione dei diritti *ex art. 15 Cost.*

Osservata in filigrana, l’attuale versione dell’art. 353 c.p.p. potrebbe assolvere a questo scopo, sin tanto che non si provveda a un adeguamento legislativo. La presenza di un atto motivato dell’autorità giudiziaria potrebbe, in altri termini, soddisfare i livelli minimi di garanzia imposti dall’art. 15 della Carta fondamentale, per evitare intrusioni illegittime nella libertà di comunicazione, in conformità con le coordinate applicative offerte dalla Consulta⁴³ e dalla Corte di legittimità⁴⁴.

Le captazioni segrete fra “atipicità” e “incostituzionalità” della prova

Il profilato “pragmatismo” interpretativo sacrifica però la riserva formale del diritto probatorio e deve rapportarsi con i profili di illegittimità⁴⁵ o addirittura di incostituzionalità⁴⁶ dei dati raccolti in dispregio dei requisiti codicistici o assunti in violazione dei precetti legislativi vigenti⁴⁷.

⁴³ C. cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81, *Giur. cost.*, 1993, 731.

⁴⁴ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1347; Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n.3647, *Cass. pen.*, 2004, 21; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 6, *Guida dir.*, 2000, 27, 58; Cass., sez. VI, 8 aprile 1994, n.6633, *Riv. pen.*, 1994, 856; Cass., sez. III, 13 giugno 2001, n. 28376, *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 533.

⁴⁵ Per una panoramica recente delle implicazioni generali del tema, Conti, *Intercettazioni e inutilizzabilità; la giurisprudenza aspira a sistema*, *Cass. pen.*, 2011, 3638 ss.

⁴⁶ Categoria consacrata da C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, *Giur. cost.*, 1973, 316 ss.

⁴⁷ Si pensi a un sequestro non seguito dal regolare avviso di deposito al difensore del verbale che impli-

Si tratta di un passaggio essenziale per misurare ogni attività probatoria atipica, ovvero non disciplinata per legge ma astrattamente rientrante nell'ambito applicativo dell'art. 189 c.p.p.

Norma processuale, questa, per così dire "in bianco" in ordine ai casi e ai modi di attuazione, subordinata esclusivamente all'utilità dell'accertamento, al contraddittorio fra giudice e parti per la determinazione delle modalità acquisitive e al divieto di porre in essere atti contrari alla libertà personale. Essa impone evidentemente un costante contemperamento con i precetti costituzionali che prescrivono da un lato la tassativa enunciazione dei casi in cui risultino compressi i diritti inviolabili, dall'altro, la disciplina delle relative modalità.

Orbene, attribuendo una latitudine massima all'espressione «divieti stabiliti dalla legge», prevista dall'art. 191, comma 1, c.p.p. in tema di inutilizzabilità, rientrerebbe nel concetto di legge anche la Costituzione, mediante la fissazione di veri e propri divieti probatori. Pertanto, gli atti acquisitivi non espressamente previsti dalla legge, lesivi dei diritti fondamentali, sarebbero conseguenzialmente vietati ed inevitabilmente "avvinti" dalla sanzione probatoria per eccellenza⁴⁸.

Secondo una diversa prospettazione, invece, l'art. 189 c.p.p. non impedirebbe in astratto l'ingresso di prove atipiche lesive dei diritti fondamentali. L'assenza di una norma di legge ordinaria, che vieti acquisizioni di questo tipo, paralizzerebbe la sanzione correlata alla prova atipica incostituzionale, con conseguen-

cherebbe il sorgere di una nullità a regime intermedio con sostanziale inutilizzabilità dell'atto. L'omissione dell'avviso influirebbe anche sulla possibilità di estrarre copia e sull'attivabilità del conseguente riesame.

⁴⁸ Si vedano fra gli altri Siracusano, *Le prove*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto Processuale Penale*, 2011, I, 354. Richiama a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 191, Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, *Cass. pen.*, 1999, 1192.

te utilizzo processuale dell'elemento probatorio acquisito⁴⁹.

L'incostituzionalità dello stesso art. 189 c.p.p. sarebbe comunque inevitabile ove mediante esso si consentisse l'ingresso di prove atipiche lesive di garanzie fondamentali, senza regolare i casi e i modi di tali limitazioni⁵⁰.

