

## The effects of the jurisprudence of the European Court of Human Rights on national legal systems

- Barcellona, 6 - 8 Novembre 2006

Il seminario ha consentito di approfondire taluni principi della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.) che - nella particolare interpretazione ad essi data dalla Corte di Strasburgo - possono spiegare importanti effetti negli ordinamenti nazionali. A parte talune relazioni che hanno particolarmente approfondito il tema nell'ottica del sistema legale spagnolo - ciò che ha costituito il principale limite del convegno e che è stato evidente, ad es., nell'intervento dedicato ai principi del "giusto processo" di cui all'art. 6 C.E.D.U. nella materia civile - o che hanno affrontato materie estranee alle mie competenze giurisdizionali (come l'intervento sui riflessi della giurisprudenza della Corte nel contenzioso amministrativo), ho trovato particolarmente arricchenti le relazioni presentate sugli aspetti penali (processuali e sostanziali).

Sulla scorta dei criteri di "lettura" della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che sono stati forniti nel seminario di Barcellona e del metodo di "approccio" al sistema della C.E.D.U. che è stato ben illustrato da molti dei relatori, ho quindi cercato di sviluppare il tema del convegno con specifico riguardo all'ordinamento penale italiano e presento qui di seguito - in maniera riassuntiva e schematica - le conseguenti mie riflessioni di carattere generale e particolare, che ho avuto modo di partecipare ai Collegi del distretto di Torino in occasione di un incontro della formazione decentrata tenutosi il 22 Novembre u.s.

### EFFICACIA DELLE NORME CEDU NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Il punto è tuttora dibattuto e sono gli orientamenti possono essere così sintetizzati:

- tre teorie: "formale" (le norme CEDU hanno efficacia di legge ordinaria); costituzionalizzazione ex art. 10 o 11 Cost. delle disposizioni della Convenzione; resistenza di esse alla successiva legislazione ordinaria quale "fonte atipica" (è la teoria più diffusa, accreditata anche da Corte cost. n. 10/1993);
- in generale, tenendo conto del fatto che la CEDU è stata "incorporata" nel nostro diritto interno, il giudice nazionale ha un **obbligo di diretta applicazione** (v. Cass. S.U. 23.11.1988, Polo Castro) e un **obbligo d'interpretazione conforme**, laddove possibile;
- nel processo penale, **la CEDU opera come termine di paragone della legittimità costituzionale delle norme processuali** (preambolo art. 2 l. 81/1987: <<il c.p.p. deve...adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale>>; art. 117, 1° co., Cost.: <<la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché

dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali>>);

- la **"costituzionalizzazione"** dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost. conferisce un'ulteriore argomento per affermare la rilevanza interna delle interpretazioni della Corte di Strasburgo sull'applicazione dei principi costituzionalizzati (come accade per l'applicazione della legge Pinto).

La situazione circa i problemi di efficacia delle norme CEDU è comunque diversa da quella dell'applicazione del diritto comunitario: qui è accettato il primato del diritto comunitario su quello interno perché gli atti normativi comunitari possono avere un'efficacia diretta (regolamenti, direttive *self-executing* inattuati nei rapporti verticali, decisioni, sentenze della Corte) e perché c'è un dialogo diretto tra i giudici interni e la Corte con il sistema del rinvio pregiudiziale; la CEDU, invece, contiene norme "fisse", entrate in quanto tali negli ordinamenti, e le sentenze della Corte di Strasburgo vincolano gli Stati sul piano politico (art. 46 CEDU), ma – almeno in Italia (e a differenza della maggior parte degli altri Stati) – non impongono la riapertura del processo che sia stato giudicato iniquo (vi sono state iniziative legislative in questo senso, anche nell'ultima parte della passata legislatura)

In ogni caso il g. nazionale, pur con i limiti detti, è il primo giudice tenuto a tutelare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali: lo si ricava anche dal principio del ricorso effettivo avanti alle istanze nazionali (art. 13) e dal principio di sussidiarietà (la Corte interviene dopo l'esaurimento dei ricorsi interni: art. 35.1)

Sul problema della "riapertura" del processo giudicato non equo o, comunque, giunto a condanna con violazione delle norme CEDU e dell'esecuzione di sentenze ingiuste, è di particolare interesse il caso Cat Berro, rispetto al quale vi è stata una recente apertura della Cassazione (Cass. pen, Sez. I, 22.9.2005). Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, con decisione 4.7.2006, ha peraltro affermato che l'Italia deve riaprire i procedimenti giudiziari per eliminare le conseguenze delle violazioni del diritto ad un giusto processo rilevate dalla Corte, in particolare nei casi Dorigo, F.C.B., R.R., Bracci e Sejdovic: v. l. 15.12.2005, n. 280, ratifica del 14° Protocollo. Un'iniziativa legislativa di fine legislatura per modificare l'art. 630 c.p.p. e consentire la revisione del processo.

## L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE DI STRASBURGO

L'interpretazione della CEDU nella giurisprudenza della Corte è:

- dinamica ed evolutiva nell'adeguamento del catalogo dei diritti e del loro contenuto in relazione al mutare della coscienza sociale democratica: per questo è necessario guardare sempre alle pronunce più recenti;
- legata alle specificità del caso concreto: il giudizio di violazione o non violazione della CEDU in rapporto allo stesso istituto può variare a seconda della fattispecie; di regola, dunque, esso è un "giudizio di fatto", sicché non è sempre agevole per il giudice nazionale trarre regole applicative certe;

non classica o "monotonica": la Corte adotta spesso una logica *bivalente* o *pluralista*, volta a comparare e a bilanciare nel caso concreto diritti di opposto segno (si pensi alla libertà e alla sicurezza nell'art. 5 CEDU), regole di tutela e loro deroghe, utilizzando giudizi di "proporzionalità", di "equità", di "ragionevolezza", di "accettabilità": una *logica indeterminata (logique floue)*.

La **conseguenza** è che i giudizi della Corte di Strasburgo non portano – di regola – ad affermare la compatibilità o non, una volta per tutte, di una certa condotta statale (o di certe regole giuridiche nazionali) con la CEDU. Se questa tecnica di giudizio ha il pregio di consentire la "adattabilità" della giurisprudenza al caso concreto nell'ottica di una tutela forte dei diritti e delle libertà, d'altro canto sconta il limite della non facile prevedibilità delle pronunce della Corte. Il compito del giudice nazionale quale "primo tutore" dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU non è dunque agevole e postula un'approfondita conoscenza della giurisprudenza di Strasburgo.

