

Sequestro di corrispondenza dei detenuti, intercettazione atipica e prova “incostituzionale”

di Luca D’Apollo

Sommario: 1. Premessa - 2. Segretezza della corrispondenza, regole penitenziarie ed esigenze processuali - 3. Cassazione Sentenza n. 20228 del 23 maggio 2006 - 4. Prove “incostituzionali” - 5. Nozione “lata” di intercettazione - 6. Conclusioni

1. Premessa I

L’acquisizione della corrispondenza del detenuto ai fini della prova nel processo penale, inferendo direttamente su un diritto costituzionalmente garantito - l’art. 15 Cost. tutela la libertà e la segretezza della corrispondenza -, rientra nel più complesso genus delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in genere e, come tale, deve sottostare al rispetto della tassativa procedura legislativa prevista per la sua acquisizione ed utilizzazione.

La tematica è stata di recente affrontata dal Supremo Collegio. Importante è il dictum espresso dalla Cassazione nella sentenza n. 20228 del 23 maggio 2006, una delle poche sentenza sul tema.

Secondo il Collegio “il provvedimento con cui il pubblico ministero ordina al direttore della Casa Circondariale di esibire alla polizia giudiziaria tutta la corrispondenza relativa ad un detenuto e di consentire l’estrazione di copia, dà luogo, in assenza di un precedente ordine di sottoposizione a visto di controllo disposto con le modalità e le garanzie di legge di ordinamento penitenziario, ad una forma atipica di intercettazione del contenuto della corrispondenza epistolare, con conseguente inutilizzabilità probatoria della corrispondenza per mancanza dell’autorizzazione del giudice”.

La lettura della decisione della Cassazione ci fornisce lo spunto per una breve analisi delle tematiche connesse alla tutela delle libertà del detenuto nel nostro sistema di giustizia.

2. Segretezza della corrispondenza, regole penitenziarie ed esigenze processuali

Per comprender appieno la portata innovativa della sentenza n. 20228/2006 è necessario esaminare sommariamente quelle che sono le norme di riferimento sul tema, e la loro obiettiva portata.

Il principio fondamentale è, sicuramente, costituito dall’art. 15 Cost., secondo cui “la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”.

Ciò implica, in primis, che, ai fini dell’intercettabilità della corrispondenza è necessario un atto motivato che ne legittimi la violazione della segretezza.

Sul piano normativo, la materia è stata ulteriormente regolamentata dall’art. 18 ter Ord. Pen. che, appunto, ha stabilito le modalità attraverso le quali può essere sottoposta a controllo, ed eventualmente a sequestro, la corrispondenza dei detenuti.

Invero, prima dell’intervento riformatore operato dal legislatore del 2004 con la legge n. 95, l’art. 18 dell’ordinamento penitenziario non specificava i casi in cui la limitazione della libertà e segretezza della corrispondenza dei reclusi poteva essere adottata, non stabiliva la sua durata, né le ragioni che la potevano giustificare, né, infine, i criteri a cui doveva ispirarsi il giudice nell’assumere la decisione al riguardo.

La disciplina ante riforma, proprio perché attribuiva alla autorità giudiziaria ampi margini di discrezionalità, è stata oggetto di numerose critiche ed anche di censura da parte della Corte Europea nei casi Diana (C. Eur., Dir. Umani, 15 novembre 1996, Diana e Italia) e Domenichini (C. Eur., Dir. Umani, 15 novembre 1996, Domenichini e Italia).

In altre numerose sentenze La Corte Europea arrivò a condannare l’Italia per i controlli effettuati sulla corrispondenza del detenuto che, in assenza di una rigorosa disciplina che ne stabilisse i limiti, le ragioni giustificatrici, e le modalità di acquisizione, rappresentava un’illegittima ingerenza dell’Autorità giudiziaria nel diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU

(Corte Europea, Sez. I, 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia; Corte Europea, Sez. IV, 26 luglio 2001, Di Giovine c. Italia; Corte Europea, Sez. II, 21 dicembre 2000, Rinzivillo c. Italia).

Solo con l'art. 1 della legge 95/2004 è stato inserito l'art. 18 ter dell'ordinamento penitenziario, disciplinante, in ossequio alla riserva assoluta di legge contenuta nell'art. 15 Cost., le rigorose limitazioni al controllo della corrispondenza.