Per le interpretazioni adeguatrici della disciplina della prova atipica, la mancata predefinizione casistica degli strumenti probatori non tipizzati, in una lettura conforme a Costituzione, preclude l'ingresso processuale di simili esperimenti conoscitivi, laddove risulti difettare una disciplina *ad hoc*. L'elemento probatorio verrebbe d'altronde acquisito in violazione di un divieto implicito e incorrerebbe nell'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191, comma 1, c.p.p. In base a questa peculiare angolatura, il sistema probatorio risulterebbe però "autosufficiente", e cioè idoneo ad espungere le prove incostituzionali, senza invocare la diretta operatività della Costituzione⁵¹.

Pur con tutte le delineate sfumature, strettissima è la connessione fra la prova incostituzionale e la prova atipica in quanto la prima categoria, inaugurata dalla Consulta negli anni settanta⁵², si pone a tutela dei diritti costituzionalmente tutelati ed esige un bilanciamento costante fra le libertà fondamentali della persona e l'esigenza di prevenire, accertare e reprimere i reati⁵³.

⁴⁹ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 618, 619.

⁵⁰ Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, *Giur. cost.*, 2002, 2176 ss.

⁵¹ Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 172.

⁵² C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, cit., 316 ss. Nello stesso senso, fra le altre, C. cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, *Giur. cost.* 1996, 2142; C. cost., sent. 8 aprile 1993, n. 151, *Giur. Cost.*, 1993, 1156; C. cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81, *Giur. cost.*, 1993, 731.

⁵³ Cfr. altresì, in proposito, C. cost., sent. 23 luglio 1991, n. 366, *Giur. cost.*, 1991, 2914 in tema di intercettazioni svolte in violazione dell'art. 270 c.p.p.; C. cost., sent. 24 marzo 2002, n. 135, *Giur. cost.*, 2002, 1062, in materia di videoregistrazioni in luoghi di privata dimora.

E proprio con specifico riguardo all'acquisizione di corrispondenza all'insaputa del mittente e del destinatario e senza interruzione dell'inoltro si è negata la riconducibilità nella categoria della prova atipica⁵⁴, trattandosi di un mezzo di ricerca della prova palesemente "incostituzionale" che proietta i suoi effetti negativi anche sul risultato probatorio⁵⁵ e viola nello specifico le disposizioni della legge di Ordinamento penitenziario.

A monte, poi, numerosi dubbi si sono addensati sull'effettiva riferibilità dell'atipicità probatoria ai mezzi di ricerca della prova: opzione ampiamente percorsa dalla prassi⁵⁶, ma dogmaticamente assai controversa. L'art. 189 c.p.p. non potrebbe trovare di fatto applicazione con riguardo a questi ultimi strumenti, trattandosi di atti "a sorpresa", precostituiti rispetto all'acquisizione dibattimentale, per i quali sarebbe sostanzialmente inibita la possibilità di instaurare un contraddittorio anticipato fra le parti, ai sensi della stessa previsione codicistica⁵⁷.

Con altri accenti⁵⁸, la contemplata realizzazione di forme di contraddittorio successivo in ordine all'eventuale inutilizzabilità degli elementi acquisiti ha indotto a rivendicare la fruibilità di strumenti di ricerca della prova

atipici⁵⁹. In assenza di un'esplicita statuizione che neghi il mezzo investigativo atipico, il principio di completezza delle indagini potrebbe governare il ricorso a strumenti che non rientrano in un predeterminato catalogo⁶⁰.

Questa tesi poggia sulla possibilità di riferire le disposizioni del libro III, dedicato alle «prove», e, in particolare, quelle del suo Titolo I (recanti le «Disposizioni generali» in materia), ove è ricompreso l'art. 189 c.p.p., sia alla fase dibattimentale con riguardo ai mezzi di prova, sia alla fase investigativa in relazione ai mezzi di ricerca della prova.