## PROBLEMATICHE IN MATERIA DI CUSTODIA CAUTELARE E INDAGINI PRELIMINARI

### CUSTODIA CAUTELARE

**Art 5.1 CEDU**: la norma (che non è riferibile a casi di mera "limitazione" della libertà, di cui si occupano altre disposizioni - v., in particolare, art. 2, IV Protocollo in materia di libertà di circolazione – a meno che si tratti di penetranti limitazioni del diritto parificabili ad una sua privazione, come ritenuto nel caso *Guzzardi c. Italia* per la misura di prevenzione del soggiorno obbligato all'Asinara disposta nei confronti di un sospetto mafioso o, in ipotesi analoga, nel caso *Ciulla c. Italia*) stabilisce che **nessuno può essere privato della libertà a meno che**:

- ricorrano i **casi ivi previsti**, (da intendersi tassativamente, dice la Corte) tra cui la "detenzione provvisoria" dell'**art. 5.1, lett. c** – arresto o detenzione, anche domiciliare, durante la celebrazione di un processo che possa condurre all'applicazione di una sanzione detentiva – subordinata a questi **presupposti** (alternativi)
  - sospetto plausibile di reato: motivi che, complessivamente considerati, sono idonei <<a persuadere un osservatore obiettivo che la persona in questione possa aver commesso il reato>> (C, eur., sent. 30.8.1990, *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*)
  - necessità (motivi fondati) di evitare la commissione di reati
  - pericolo di fuga dopo la commissione di reati
- siano soddisfatti i **modi previsti dalla legge nazionale**, purché questa realizzi lo scopo dell'art. 5: proteggere l'individuo contro l'arbitrio;

**Art. 5 §§. 2-3-4-5 CEDU:** prevedono i **diritti della persona privata della libertà** (il disposto dell'art. 5.3 non riguarda il periodo di carcerazione precedente all'eventuale condanna non definitiva: la detenzione successiva alla condanna non definitiva, di 1° o 2° grado, rientra nell'ipotesi di cui all'art. 5.1, lett. a: v., di recente, C. eur., sent. 6.11.2003, *Pantano c. Italia*);

- **essere informata al più presto** dei motivi dell'arresto e delle accuse in lingua comprensibile (5.2); rispetto all'analogo diritto d'informazione previsto dall'art. 6.3.a, il primo è caratterizzato da una maggior speditezza e una minore specificità;
- **essere tradotta al più presto davanti ad un giudice** (5.3);
- **non essere detenuta per un tempo irragionevole** (in questo modo si interpreta la non felice locuzione "essere giudicata in un termine ragionevole o essere messa in libertà durante la procedura": 5.3), di qui la richiesta di ulteriori motivi per la protrazione della detenzione (la Corte richiama le tre esigenze cautelari che l'ordinamento italiano conosce) e la necessità che le autorità competenti svolgano rapidamente indagini diligenti che confortino il quadro accusatorio;
- **presentare ricorso ad un tribunale che decida entro breve termine** per contestare la detenzione o essere rimesso in libertà (art. 5.4) , ciò che, secondo la Corte, postula l'effettività del contraddittorio anche nei giudizi *de libertate* e la possibilità di richiedere periodicamente il controllo sulla legalità della detenzione;
- **ottenere la riparazione per l'ingiusta detenzione** (art. 5.5.), vale a dire nei soli casi in cui siano stati violati i primi 4 paragrafi della norma;

**La legge italiana sulla custodia cautelare rispetta sostanzialmente la CEDU:**

- l'**art. 13.2 Cost.** prevede una riserva di legge pur senza indicazione di casi tassativi - e di giurisdizione per la privazione della libertà personale;
- il codice prevede **presupposti più stringenti** di quelli della CEDU (gravi indizi di colpevolezza e la ricorrenza di una delle 3 esigenze cautelari che la stessa Corte ha indicato come "ragionevoli motivi" per la protrazione della detenzione provvisoria, unitamente alla diligenza delle autorità nel condurre le indagini): per la c.d. "clausola di salvaguardia" di cui all'art. 53 CEDU le condizioni della legge italiana prevalgono;
- è prevista la **garanzia di giurisdizione** e - soprattutto a seguito delle modifiche apportate con la l. 8.8.1995, n. 332 - vi sono concrete possibilità di esercizio del contraddittorio, sia pur, sostanzialmente, "differito";
- l'art. 143 c.p.p. sancisce l'**obbligo di nomina dell'interprete** per chi non conosca la lingua italiana e la garanzia è stata, in generale, **costituzionalizzata** nell'art. 111.2 Cost.
- è previsto in modo ampio il **diritto d'impugnazione**, con perdita di efficacia della misura se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene nei rapidi termini di cui all'art. 309.10 c.p.p.; per la decisione sull'appello e sul ricorso per cassazione sono egualmente previsti termini brevi, anche se ordinatori e privi di conseguenze;

il codice di rito del 1988 ha previsto la **riparazione per ingiusta detenzione** (prima non poteva essere riconosciuta, nemmeno in forza dell'art. 5.5 CEDU, ritenuta norma non *self-executing*: Cass. S.U. 6.3.1992, n. 2, Lombardi), sia per errore sostanziale (art. 314.1 c.p.p., assoluzione nel merito, salvo il concorso di colpa grave o dolo) sia per violazione della disciplina di legge sulla custodia cautelare (art. 314.2 c.p.p.) e la Corte costituzionale (sent. 2.4.1999, n. 109) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. nella parte in cui esso non disciplina anche i casi di riparazione per l'ingiusta applicazione di misure pre-cautelari; se chi ha subito un'ingiusta detenzione provvisoria non può adire la Corte di Strasburgo per ottenere una condanna ai sensi dell'art. 5.5 CEDU quando possa esperire il rimedio previsto dall'art. 314 c.p.p. (Corte eur. 18.12.2002, *N.C. c. Italia*). Come più oltre si dirà, di recente la Corte ha tuttavia ritenuto che il rimedio non sia ancora sufficiente in tutti i casi e dello stesso avviso, per altre situazioni, si è mostrata la Cassazione a Sezioni Unite