La nuova disciplina, al dichiarato fine di adeguare finalmente anche la normativa italiana in materia ai principi costituzionali, oltre che a quelli della Convenzione Europea, ha stabilito la completa giurisdizionalizzazione del procedimento di controllo della corrispondenza del detenuto, attribuendo solo al Giudice che procede l'esclusiva competenza in materia, con possibilità di reclamo dei relativi provvedimenti al Tribunale ordinario e successivo ricorso per Cassazione.

La conseguenza è stata un rafforzamento della posizione soggettiva del detenuto in tema di corrispondenza, che ora può considerarsi un vero e proprio diritto soggettivo.

In applicazione dell'attuale normativa, è ora possibile, per esigenze attinenti le indagini, o investigative, o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico, disporre nei confronti dei singoli detenuti o internati:

- limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa;
- la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo;
- il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza la lettura della medesima.

Unici soggetti legittimati a disporre il suddetto controllo, con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'Istituto, e per un periodo non superiore a sei mesi prorogabile per altri sei mesi, è il Giudice che procede ovvero, se procede un Giudice collegiale, il suo Presidente (art. 18 ter, comma 3, Ord. Pen.).

In definitiva, al pari di quanto avvenuto per le limitazioni di altri diritti costituzionali - quali la libertà personale -, il legislatore ordinario ha inteso rendere ulteriormente garantista la riserva di giurisdizione posta dall'art. 15 Cost., attribuendo i relativi poteri dispositivi non alla Autorità Giudiziaria latamente intesa, ma solo al Giudice procedente.

Ed infatti, in base alla nuova normativa, anche nella fase delle indagini preliminari, e con riguardo all'indagato in stato di custodia cautelare, la novella del 2004 ha trasferito la competenza dei provvedimenti precedentemente attribuiti al pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari.

Il provvedimento del Giudice dovrà, inoltre, essere sempre motivato, con riferimento alla concreta ricorrenza di tutte le condizioni previste dall'art. 18 ter della legge 354/1975.

Degno di nota al riguardo è l'eliminazione di qualunque riferimento alla categoria del "sospetto" dal novero delle ipotesi fondanti l'adozione dei provvedimenti restrittivi in materia.

Ne consegue che i provvedimenti che incidono sull'esercizio del diritto alla corrispondenza non potranno essere basati sulla ricorrenza del "mero sospetto" della sussistenza dei presupposti normativi sopra richiamati, ma dovranno essere fondati su elementi di valutazione concreta, tali da conferire un adeguato coefficiente di oggettività (in termini di ragionevole probabilità di sussistenza) alle esigenze o ragioni allegate dal Pm o dalla direzione dell'Istituto di pena ai fini del richiesto controllo.

In definitiva, è necessario che il controllo e l'eventuale successiva acquisizione della corrispondenza sia autorizzata mediante atto motivato del Giudice che procede, il quale dovrà anche indicare quali sono le concrete ragioni investigative, o di ordine pubblico o di sicurezza, che rendono necessaria la suddetta ingerenza.

3. Cassazione sentenza n. 20228 del 23 maggio 2006

Espletata l'analisi di quello che è il quadro normativo di riferimento, può meglio comprendersi l'iter argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione nella richiamata sentenza n. 20228 del 23 maggio 2006, in cui si afferma che "la libertà e la segretezza della corrispondenza costituiscono un diritto inviolabile anche nei confronti dei detenuti: le lettere indirizzate a loro, pertanto, possono essere assoggettate a visto o a sequestro nei soli casi prescritti dalla legge, mentre è abnorme l'atto con il

quale il Pm disponga, senza autorizzazione del giudice, l'acquisizione in copia di tutta la corrispondenza diretta ad un detenuto".

Ed infatti, l'intercettazione a fini probatori della corrispondenza del detenuto, secondo i Giudici della Cassazione, costituisce una forma atipica di intercettazione, eventualmente inquadrabile nella categoria delle intercettazioni di comunicazioni rigorosamente disciplinata dall'art. 268 c.p.p., alle cui regole processuali è necessario sottoporre anche le più rilevanti esigenze investigative ai fini della legittima utilizzazione delle prove così raccolte.

Nell'ambito del caso specificamente esaminato dal Giudice di legittimità l'ordine di esibizione e contestale sequestro dato dall'organo inquirente non può essere ricondotto alla categoria processuale disciplinata dall'art. 256 c.p.p., in quanto ha ad oggetto documenti che, anche se esistenti presso l'Amministrazione penitenziaria, sono assoggettati a specifica disciplina in quanto costituenti corrispondenza la cui segretezza è costituzionalmente tutelata, anche se diretta a persona detenuta.