Le regole per l'ammissione delle prove atipiche possono rivolgersi dunque anche agli atti delle indagini preliminari⁶¹, in base al tenore letterale dell'art. 370, comma 1, c.p.p. e al coordinamento logico di quest'ultima norma con l'art. 348 c.p.p. che consentirebbero di "positivizzare" l'apertura del sistema verso tali atti di indagine atipici⁶².

L'ammissibilità astratta dei mezzi di ricerca atipici deve in ogni caso misurarsi con la materiale verifica della legittimità del provvedimento; infatti, ove la "captazione epistolare" nei confronti del detenuto venisse disposta dal pubblico ministero in assenza dell'autorizzazione giurisdizionale si realizzerebbe una forma d'intercettazione non atipica, ma piuttosto illegittima, i cui risultati sarebbero inutilizzabili (artt. 267 e 271 c.p.p.), proprio perché la prova violerebbe le previsioni scandite dagli artt. 266 e seguenti del codice di rito.

⁵⁴ A. Chelo Manchà, *Acquisizione della corrispondenza*, cit., 1055; Id., *Acquisizione clandestina della corrispondenza del detenuto: un'intercettazione che "non s'ha da fare"*, cit., 1316.

⁵⁵ Pur propendendo per la possibilità di qualificare tale mezzo di ricerca della prova come intercettazione atipica, giunge alle stesse conclusioni: Fanuele, *Sequestro di corrispondenza*, cit., 471 ss.

⁵⁶ Cass., sez. un., 28 marzo, 2006, n. 26795, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1347.

⁵⁷ Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 213 ss. e 399. Ead., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011 64 ss.

⁵⁸ Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine*, cit., 1195; Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, cit., 2188; Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 160; Filippi, *L'home watching: documento prova atipica o prova incostituzionale*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 92; Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 538; Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 121 ss..

⁵⁹ Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 267, suggerisce un'interpretazione adeguatrice dell'art. 189 c.p.p.

⁶⁰ Per un inventario degli strumenti atipici d'investigazione: Laronga, *Le prove atipiche*, Padova, 2002, 193 ss.; Procaccino, *Prove atipiche*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, Trattato, Torino, 2008, I, 265.

⁶¹ Scalfati-Servi, *Premesse sulla prova penale*, Scalfati (a cura di) *Le prove*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo II, Torino, 2009, 32; Conti, *Accertamento del fatto*, cit., 161.

⁶² In tal senso, Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 3.

Ribadito che l'atipicità non può risolversi in una deroga alle formalità di acquisizione della prova⁶³, il rischio di veri e propri circoli ermeneutici appare evidente: l'autorizzazione giudiziale, richiesta dal pubblico ministero, potrebbe sempre essere negata dal giudice proprio a causa di un *deficit* di "tassatività".

Atipicità probatorie ed evoluzione degli strumenti investigativi

Peraltro, "l'attrazione fatale" della prassi verso la categoria della atipicità probatoria, già nella fase investigativa, sembra oramai un processo costante e inarrestabile, determinato dalle incessanti conquiste tecnologiche.

Del resto, il legislatore delegato si era accortamente rappresentato questa eventualità nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988 e aveva assegnato all'art. 189 c.p.p. proprio l'obiettivo di «evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive»⁶⁴. Trascendendo dal tema in analisi, il pensiero corre alle innovazioni applicate alle indagini, alle modalità di intrusione informatica silente e "da remoto" per captare dati archiviati, alle operazioni di c.d. *home watching* elettronico, o di controllo elettronico a distanza (G.P.S.)⁶⁵, nonché ai sistemi di *spyware*, mediante *software* capaci di raccogliere clandestinamente informazioni concernenti l'attività informatica di un utente.

Di fronte a queste evenienze, la strada maestra per tutelare il principio di legalità

probatoria indica come preferibile e auspicabile la "panacea" di interventi legislativi, risolutori e *ad hoc*.

Basti il richiamo all'originario disegno di legge di modifica delle intercettazioni, discusso ma non approvato nella precedente legislatura⁶⁶, che tentava di accedere a una nozione omnicomprensiva di "intercettazioni". Il più recente (e assai tormentato) progetto in materia⁶⁷ non contiene invece analoghe disposizioni, lanciando forse ulteriori impliciti segnali a favore della tesi che considera – nel silenzio legislativo – l'intercettazione della corrispondenza come un'attività illegittima⁶⁸, o persino incostituzionale⁶⁹.