## PUNTI PROBLEMATICI

- 1) **DURATA RAGIONEVOLE DELLA DETENZIONE:** l'art. 13 u.c. Cost. si limita a prevedere la garanzia della durata massima della carcerazione preventiva, ma la CEDU richiede una valutazione in concreto delle ragioni che giustificano la deroga all'inviolabilità della libertà personale; il c.p.p. attua il principio costituzionale, ma consente in ogni momento la rivalutazione del provvedimento custodiale (art. 299.1 c.p.p.) e l'applicazione del diritto convenzionale impone agli operatori giuridici la **massima diligenza**: del giudice (nei limitati casi in cui può revocare o sostituire la misura d'ufficio: art. 299.3 c.p.p.) e del p.m. (comunque tenuto ad avanzare l'istanza quando la custodia cautelare non è più necessaria) anche in relazione alla sollecita e diligente prosecuzione delle indagini e del procedimento (lo ha riconosciuto, di recente, censurando l'operato dei giudici italiani – non dei p.m., poiché le complesse indagini giustificavano i tempi delle indagini – e così ritenendo la violazione dell'art. 5.3, Corte eur. 17.5.2005, *Sardinas Albo c. Italia*, che ha giudicato ingiustificata la detenzione anche per un periodo di 7 mesi in cui le indagini avevano subito uno stallo per la decisione di una complessa questione di competenza per territorio: il Tribunale di Milano si era dichiarato incompetente in favore di Genova che a sua volta aveva trasmesso gli atti a Como; sono inoltre stati ritenuti eccessivi 9 mesi di intervallo tra il rinvio a giudizio e la prima udienza); la sentenza appena citata, in rapido passaggio, sia pur senza farne discendere un'espressa condanna, stigmatizza anche la laconicità delle motivazioni dei provvedimenti cautelari (si ricordi che l'art. 292.2 c.p.p., nella versione risultante dalla l. 332/1995, avvicina il modello argomentativo dell'ordinanza cautelare a quello della sentenza); è necessaria in ogni caso **una particolare celerità del procedimento cautelare** (decisione <<entro breve termine>>, si

legge nell'art. 5.4 CEDU) in tutti i gradi e le fasi di giudizio previste, anche se più numerosi di quello che sarebbe necessario per il rispetto della CEDU, cioè uno: tesi del c.d. "controllo incorporato" nella stessa decisione giudiziaria che dispone la detenzione), donde la violazione dell'art. 5.4 nel caso di un ricorso per cassazione contro l'ordinanza del Tribunale del riesame deciso in 5 mesi e 20 giorni (Corte eur., sent. 9.6.2005, *Picaro c. Italia*) e nel caso di ripetute impugnazioni decise con simili ritardi (circa 3 mesi per un appello, circa 8 mesi e poco più di 4 mesi per due ricorsi per cassazione, in un caso la cui non elevata complessità non giustificava tali ritardi: sent. Corte eur. 19.5.2005, *Rapacciuolo c. Italia*, la quale precisa che il periodo da prendere in considerazione va dalla data di presentazione del ricorso a quelle della comunicazione della decisione e che la celerità deve riguardare qualsiasi ricorso, anche se ve ne sono di contestualmente pendenti)

- 2) **LA RAGIONEVOLEZZA IN CONCRETO DELLA DURATA DELLA DETENZIONE:** al di là della legittimità formale della misura cautelare e del rispetto dei termini massimi di durata della carcerazione preventiva, nell'interpretazione della Corte la CEDU richiede la ragionevolezza in concreto della misura -- e, soprattutto, della sua protrazione nel tempo, anche in relazione alla presunzione d'innocenza (art. 6.2 CEDU) -- con riguardo alla gravità delle prove raccolte, trattandosi pur sempre di un'eccezione alla regola della libertà individuale giustificabile per effettive esigenze di interesse pubblico. V. Corte, sent. 6.4.2000 -- *Labita c. Italia* (condanna per violazione dell'art. 5.3 CEDU nel caso di detenzione cautelare per 2 anni e 7 mesi sulla base della sola dichiarazione *de relato* di un pentito in relazione ad una vicenda processuale per il reato di cui all'art. 416-bis c.p., terminata con sentenza di assoluzione) che afferma:
- la dichiarazione di un solo pentito può inizialmente giustificare la detenzione provvisoria, ma non anche la sua protrazione nel tempo se lo sviluppo delle indagini non comporta l'acquisizione di altre prove a carico;
  - le esigenze cautelari ravvisate (inquinamento probatorio e pericolosità degli imputati) non erano state specificamente e motivatamente riferite a Labita (incensurato e avente un ruolo marginale nella vicenda: il P.M. aveva poi chiesto una condanna a tre anni di reclusione), ma, genericamente, a tutti i numerosi imputati coinvolti nell'indagine e sottoposti a custodia cautelare
  - in ultima analisi, la deroga che la detenzione provvisoria apporta al diritto di libertà -- e alla presunzione d'innocenza -- rende necessaria un'attenta comparazione, in concreto, degli interessi pubblici che rendono legittimo il sacrificio dell'interesse individuale: nell'applicazione della CEDU la Corte di Strasburgo può dunque sostituirsi al giudice nazionale nel valutare il merito delle decisioni *de*

*libertate* (una custodia cautelare di analoga durata a quella patita da Labita - 2 anni, 7 mesi e 7 giorni – è stata ritenuta giustificata nella sentenza Corte eur., 24.8.1998, *Contrada c. Italia*, sul rilievo che il pericolo d'inquinamento probatorio e di subornazione di testimoni fosse effettivo e si fosse protratto per tutta la durata della detenzione, tenendo anche conto della qualità dell'indagato – direttore aggiunto dei servizi segreti civili per la Sicilia – e della gravità dei reati di mafia ipotizzati; per contro, in altro procedimento del genere è stata ritenuta eccessiva una detenzione cautelare di poco più di 4 anni tra l'arresto e la condanna in primo grado, tenendo anche conto della sospensione delle indagini per oltre un anno in attesa che fosse stabilita la competenza territoriale: Corte eur. 16.11.2000, *Vaccaro c. Italia*)

- la legge c.d. attuativa del giusto processo (l. 63/2001) ha in effetti esteso al giudizio cautelare alcune regole del giudizio di merito, anche in relazione alla necessità di riscontri alle chiamate in correità (art. 273, comma 1-bis, c.p.p.): pur dopo la modifica normativa la Cassazione ha tuttavia dato interpretazioni non rigorose, che una recente decisione delle Sezioni unite sconfessa, richiedendo "riscontri individualizzanti" e sottolineando che l'eccezionale ipotesi della limitazione della libertà personale in deroga alla presunzione di non colpevolezza richiede una valutazione del quadro probatorio con criteri simili a quelli utilizzati nel giudizio di merito e che porti, se non all'acquisizione della certezza, a quella della elevata probabilità di colpevolezza dell'indagato: Cass. S.U. 30.5.2006, n. 36267 (nella pregevole motivazione della sentenza non sarebbero stati mali i richiami alla CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo)