4. Prove "incostituzionali"

Le prove ottenute in violazione dei diritti costituzionali vengono definite prove incostituzionali.

La categoria dogmatica delle prove incostituzionali è stata creata in dottrina e recepita, ormai da tempo dalla giurisprudenza. L'espressione dell'art. 191 secondo cui sono inutilizzabili le prove acquisite in violazione "dei divieti stabiliti dalla legge" è stata interpretata estensivamente, facendo rientrare nel concetto di "legge", anche la Carta fondamentale (Tonini, Manuale di procedura penale, VIII, 2007, 185).

La dottrina identifica nella disciplina delle prove una fondamentale funzione di garanzia per le parti "la quale trascende e supera la consueta distinzione tra diritto sostanziale e processo, inserendosi a pieno titolo nella dimensione costituzionale (ed internazionale) del processo "equo" e "giusto"" (Luigi Paolo Comoglio, Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro, in Cass. pen., 1996, 5, 1545).

La casistica pretoria ha messo in luce come la categoria suddetta è ampia ed ha una portata generale: vi rientra qualsiasi prova (quali ad es. intercettazioni, video-riprese, prove atipiche) che viola i diritti costituzionali dell'imputato. Pertanto può definirsi incostituzionale, qualsiasi prova o mezzo di prova, le cui modalità di formazione, di acquisizione o di assunzione - a prescindere dalla qualificazione dell'illecito e indipendentemente dalla presenza di specifici divieti, enunciati nelle norme processuali ordinarie - siano comunque in contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio, che la Costituzione riconosce ed assicura ad ogni individuo, nell'ambito di quel processo "equo" e "giusto" (Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro, in Cass. pen., 1996, 5, 1545).

È stato affermato (Cass. Sez. un. 16 maggio 1996, Sala) che rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le "prove oggettivamente vietate", ma le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla "legge", ed a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Ipotesi quest'ultima sussumibile nella previsione dell'art. 191 c.p.p., proprio perché l'antigiuridicità di prove così formate o acquisite attiene alla lesione di diritti fondamentali, riconosciuti cioè come intangibili dalla Costituzione.

La sanzione processuale ex art. 191 c.p.p. non consegue a qualunque violazione di norme che regolano l'atto processuale, ma soltanto a quelle che consistano in un divieto di acquisizione della prova, o a quelle per la cui violazione è espressamente comminata dalla legge tale conseguenza, come avviene per i casi previsti dall'art. 271 c.p.p. (Sez. 4, 29 dicembre 1994, Benelucif, Rv. 200001).

È stato affermato, dalla Corte costituzionale, che, pur in assenza di una normativa specifica volta a tutelare la riservatezza delle informazioni e delle notizie idonee ad identificare i dati esteriori della conversazione telefonica, l'acquisizione di tali dati non possa non avvenire nel più rigoroso rispetto

delle regole che la stessa Costituzione pone direttamente, con norma precettiva, a tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni (art. 15).

In senso più rigoroso, è stato sostenuto che le disposizioni in tema di intercettazione di conversazioni o comunicazioni sono riferibili non solo al contenuto delle conversazioni o comunicazioni intercettate, ma anche ai dati, anch'essi oggetto della tutela posta dall'art. 15 Cost., che consentono di identificare i soggetti colloquianti, il tempo e il luogo della comunicazione (sez. 6, 10 febbraio 1996, Perrichini, Rv. 203720).

Si è così affermato che nel concetto di prova incostituzionale “vengono a confluire tutte le ipotesi di “effettiva” compromissione, negazione o soppressione della fondamentale funzione di garanzia, che è sottesa a qualsiasi regola probatoria ed investe ogni mezzo di prova” (Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro, in Cass. pen., 1996, 5, 1545).

La sentenza della Cassazione 13 giugno 2006, n. 20228, in tema di prove incostituzionali consistenti nel sequestro illegittimo delle corrispondenze dei detenuti, può dirsi il punto di arrivo dell'evoluzione della giurisprudenza, partita dai giudici costituzionali, e formatasi all'indomani della nota sentenza n. 34 del 1973 in materia di intercettazioni, e seguita dalle pronunce n. 366 del 1991 e n. 10 del 1993, volte, queste ultime, a sottolineare la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità umana.