Se, dunque gli interventi di adeguamento legislativo rispetto alla sfrenata evoluzione dei mezzi tecnici appaiono oggi, tanto necessari, quanto realisticamente complessi da realizzare con una tempistica breve e con effettiva incisività, ritorna prepotentemente a galla il problema nodale di verificare di volta in volta se le attività investigative-probatorie aggirino le previsioni individuate dal legislatore, o addirittura vulnerino divieti costituzionalmente garantiti.

A questi fini, sarà necessario assegnare all'art. 189 c.p.p. il senso di una disposizione che detta parametri sull'impiego processuale

⁶⁶ Il progetto di legge C 1638 A – S 1512. *Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche e ambientali e di pubblicità degli atti di indagine*, disponeva all'art. 6 l'inserimento nel codice di rito del "nuovo" art. 266-ter, "Intercettazioni di corrispondenza postale", precisando che: «le norme del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche alle intercettazioni di corrispondenza postale che non interrompono il corso della spedizione».

⁶⁷ *Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche* (C 1415B – S 1611).

⁶⁸ Cfr. Chelo, *Acquisizione clandestina*, cit., 1319.

⁶⁹ Una penetrante analisi delle prospettive *de iure condendo* è offerta da Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 1209 ss.

⁶³ Sul principio di "non sostituibilità", Rafaraci, *Riconoscimento informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, *Cass. pen.*, 1998, 1741.

⁶⁴ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 1988*, *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2, 60.

⁶⁵ *Cass.*, sez. V, 15 gennaio 2010, n. 9667, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1464, nota Gentile.

di elementi ottenuti mediante mezzi investigativi “innominati” o inesplorati. E solo il “divenire processuale” potrà consentire di appurare l’idoneità dello strumento ad accertare i fatti, tenuto conto anche di difetti patologici legati alla distorsione dello strumento tipico o all’eventuale violazione di precetti contenuti nella Carta fondamentale⁷⁰.

A ben vedere, infatti, l’atipicità tocca le proiezioni conoscitive di un dato che diviene acquisibile e valutabile a fini processuali. La questione generale è qui dominata dal criterio dell’idoneità probatoria, cui necessariamente soggiace qualsiasi attività non espressamente regolata: pure in queste ipotesi il giudice è chiamato a una stima dello strumento impiegato a conseguire un risultato «concretamente fruibile, razionalmente controllabile e giustificabile per verificare singoli enunciati»⁷¹.

Soltanto l’acquisizione del risultato probatorio ai fini propri del giudizio può “attivare” l’art. 189 c.p.p. che, dunque, non verrà tecnicamente riferito al mezzo di ricerca della prova, mancandone la preventiva articolazione, bensì al contraddittorio sulle questioni che riguardano l’utilizzo processuale del risultato acquisito⁷².

Entro questa cornice, la frequente rilevanza della disciplina dei mezzi di ricerca della prova atipica impone il rispetto di presupposti e condizioni di legittimità nonché il doveroso bilanciamento fra diritti dell’individuo e finalità di accertamento e di investigazione.

Coordinate interpretative potranno provenire dalle influenze che il principio di legalità istruttoria esplica sulla presunzione di inno-

cenza⁷³, tenendo conto dei contributi offerti dalla giurisprudenza europea, che dal canto suo si caratterizza per il forte legame fra rispetto della legalità della prova e esclusione delle prove vietate⁷⁴.

Oltremodo significativi saranno anche gli spunti offerti dalla giurisprudenza costituzionale⁷⁵ che sembra propendere per un’interpretazione “a trama aperta”: senza imporre un allargamento delle garanzie di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. anche ai mezzi di ricerca della prova di nuova emersione, deriva infatti dal testo costituzionale un divieto di utilizzo dell’esito processuale di tali mezzi, ove l’esecuzione dei medesimi comporti un pregiudizio per un diritto fondamentale⁷⁶.

Vanno invece evitate, soprattutto in assenza di discipline prefissate in via legislativa, aprioristiche chiusure dogmatiche poiché esse rischierebbero di apparire troppo distanti rispetto all’evoluzione delle prassi.