3) **PRESUNZIONE DELLA NECESSITA' DELLA CUSTODIA IN CARCERE** nel caso di indiziati per reati di stampo mafioso (art. 275.3 c.p.p.): C. eur., sent. 6.11.2003, *Pantano c. Italia*, pur ribadendo il principio secondo cui la detenzione cautelare è misura eccezionale, che dev'essere adottata dal giudice soltanto quando assolutamente necessaria, sicché la presunzione del 275.3, 2<sup>a</sup> parte c.p.p. potrebbe sembrare eccessivamente rigida, riconosce che la lotta contro il "flagello" della mafia «può, in taluni casi, richiedere l'adozione di misure che giustificano una deroga alla regola fissata nell'art. 5, dirette a proteggere, innanzi tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, oltre che a prevenire la commissione di altri gravi reati. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità si può giustificare, in particolare quando non è assoluta, ma possa essere contraddetta dalla prova contraria»>. La dottrina ha sottolineato che parlare di "deroga" è improprio – l'art. 5 CEDU, a differenza di altri, è bensì "derogabile" ai sensi dell'art. 15 CEDU, ma soltanto seguendo la procedura prevista (che l'Italia non ha mai seguito per problemi legati alla mafia) e comunque per periodi limitati nel tempo – ma la presunzione della legge italiana può in effetti trovare giustificazione nel bilanciamento degli interessi considerati dall'art. 5, purché, come

la stessa Corte riconosce, non sia assoluta e a differenza di quanto prevedeva il codice Rocco – con disciplina giustificata dalla Corte costituzionale nel 1970 e poi oggetto di ripetute modifiche - con il mandato di cattura obbligatorio e contestuale divieto di concedere la libertà provvisoria per certi reati; la decisione Pantano, del resto, è in linea con quanto ritenuto da Corte cost., ord. 450/1995 in sede di scrutinio di legittimità costituzionale della presunzione di cui all'art. 275.3 c.p.p., che, comunque, parte della dottrina continua a ritenere inadeguata laddove esclude la possibilità di ritenere sufficienti misure meno afflittive qualora si dimostri, in concreto, l'esistenza di un non grave *periculum libertatis* (nel caso Pantano, poi, tenendo conto della gravità dei reati e della complessità del processo, anche in relazione all'elevato numero degli imputati, si è ritenuta giustificata una detenzione provvisoria dall'arresto alla condanna in primo grado – di 2 anni, 8 mesi e 14 giorni)

- 4) **L'INFORMAZIONE DEGLI STRANIERI:** per la Corte è sufficiente una traduzione orale (basta, dunque, l'interprete in sede udienza di convalida o nell'interrogatorio di garanzia), ma nella gestione della regola nei casi concreti non guasterebbe una maggiore attenzione
- 5) **CASI DI VIOLAZIONE DELLE REGOLE:** la sostanziale conformità della disciplina nazionale a quella convenzionale non esclude che la violazione della CEDU possa derivare dall'illegittimità dell'operato degli organi nazionali (caso Labita/Italia: detenzione illegale per 8 ore, causa indisponibilità dell'impiegato dell'ufficio matricola del carcere che doveva provvedere alle verifiche e formalità successive all'ordine di scarcerazione; Corte eur. 2.8.2001, *Vittorio e Luigi Mancini c. Italia*, si è ritenuta la violazione dell'art. 5.1 CEDU per un ritardo di 6 giorni nell'esecuzione di un'ordinanza che aveva sostituito la custodia cautelare con gli arresti domiciliari, ritenendo che la prima misura fosse comunque ben più limitativa della libertà personale; la Corte ammette invece un breve ritardo "tecnico" per l'immediato compimento delle formalità: nella sent. 1.7.1997, *Giulia Manzoni c. Italia* si era giustificato un ritardo di 5 ore nella scarcerazione; nella sent. Corte eur. 9.6.2005, *Picaro c. Italia* si è giustificato il ritardo di un giorno con cui la cancelleria del Tribunale del riesame ha trasmesso al carcere l'ordine di liberazione, mentre si è condannata l'Italia perché il ricorrente era stato detenuto per 24 giorni successivi allo spirare dei termini massimi di carcerazione preventiva, come riconosciuto dal tribunale del riesame). Un altro caso di violazione delle regole è quello recentemente deciso da Corte eur. 1.6.2006, *Fodale c. Italia*, in cui si è riconosciuta la violazione dell'art. 5.4 CEDU perché nel procedimento di impugnazione cautelare non erano stati garantito il contraddittorio e l'eguaglianza delle armi (la Cassazione aveva ommesso di notificare all'indagato e al suo difensore l'avviso di fissazione dell'udienza in camera di consiglio in

cui era stato accolto il ricorso del P.M. avverso l'annullamento dell'ordinanza di custodia cautelare): anche nel procedimento cautelare, insegna la Corte, debbono rispettarsi i principi fondamentali dell'equo processo previsti dall'art. 6 CEDU;

6) **LA RIPARAZIONE PER INGIUSTA DETENZIONE COME PREVISTA DALL'ART. 314 C.P.P. NON E' SEMPRE MISURA SUFFICIENTE:** lo ha riconosciuto la sent. *Picaro c. Italia*, condannando lo Stato per violazione dell'art. 5.5 CEDU, in un caso d'ingiusta detenzione per superamento dei termini massimi di custodia cautelare (a causa di "contestazioni a catena") sul rilievo che la Cassazione applicando l'art. 314 co. 4 c.p.p. – esclude la riparazione nel caso in cui l'ingiusta detenzione sia poi computata quale espiazione della pena inflitta con la condanna; non si riconosce peraltro efficacia quale rimedio che soddisfa il precetto dell'art. 5.5 CEDU, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni in base alla legge sulla R.C. dei magistrati, che prevede la *probatio diabolica* del dolo o della colpa grave; la situazione ha tuttavia riguardo ad una violazione di carattere "formale" che non si è sostanzialmente tradotta in un "sacrificio sostanziale" stante l'applicazione del principio di fungibilità di cui all'art. 657 c.p.p. Una questione di sostanziale violazione dell'art. 5 CEDU e della Costituzione – è stata invece ravvisata da Cass. S.U. 30.5.2006, n. 25084, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. nella parte in cui non consente la riparazione della carcerazione preventiva per il periodo eccedente quello della condanna poi inflitta: la pronuncia dimostra una maggiore attenzione della recente giurisprudenza alla CEDU, anche se la garanzia convenzionale non necessariamente copre quest'ipotesi (è pur vero che la ragionevolezza della protrazione della detenzione dipende anche dalla gravità del reato, come pure il diritto interno riconosce: v. art. 275, commi 2 e 2-bis, e 299.2 c.p.p.)