La categoria concettuale delle prove incostituzionali assorbe in una sintesi superiore la distinzione tra prova illecita (in quanto riferita, sul piano sostanziale, ad un atto *contra jus* nel procedimento di formazione e di acquisizione materiale della prova) e prova illegittima (in quanto riferita invece, sul piano processuale, all'inosservanza degli specifici divieti probatori posti dalla legge e ai conseguenti vizi del procedimento di assunzione) (Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro, in Cass. pen., 1996, 5, 1545).

La Corte costituzionale nella sentenza n. 34 del 1973, ha enunciato il principio secondo il quale “attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito” (Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in Foro it., 1973, I, c. 953-957). Principio di diritto che la sentenza n. 81 del 1993 ha ribadito con vigore, affermando che “non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino”.

A conclusioni analoghe sono pervenute anche queste Sezioni unite con le sentenze 16 maggio 1996, Sala, 13 luglio 1998, Gallieri e 23 febbraio 2000, D'Amuri, le quali, secondo l'affermazione fatta nella sentenza Sala e testualmente riprodotta nella sentenza Gallieri, hanno fatto rientrare “nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le “prove oggettivamente vietate”, ma le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla “legge”, ed, a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Ipotesi quest'ultima sussumibile nella previsione dell'art. 191 c.p.p., proprio perché l'antigiuridicità di prove così formate od acquisite attiene alla lesione di diritti fondamentali, riconosciuti cioè come intangibili dalla Costituzione”.

Perché possa parlarsi di prove incostituzionali è necessario, però, che la fattispecie tipica del diritto inviolabile, per poter esercitare un'efficacia immediata nel sistema probatorio, sia esattamente definita, come nel caso dell'art. 15, nonché degli artt. 13 e 14 Cost. In tutti questi casi l'invulnerabilità attiene a situazioni fattuali di libertà assoluta che prescindono, e quindi sono indipendenti, dal fenomeno normativo, nel senso cioè che trattasi di valori che non possono essere violati, ma eventualmente solo compressi “per atto motivato dell'autorità giudiziaria ... “ (art. 15, comma 2). In altri termini, l'art. 15 Cost. esprime una situazione tipica di invulnerabilità da interferenze, e non un diritto alla tutela secondo le garanzie previste dalla legge: la prima situazione ha una valenza negativa rispetto alle intrusioni (libertà da ...), l'altra si configura con una valenza positiva (“diritto alla ...). Pertanto, la norma costituzionale non riserva alla legge di fissare l'intensità e la dimensione dell'intangibilità delle suddette libertà attraverso strumenti di tutela, ma, dopo aver imposto il

dovere di “non violare”, ne consente una “limitazione”, nei casi e modi contemplati dalla legge, ed a maggior ragione tutte le volte che sia concorrente un interesse costituzionalmente tutelato. Limitazione, perciò che, in assenza dell'intervento del legislatore, la Corte Costituzionale, sia nella sentenza n. 34 del 1973 sia in quella n. 81 del 1993, ritiene possibile solo mediante provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Motivato in quanto “diretto a dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati” (Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in Foro it., 1973, I, c. 953-957) (così M. Fumo, *Recenti orientamenti sostanziali e processuali in materia di intercettazioni*, Pozzuoli 24 settembre 2004).

In dottrina si afferma che la sanzione dell'inutilizzabilità processuale delle prove assunte illegittimamente è ricavabile dalla stessa Costituzione. Proprio l'art. 13 comma 3 Cost., infatti, postula una sanzione radicale, prevedendo la piena caducazione di effetti per quei provvedimenti provvisori di restrizione della libertà personale, che l'autorità di polizia sia legittimata ad adottare, in casi eccezionali e tassativi di necessità o di urgenza, e che l'autorità giudiziaria non convalidi entro le 48 ore dalla loro comunicazione (la norma, anzi, specifica che siffatti provvedimenti “...si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”).

Attenta dottrina afferma pertanto che “la medesima caducazione s'impone allora - quale unica sanzione che possa dirsi realmente adeguata alla natura dell'interesse protetto, nonché alla gravità ed alle forme della sua violazione - anche nelle ipotesi di prova incostituzionale, ove un'integrazione in forma specifica dell'interesse violato, la quale possa tradursi nella totale eliminazione degli effetti che quella prova sarebbe altrimenti in grado di produrre nel processo, si appalesa addirittura essenziale” (Cfr. Luigi Paolo Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in Cass. pen., 1996, 5, 1545).