Con questo sfondo, una volta esclusa l’incostituzionalità o l’illegittimità della prova, il giudice penale potrà dunque tutelare i diritti della persona (dell’imputato, *in primis*), malgrado i vuoti legislativi e, anzi, sarà lui stesso chiamato a valorizzare e difendere attuativamente le libertà dell’individuo⁷⁷.

⁷³ Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Torino, 2004, 163 ss., rimanda a un’accezione non formalistica e improntata al criterio della «ragionevolezza normativa»; cfr. pure Corte e.d.u., 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, § 28.

⁷⁴ Secondo i giudici di Strasburgo, (Corte e.d.u., 6 settembre 1978, Klass c. Germania, § 60; Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito § 80; Corte e.d.u., 31 maggio 2005, Vetter c. Francia, § 27), nel delicato rapporto tra captazione di conversazioni nelle indagini penali e diritto alla vita privata, sono possibili forme di intrusione per fini di repressione criminale, a patto che tali mezzi siano previamente e puntualmente disciplinati dalla legge.

⁷⁵ C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 420, *Giur. cost.*, 2009, 4823, con nota di Villani, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*.

⁷⁶ Cfr. Villani, *La Corte*, cit., 4825.

⁷⁷ Sull’ineliminabile aspetto assiologico della verifica costituzionale: Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valo-*

⁷⁰ Si veda la prospettiva di Comoglio, *L’inutilizzabilità assoluta delle prove incostituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 44, secondo cui i divieti probatori sottesi alle garanzie individuali ed aventi riscontro in *constitutional sanctions* sono in grado di operare direttamente senza necessità di espedienti ermeneutici di tipo analogico o estensivo.

⁷¹ Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, *Cass. pen.*, 2011, 4118.

⁷² Profilo nitidamente chiarito da Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, cit., 33.

Nel delineato contesto valoriale la disciplina delle prove atipiche si presta a fungere da una sorta di "adattatore automatico"⁷⁸ allo sviluppo tecnologico, che deve muoversi però mediante usi corretti piuttosto che per il tramite di abusi reiterati dell'art. 189 c.p.p., negando legittimità a qualsiasi distorsione funzionale o patologica degli istituti.

Considerando «ammissibile ogni segno utile al giudizio storico»⁷⁹, purché l'acquisizione

ri, *Pol. dir.* 1991, 653 ss. L'interpretazione per valori ha un carattere «normativo sostanziale» e non «normativo formale», secondo il distinguo di Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 37.

⁷⁸ Dominioni, *In tema di nuova prova scientifica*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 1061. Sull'argomento, v. Lorusso, *La prova scientifica*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, Trattato, Torino, 2008, I, 295 ss.

⁷⁹ Cordero, *Procedura*, cit., 619. Tuttavia, Spangher, «E pur si muove»: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules, *Giur. cost.*, 2001, 2829, rimarca la necessità di interventi legislativi in materia, sottolineando le influenze dei principi del "giusto processo" nella previsione di percorsi garantiti nella formazione e valutazione della prova.

non violi divieti espliciti o enucleabili dal sistema, dovrà contestarsi il ricorso alle prove irrituali ed anomale laddove esse vengano utilizzate per aggirare surrettiziamente le garanzie predisposte dalla legge nel disciplinare i mezzi di prova tipici⁸⁰. Lo stesso dicasi delle ipotesi nelle quali il rispetto dei requisiti sostanziali è desumibile dalla *ratio* dell'istituto, anche se non espressamente imposto a pena di nullità o di inutilizzabilità⁸¹.

Il *passepertout* della prova atipica inibisce infatti di contrabbandare prove irrituali che eludano divieti probatori⁸², dovendo ontologicamente assolvere a una funzione integrativa e non "disgregativa" del modello tipico⁸³.

⁸⁰ Siracusano, *Le prove*, cit., 336.

⁸¹ Conti, *Accertamento del fatto*, cit., 275.

⁸² Nobili, sub art. 190 c.p.p., Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 400 ss.

⁸³ Così Scalfati-Servi, *Premesse sulla prova penale*, cit., 33 ss.; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni*, Milano, 2008, spec. 61-62.