7) **ESECUZIONE DI MANDATO D'ARRESTO EUROPEO:** Cass. Sez. VI, 23.9.2005, *Ilie* ha chiarito – richiamando anche l'art. 5 CEDU – che per l'art. 17 comma 4 l. 69/2005, un mandato d'arresto di persona sottoposta a procedimento cautelare deve fondarsi su gravi indizi di colpevolezza, ma, in conformità a quanto si riteneva in relazione all'extradizione retta da Convenzioni internazionali, l'Italia non può "rivalutare" (come il ricorrente pretendeva nel caso di specie) le condizioni ritenute sussistenti dallo Stato richiedente, dovendosi limitare all'accertamento che quella valutazione sia stata fatta (nello stesso senso, Cass. Sez. VI, 22.11.2005, *Calarese*)

**NORME CEDU CORRELATE:**

**art. 5.1, lett. a:** la pronuncia di una sentenza di condanna, ancorché non definitiva, è titolo autonomo sufficiente a giustificare la privazione della libertà, sicché non si applicano i più stringenti requisiti di cui al paragrafo 3; con riguardo a tale situazione, la disciplina del c.p.p., che continua a considerare la situazione quale custodia cautelare, è più garantista e ciò anche in omaggio alla presunzione costituzionale di non colpevolezza fino alla condanna "definitiva" di cui all'art. 27.2 Cost. (dal contenuto diverso dalla presunzione d'innocenza fino alla condanna, anche non definitiva, di cui all'art. 6.2 CEDU); dal punto di vista della compatibilità della condotta degli Stati con la CEDU, questo significa che, dopo la condanna non definitiva, il giudizio sulla protrazione della custodia cautelare in termini di "ragionevole durata" della detenzione – sussistendo i presupposti del diritto interno – è ancorato a parametri un po' meno severi (ma non troppo...poiché, da un lato, opera comunque il diritto a che il processo sia concluso in tempi ragionevoli e, d'altro lato, il sacrificio alla libertà personale deve pur sempre trovare giustificazione nella necessità di tutelare la sicurezza altrui)

**art. 32:** soltanto la "vittima" di una violazione della CEDU può presentare ricorso alla Corte, sicché nel caso in cui sia stata accolta la domanda di riparazione per l'ingiusta detenzione si discute se il soggetto possa ancora adire la Corte di Strasburgo: nella sentenza *Labita / Italia* si è ritenuto che ciò sia possibile laddove lo Stato non abbia sostanzialmente riconosciuto la violazione (nel caso di specie l'equa riparazione era stata attribuita ai sensi dell'art. 314.1 c.p.p.)

**art. 35:** con riguardo alla condizione di ricevibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo per previo esaurimento dei ricorsi interni in relazione alla doglianza circa l'illegittima durata della custodia cautelare per non diligente conduzione del procedimento, la dec. 8.1.2004, *Sardinas Albo c. Italia* ha ritenuto che il mancato ricorso in Cassazione per contestare sotto tale profilo l'illegittimità della misura non precluda di adire la Corte europea. L'art. 13, peraltro, richiede una possibilità di "ricorso effettivo", ciò che non postula la certezza di un risultato favorevole, ma che richiede invece l'efficacia dello strumento ai fini della tutela del diritto asseritamente violato. Nella citata decisione *Sardinas Albo* si osserva che la Cassazione <<ha rifiutato in alcuni casi di applicare direttamente l'art. 5 § 3 della Convenzione>>, che <<non è stato dimostrato che la Corte di cassazione possa prendere in esame la diligenza prestata dalle competenti autorità nazionali nella conduzione del procedimento>> e che <<il Governo non ha prodotto alcun esempio suscettibile di dimostrare che il ricorso per cassazione è stato utilizzato con successo per contestare la durata di una custodia cautelare con riferimento ai criteri stabiliti nella giurisprudenza di questa Corte>> : una "sonora bacchettata" alla nostra Suprema Corte – e ai giudizi nazionali in genere – per la mancata applicazione della giurisprudenza europea sulla CEDU!

Quanto alla prevista possibilità di ottenere l'equa riparazione per l'ingiusta detenzione, ancora di recente si è detto che la mancata richiesta in sede nazionale non è condizione ostativa al ricorso al Corte.

## DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA

Con l'espressione **diritto alla riservatezza** – che è relativamente recente (si parla a volte di diritti fondamentali "di seconda generazione") – ci si intende riferire al rispetto della vita privata (*privacy*) nelle sue diverse connotazioni (domicilio, corrispondenza, comunicazioni...) da forme di aggressione di regola riconducibili ad atti di "intrusione" o "rivelazione". Il primo aspetto riguarda da vicino il processo penale in relazione alle potenzialità lesive dei diritti connesse all'uso da parte dell'autorità di "mezzi di ricerca della prova" particolarmente insidiosi.

La CEDU prevede, all'**art. 8**, la tutela del diritto (§. 1) e le modalità e i casi di suo legittimo sacrificio (la giurisprudenza europea, peraltro, si riferisce in larga parte a situazioni di violazione dei diritti di persone detenute), nell'ottica della comparazione dei diversi interessi in conflitto, quando ciò sia necessario per soddisfare esigenze pubbliche (in termini analoghi, l'art. 12 *Dichiarazione universale ONU dei diritti dell'uomo* e l'art. 17 *Patto internazionale ONU sui diritti civili e politici*). In particolare:

- **i 4 aspetti della riservatezza** (vita privata -- sfera intima – famiglia, domicilio, corrispondenza: tutti intesi in senso ampio)
- **i 4 presupposti della limitazione** (situazione di legalità formale e sostanziale, chiara e determinata, prevedibile -, intervento della pubblica autorità (anche soltanto della polizia, senza garanzia di giurisdizione), tassatività dei motivi, necessità – non basta l'utilità od opportunità - della limitazione in una società democratica che implica proporzionalità tra lo scopo legittimo perseguito e i mezzi utilizzati)
- **quella disciplinata dall'art. 8.2 CEDU è una pretesa giuridica azionabile nei confronti dei pubblici poteri**: secondo la Corte europea, la norma tende a proteggere l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici nella sua vita privata; ne deriva la non invocabilità della norma – essendo applicabile soltanto la generale previsione di cui all'art. 8.1 CEDU – nel caso di elementi di prova acquisiti da privati che coinvolgono il diritto alla riservatezza: resta fermo il problema, non definitivamente risolto sul piano nazionale, dell'utilizzabilità processuale degli elementi acquisiti dai privati in modo illecito (la prova illecita che ne deriva è ammissibile ai sensi dell'art. 191.1 c.p.p.? per le intercettazioni illegali fatte - da privati o dalla polizia – senza l'autorizzazione dell'a.g., il recente d.l. 22.9.2006, n. 259, convertito in legge un paio di giorni di fa, dispone l'assoluta inutilizzabilità, anche sul piano pre-processuale, non potendo valere nemmeno come *notitiae criminis* o per finalità investigative)