In conclusione, come avverte la Corte Costituzionale, non è né consentito né necessario estendere il disposto dell'art. 266 e segg. c.p.p. ai dati esteriori delle conversazioni telefoniche; non è necessario, proprio perché l'art. 15 Cost., nella sua portata precettiva, appresta già di per sé “ il livello minimo di garanzie” per evitare intrusioni illegittime nella libertà di comunicazione.

Il tema è stato da ultimo analizzato da Cass. 13 giugno 2006, n. 20228. In tale pronuncia il Giudice di Legittimità ha stabilito che il provvedimento con cui si dispone l'acquisizione della corrispondenza disposta dal Procuratore della Repubblica, “non è riconducibile alla categoria processuale disciplinata dall'art. 256 c.p.p. in quanto ha ad oggetto documenti che, anche se esistenti presso l'Amministrazione penitenziaria, sono assoggettati a specifica disciplina in quanto costituenti corrispondenza la cui segretezza è costituzionalmente tutelata, anche se diretta a persona detenuta”.

Il provvedimento in esame è quindi affetto da nullità, a norma dell'art. 125 c.p.p., comma 3 (cfr. Cass. SS.UU. 28.1 - 13.2.2004 n. 5876 in tema di decreto di sequestro probatorio). Ma quel che maggiormente rileva è che, nella sostanza, il provvedimento ha disposto una forma atipica di intercettazione del contenuto della corrispondenza epistolare, al di fuori di qualsiasi previsione normativa, eventualmente riconducibile nella categoria delle intercettazioni delle comunicazioni a norma degli artt. 268 c.p. e s.s. (in realtà per la corrispondenza epistolare è previsto il sequestro, a norma dell'art. 254 c.p.p.), ma in ogni caso inutilizzabile perché privo dell'autorizzazione del giudice.”

5. Nozione “lata” di intercettazione

Per la prima volta, nel 2003, con la sentenza Torcasio (n. 36747) le SS.UU. forniscono una definizione del concetto di intercettazione. Non esiste, come è noto, una definizione normativa di intercettazione.

Già nel 2000 le SS.UU. (con la sentenza D'Amuri, n., 6) avevano chiarito che l'intercettazione telefonica consiste nella captazione di comunicazioni che si svolgono tra terze persone, senza che ne sia impedita la prosecuzione e senza che gli interlocutori (o almeno uno di essi) ne siano a conoscenza.

Ma con la Torcasio la Corte di legittimità si pronuncia proprio sul problema, essendo stata investita esplicitamente e direttamente della quaestio juris.

Ed è proprio mediante la fissazione del concetto giuridico di intercettazione, che la Cassazione consente all'interprete di comprendere con chiarezza, da un lato, quali operazioni investigative conducano ad esiti di inutilizzabilità (ai sensi dell'art. 271 c.p.p.) se compiute in assenza di autorizzazione dell'AG, dall'altro, quali tecniche di indagine, viceversa, non consistendo in intercettazioni, non vanno assoggettate, per la loro utilizzabilità, ai precetti ex art 266 c.p.p. e segg..

Per SSUU Torcasio, l'intercettazione invero è la captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti, che agiscono con l'intenzione di escludere gli altri e con modalità idonee a tale scopo.

Da ultimo Cass. SS.UU. 28/07/2006, n. 26795 afferma che costituisce "intercettazione" la ripresa video di comportamenti comunicativi.

In dottrina si afferma che "l'intercettazione è tale solo se attuata da soggetto estraneo alla comunicazione o conversazione e mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a tutela del suo carattere riservato" (M. Fumo, Recenti orientamenti sostanziali e processuali in materia di intercettazioni, cit.).

6. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto si evince come la nostra giurisprudenza sta abbracciando una posizione eclettica in ordine al concetto di interpretazione.

È da evidenziare l'orientamento particolarmente garantista della Suprema Corte che tende ad affermare un principio sacrosanto: la violazione dei principi costituzionali non può essere tollerata nel processo penale e mai può costituire la base probatoria su cui il giudice deve fondare il proprio convincimento oltre ogni ragionevole dubbio.

Siamo ancora lontani dall'esperienza nordamericana in cui l'utilizzo di una prova incostituzionale rende nullo l'intero procedimento penale, tuttavia si vede con favore la scelta dei giudici di legittimità di rendere i principi costituzionali direttamente applicabili nel processo penale.