### PERQUISIZIONI

- 1) **situazione di legalità**: con riferimento al diritto italiano essa manca, secondo la Corte, quando l'atto della polizia – pur astrattamente legittimo,

perché avvenuto invocando l'art. 41 T.U.L.P.S. (la cui formulazione è stata ritenuta sufficientemente precisa) - non sia stato convalidato dal p.m.: Corte eur., 8.2.2005, *L.M. c. Italia*, che ha inoltre condannato lo Stato per violazione dell'**art. 13 CEDU**, non essendo stato garantito un mezzo di ricorso contro la violazione (la possibilità di richiedere il riesame è infatti prevista soltanto nel caso in cui la perquisizione abbia dato esito positivo e il sequestro sia stato convalidato: art. 355.3 c.p.p.), sicché ricorre qui un problema di non compatibilità del diritto nazionale con la CEDU; per il resto, la disciplina normativa delle perquisizioni - che a livello costituzionale è ampiamente garantita dagli artt. 13 e 14 Cost. - appare invece conforme alla Convenzione;

- 2) **proporzionalità tra il fine legittimo e i mezzi utilizzati**: secondo la Corte il requisito difetta quando il decreto di perquisizione emesso dall'a.g. non contenga indicazioni sufficientemente precise in ordine all'oggetto da ricercare (Corte eur., 9.12.2004, *Van Rossem c. Belgio* e Corte eur. 28.4.2005, *Buck c. Germania*) - di qui la necessità di evitare nei decreti di perquisizione formule "di stile" che si limitano a riprodurre il tenore dell'art. 247.1 c.p.p. - e sia eseguita senza sufficienti garanzie, come l'inventario dei beni sequestrati (nella specie - ancora la sent. *Van Rossem* - documenti)

### **INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI O CONVERSAZIONI**

- **la tutela costituzionale**: art. 15 Cost. riserva di giurisdizione e (in modo più blando rispetto agli artt. 13 e 14 Cost.) di legge
- **la disciplina del c.p.p. è formalmente rispettosa** del diritto fondamentale tutelato dalla CEDU, ma non mancano

#### **aspetti problematici**

- 1) **IL LIMITATO CONCETTO DI "INTERCETTAZIONE" ACCOLTO** non tutela la riservatezza delle comunicazioni di chi, a sua insaputa, è "registrato" dall'altro interlocutore: in un non recente caso del genere, Corte eur. 23.11.1993, *A. c. Francia*, ha riconosciuto la lesione dell'**art. 8 CEDU** (qui il "registrante" era d'accordo con un ufficiale di p.g.) sul rilievo dell'ampia tutela riconosciuta dalla norma a chi subisca intrusioni nella propria vita privata senza aver dato il consenso; la dottrina italiana ha ipotizzato l'inutilizzabilità delle "registrazioni" a fini processuali se non autorizzate (o perché assimilabili alle intercettazioni di cui agli artt. 266 ss. C.p.p., o in applicazione dell'art. 191 c.p.p. in relazione all'art. 8 CEDU) e la tesi è stata accolta da GIP Trib. Roma 14.2.2000, che, richiamando l'art. 8 CEDU, ha ritenuto l'inutilizzabilità ex art. 191.1 c.p.p. della registrazione fatta da un interlocutore all'insaputa dell'altro; in una recente fattispecie relativa alla registrazione fatta dalla polizia di un colloquio da essa intrattenuto con una persona informata dei fatti, Cass. 15.12.2005, n. 2829 è andata in contrario avviso, consentendo

l'utilizzabilità del nastro, sia pure nell'ambito del giudizio abbreviato; in effetti – al di là del controverso aspetto circa l'inutilizzabilità nel diritto nazionale – non pare che un caso del genere (registrazione fatta da privati, senza l'intervento della polizia) costituisca una indebita "ingerenza" nell'altrui sfera di riservatezza con violazione dell'art. 8 CEDU. In ogni caso – senza distinguere tra registrazioni fatte da un interlocutore privato allo scopo di "memorizzare" il contenuto del colloquio, ovvero a registrazioni fatte da privato d'accordo con la polizia, magari in ascolto "diretto" tramite microfono (situazioni, queste ultime, in cui alcune decisioni della Suprema Corte avevano ritenuto l'inutilizzabilità delle registrazioni equiparandole alle intercettazioni: Cass. Sez. VI, sent. 31.1.2001; Cass. Sez. I, 17.3.1999, Di Cuonzo) – Cass. S.U. 28.5.2003, N. 36747, Torcasio ha ribadito l'orientamento tradizionale, per cui si è al di fuori del concetto di "intercettazione" disciplinato dal codice e si tratta invece di prova documentale ex art. 234 c.p.: resta, comunque, il dubbio sulla compatibilità con la CEDU di tali attività nel caso di partecipazione alla registrazione della polizia, ciò che può in effetti costituire "ingerenza" della pubblica autorità nel senso dell'art. 8.2 CEDU. Se così fosse, sul piano del diritto convenzionale non ne deriverebbe necessariamente l'inutilizzabilità del nastro nel processo, poiché per la Corte di Strasburgo la valutazione dell'impiego sul piano processuale di informazioni ottenute in violazione di diritti della CEDU risponde comunque ai diversi requisiti che la Corte richiede in relazione alla garanzia del "giusto processo" di cui all'art. 6 CEDU

- 2) **ASCOLTO DI COMUNICAZIONI SU FREQUENZE FACILMENTE CAPTABILI:** anche in questo caso parte della dottrina ha ipotizzato la stessa conclusione in termini di inutilizzabilità invocando il precedente di Strasburgo, ma pure in questo caso non sembra corretto ritenere la lesione del diritto protetto dall'art. 8 CEDU e la giurisprudenza di legittimità ha sempre escluso che fossero applicabili le regole sull'intercettazione (v. Cass. Sez. I, 17.6.1997, Bottaro e Cass. Sez. V 19.12.1996, Bruzzise)
- 3) **L'ACCERTAMENTO CONCRETO** di eventuali violazioni tenendo conto dell'operato delle autorità è pure qui possibile: la dottrina lo aveva ipotizzato (per mancanza del requisito di "necessità") in quei casi in cui il provvedimento d'intercettazione era stato motivato su fonti confidenziali non rivelate (la legge sul giusto processo ha posto fine a questa giurisprudenza: v. artt. 203, comma 1-bis, e 267, comma 1-bis, c.p.p.); la Corte europea ha invece rilevato una concreta violazione del diritto in un caso in cui non era stato consentito all'interessato di contestare la legittimità dell'operato degli inquirenti (v. Corte eur. 29.3.2005, *Matheron c. Francia*, che ha ravvisato la violazione dell'art. 8 CEDU per non essere stato consentito all'imputato di contestare la validità di un'intercettazione

disposta in altro procedimento in cui lui non era coinvolto: a quest'esigenza, nel nostro diritto nazionale, risponde la disciplina di cui all'art. 270 c.p.p.)

- 4) **VIDEORIPRESE IN LUOGHI "PRIVATI"**: il "diritto vivente" (Corte cost. 24.4.2002, n. 135; Cass. Sez. IV 19.1.2005 n. 11181; Cass. S.U. 27.3.2006, N. 26795) reputa che tali attività siano soggette alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti "ambientali" (art. 267.2 c.p.p.) laddove costituiscano il mezzo per meglio verificare il contenuto di "colloqui" (nelle forme gestuali), sicché, anche per tale fattispecie, diviene rilevante accertare
- 5) **IL CONCETTO DI "PRIVATA DIMORA"**: secondo Cass. Sez. VI 23.2.2004, Agate <<si deve escludere che l'ambiente carcerario, sia esso la cella o la sala colloqui dell'istituto di detenzione, luogo *lato sensu* pubblico, sotto il diretto e immediato controllo dell'amministrazione penitenziaria che su di esso esercita la vigilanza e cui soltanto compete lo *ius excludendi*, rientri nel concetto di privata dimora nel possesso e nella piena disponibilità dei detenuti>> (dove la legittimità e l'utilizzabilità delle intercettazioni "ambientali" senza restrizioni, anche perché, però, si trattava in quel caso di reati di criminalità organizzata); per la giurisprudenza maggioritaria, agli stessi fini si deve escludere l'abitacolo dell'auto (il punto è controverso: nel senso indicato, Cass. Sez. V, 20.4.2004, n. 24229; Cass. Sez. I, 18.10.2000, Galli; Cass. Sez. VI, 23.1.2001, De Palma; *contra*, Cass. Sez. II, 10.6.1998, n. 1831)

#### **NORME CEDU CORRELATE**

- **ART. 6.3**: è stata riconosciuta la violazione del diritto di difesa nel caso di sorveglianza dei colloqui tra indagato detenuto e suo avvocato - non si trattava, però, di intercettazioni effettuate di nascosto - per tre mesi, senza che vi fossero ragioni serie e convincenti (Corte eur. 31.1.2002, *Lanz c. Austria*); per contro, in un precedente caso (sent. 27.2.1997, *Kempers c. Austria*) la Corte aveva giustificato in modo eccezionale un'analogha ingerenza nel diritto di difesa perché le confidenze avrebbero potuto permettere di arrestare gli altri componenti della banda criminale il cui capo era in carcere)

#### **VIDEORIPRESE IN LUOGHI "RISERVATI"**

Nel diritto interno appare oggi pacifica la legittimità e l'utilizzabilità processuale di videoriprese fatte in luogo pubblico o aperto al pubblico, ove non ci sono esigenze di riservatezza da tutelare: i risultati costituiscono "documenti" ex art. 234 c.p.p. o "prove atipiche" ex art. 189 c.p.p. a seconda che si tratti di atti extra-processuali o processuali (frutto di attività di indagine). Deve però segnalarsi che Corte eur. 17.7.2003, *Perry c. Regno Unito*, ha ritenuto la

violazione dell'art. 8 CEDU nel caso di ripresa nascosta dell'immagine di un uomo effettuata dalla polizia al fine fare effettuare un riconoscimento da terzi, perché non risultava rispettata la procedura prevista dal codice (consenso dell'interessato, avviso della registrazione, informazione dei relativi diritti): sembra trattarsi di una decisione legata alla specifica disciplina del Regno Unito. Certo che, se si tratta davvero di una "ingerenza" nella vita privata che rientra nell'art. 8.2 CEDU, il punto può diventare problematico rispetto a libere prassi investigative qui utilizzate.

Particolarmente controversa è invece la soluzione da dare al problema nel caso di videoriprese (non funzionali alla captazione di colloqui: altrimenti si rientra nel concetto di intercettazione di comunicazioni) fatte in luoghi in cui si svolgono atti della vita privata che costituiscono oggetto di un "diritto alla riservatezza" (tutelato ai sensi dell'art. 2 Cost., 8 CEDU, 17 Patto ONU). Sul punto è intervenuta la recentissima sent. Cass. S.U. 27.3.2006, N. 26795, che distingue due ipotesi:

- videoriprese fatte in luoghi riconducibili alla nozione di "domicilio" di cui all'art. 14 Cost. (che presuppone una relazione "stabile" tra un soggetto e un luogo, tale da escludere i terzi anche quando egli non vi si trovi): sarebbe necessaria un'espressa disciplina normativa, in assenza della quale si debbono ritenere "prove vietate dalla legge", e dunque non ammissibili ex art. 191.1 c.p.p. (nello stesso senso, sostanzialmente, Corte cost. sent. 135/2002, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo a 266.2 c.p.p. per estenderne la disciplina al caso di specie, sul rilievo che si tratterebbe di situazioni non equiparabili, essendo questa, riconducibile alla tutela di cui all'art. 14 Cost., più delicata di quella, riconducibile alla previsione di cui all'art. 15 Cost.);
- videoriprese fatte in luoghi che non costituiscono "domicilio" (come le *toilettes* o i *privés* dei locali pubblici: era quest'ultimo, però, il caso che ha dato origine alla citata sentenza della Consulta, che non ha fatto tale distinzione), per cui, non essendo applicabile l'art. 14 Cost. (nello stesso senso, Cass. Sez. VI, 16.11.2005, n. 11654, relativa ad un bagno pubblico, che ha ritenuto utilizzabile la videoregistrazione fatta dalla polizia) e ed essendo per converso rinvenibile un generale principio secondo cui si tratta di atti soggetti alla "riserva di giurisdizione", occorrerebbe comunque un atto autorizzativo (consapevole e motivato) dell'autorità giudiziaria, in mancanza del quale la "prova atipica" non sarebbe ammissibile.

**La conclusione delle Sezioni unite desta perplessità** non solo sul piano del diritto nazionale (si costruisce in via analogica - non è ben chiaro rispetto a quale mezzo di ricerca della prova disciplinato *ex lege* - una "prova atipica" che... perderebbe tale qualità!), ma anche in relazione alla previsione dell'art. 8 CEDU. La stessa Cassazione, invero, riconosce che la tutela della "riservatezza" al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'art. 14 Cost. discende dalla norma pattizia, ma questa - in modo più rigoroso rispetto all'art. 17 del Patto - contempla (tra gli altri requisiti) una riserva di legge che sbarrata la strada all'atipicità della prova e che, per contro, seguendo lo stesso iter argomentativo della Corte con riguardo alle riprese nel domicilio, dovrebbe

condurre all'inammissibilità della prova ai sensi dell'art. 191.1 c.p.p., qualora di tale norma si dovesse dare l'interpretazione che le Sezioni Unite sembrano ricollegarvi. Deve ribadirsi, però, che secondo la giurisprudenza di Strasburgo gli elementi di prova ottenuti in violazione di diritti e libertà garantiti dalla CEDU non per questo sono del tutto inutilizzabili: la questione dev'essere esaminata alla luce dei criteri del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, secondo cui – come si ricava dalla giurisprudenza in tema di agenti di polizia "infiltrati" e violazione del diritto al silenzio – il risultato probatorio può essere utilizzato, purché confortato da altri elementi di prova, ai fini della condanna.

## SEQUESTRI

- 1) Un problema analogo a quello appena discusso si riscontra nel caso di **prove ottenute dagli organi inquisitori con modalità illegittime**: si va da caso "classico" della perquisizione illegittima che conduce all'apprensione di cose "pertinenti al reato" o "corpo del reato" suscettibili di sequestro probatorio (per un caso recente v. Cass. Sez. fer. 27.6.2006, 29550, che ha ritenuto legittimo il sequestro applicando la regola sintetizzata dal brocardo *male captum bene retentum*) alle numerose pronunce rese con riguardo alla legittimità del sequestro di materiale informatico (*computers, CD...*) utile per la prova del reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. (detenzione di materiale pedo-pornografico), ottenute in violazione delle speciali norme che disciplinano le attività di contrasto a tali forme di criminalità (art. 14 l. 269/1998) e consentono alla polizia, seguendo certe modalità, di effettuare attività "sotto copertura" come "agenti provocatori", quali il commercio di materiale pedopornografico o l'attivazione dei c.d. siti civetta (nel senso dell'inutilizzabilità delle prove illegittimamente raccolte, per violazione dell'art. 191.1 c.p.p., e del successivo sequestro: Cass. 28.1.2005, n. 13500; Cass. 29.4.2004, n. 24000; Cass. 5.5.2004, n. 37074; nel senso dell'utilizzabilità delle informazioni così ottenute quale *notitia criminis* e del successivo sequestro in applicazione del principio del *male captum bene retentum*, anche in funzione della confisca prevista dall'art. 600-*septies* c.p.: Cass. 19.10.2005, n. 41957; Cass. 8.6.2004, n. 29496). Il tema non risulta essere stato affrontato nella prospettiva della CEDU – né portato all'attenzione della Corte di Strasburgo – e la soluzione non è scontata: da un lato – e questa appare la conclusione più conforme al dettato normativo – potrebbe dirsi che l'ingerenza nella vita privata e nella corrispondenza (intesa in senso ampio, e dunque anche "telematica") delle persone dev'essere prevista dalla legge, sicché nel caso di violazione della disciplina statutale potrebbe esservi lesione del diritto garantito dall'art. 8 CEDU (con la conseguente applicazione, nel diritto nazionale e secondo una certa tesi, dell'art. 191.1 c.p.p.); d'altro lato, tenendo conto del "bilanciamento degli interessi" che spesso guida la Corte nelle sue decisioni, e che è richiesto pure dall'art. 8.2 CEDU, potrebbe invece ritenersi la legittimità del "sequestro" di prove che

consentono l'accertamento e la repressione dei reati, soprattutto se gravi come quelli relativi alla sfruttamento sessuale dei minori (la giurisprudenza di *common law* inglese opta per l'applicazione del principio *male captum bene retentum* sul rilievo che la rinuncia alla prova sarebbe conseguenza spropositata se il medesimo risultato sarebbe stato altrimenti, legittimamente, conseguibile: in ciò sta la differenza rispetto alle videoriprese). Si tratta di problema complesso e delicato, che meriterebbe un approfondimento e l'indicazione di soluzioni chiare sia a livello europeo che a livello nazionale

- 2) E' diverso il caso del **sequestro di documenti o cose da cui possano trarsi informazioni riservate sulle persone ma che non abbiano avuto origine da attività di "ingerenza" nell'altrui sfera riservata compiuta dalle pubbliche autorità**: Cass. 12.6.2003, n. 37442 e Cass. 13.5.2005, n. 22599, ad esempio, hanno escluso la lesione di diritti fondamentali della persona, in quel caso dedotti con riferimento alla Costituzione e non alla CEDU, e quindi la violazione dell'art. 191.1 c.p.p. per l'utilizzabilità ai fini della prova del reato di guida in stato d'ebbrezza di **accertamenti medici** eseguiti in ospedale, per finalità terapeutiche, dopo un sinistro stradale; lo stesso dovrebbe potersi dire nel caso di utilizzo di un campione di sangue dell'imputato detenuto, prelevato nell'ambito di ordinari accertamenti sanitari fatti in carcere, per l'esame del DNA a fini probatori (Cass. 28.4.2005 n. 24586), ovvero, allo stesso scopo, nel caso di sequestro di oggetti contenenti materiale organico (Cass. 2.2.2005, n.8393): in questi casi difetta la *ratio* dell'art. 8.2 CEDU e il mero sequestro probatorio – in via generale legittimo in base al diritto nazionale – appare strumento proporzionato rispetto all'interesse pubblico all'accertamento dei reati (se, invece, occorresse attuare una attività investigativa imperiosa di "ingerenza" nell'altrui sfera privata e personale per simili finalità – prelievo di capelli, peli, mucosa del cavo orale, accertamenti medici – occorrerebbe certamente, ai sensi dell'art. 8 CEDU e della Costituzione, un'adeguata disciplina legislativa che oggi manca: a ciò risponde il recente d.d.l. approvato il 12.10.2006 dal Consiglio dei Ministri)
- 3) Cass. S.U. 28.1.2004, n. 5876, Esposito, richiamando anche la CEDU -- in particolare, l'art. 1 del I Protocollo aggiuntivo, che tutela la proprietà -- ha ritenuto la necessità che il decreto di sequestro del corpo di reato per fini probatori (o la sua convalida) contenga esplicita motivazione delle finalità di accertamento del reato a cui esso è preordinato, trattandosi di garanzia necessaria ai fini di contemperare il diritto del singolo rispetto ai suoi beni con l'interesse pubblico che impone il sacrificio del diritto

Pinerolo, 5 Dicembre 2006.

(Gianni Reynaud)

