

## Tutela dei diritti fondamentali, riserva di legge ed atto di investigazione atipico

STEFANO MARCOLINI<sup>☛</sup>

1. *Premessa.* — Da una ricognizione della Costituzione italiana si ricava che la modalità più intensa di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo dall'ingerenza dei pubblici poteri in generale, e da quelli che si esplicano nel processo penale in particolare, consiste nel prevedere — congiuntamente — una tradizionale coppia di requisiti:

- la riserva di legge, necessariamente generale ed astratta, che descrive *ex ante* i casi ed i modi di ingerenza in quel determinato diritto fondamentale;

- la riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria, cioè di atto specifico, ragionato ed emesso dal giudice o dal P.M. per autorizzare un singolo atto di ingerenza relativo ad una determinata vicenda processuale.

A tale paradigma risponde la tutela dei classici diritti fondamentali di matrice liberale, non a caso definiti "inviolabili", che tanto più risultano garantiti quanto più lo Stato si astiene da ogni ingerenza nel loro libero esercizio: la libertà personale (art. 13 Cost.), quella domiciliare (art. 14 Cost.), la riservatezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.).

2. *Il caso della privacy, la riserva di legge in materia di diritti fondamentali e la sorte degli atti di investigazione atipici.* — Si applichi tale premessa alla c.d. *privacy*.

Il primo problema che si ha è, in realtà, quello di classificare il diritto alla *privacy*.

Si tratta, sul versante interno, di un classico "diritto al crocevia": potrebbe in certi casi rientrare nell'art. 14 Cost., in altri nell'art. 15 Cost., ma in molti altri ancora potrebbe sfuggire a queste norme, con la conseguenza di dover essere ricondotto nel "contenitore generico" di cui all'art. 2 Cost.

Così, ad esempio, ha ritenuto la Cassazione, nella decisione a Sezioni unite emessa nel caso "Prisco" (sent. n. 26795 del 18-03-2006), che ha ricondotto la riservatezza della vita privata proprio all'art. 2 Cost. (nel caso di specie, si trattava di attività esplicata nel *privée* di un locale notturno). Quel che interessa sottolineare di tale vicenda processuale è che la Cassazione, una volta ricondotto il diritto alla riservatezza nell'ambito dell'art. 2 Cost., ha affermato che da ciò consegue che tale diritto fruirebbe della riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria, ma non della riserva di legge, che appunto l'art. 2 Cost. non pone.

Su tale statuizione di diritto interno irrompe la normativa internazionale. L'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU); e si ricorda che la CEDU costituisce fonte interposta di diritto interno, per effetto del nuovo indirizzo inaugurato dalla Corte costituzionale con le "sentenze gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007, successivamente più e più volte confermato) prevede infatti che le ingerenze nella vita privata debbano trovare fondamento nella legge. È dunque l'art. 8 CEDU a rendere doverosa, oggi, accanto alla riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria, la riserva di legge ai fini della tutela del diritto alla riservatezza.

Da tale vicenda, di per sé attinente alla sola *privacy*, si può estrarre e generalizzare una idea di fondo: la protezione di ogni diritto fondamentale, purché veramente tale, dovrebbe esigere la più alta forma di tutela, consistente nella riserva di legge ed in quella,

---

<sup>☛</sup> Professore aggregato di Diritto processuale penale, Facoltà di Giurisprudenza, Università dell'Insubria.

contestuale, di atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Ciò pone, per inciso, un problema definitorio che qui si può solo accennare, dato dalla individuazione di cosa debba intendersi per diritto fondamentale: un catalogo chiuso o piuttosto un sistema aperto ed in evoluzione? Il problema si presenta, ed in modo acuto, per le situazioni giuridiche di nuova generazione, non (ancora) rientranti tra quelle classiche.

Si prosegua nel ragionamento: come noto, l'incessante progresso tecnologico consente di impiegare nuovi, sempre più raffinati e potenti atti investigativi (perquisizioni *on line*, *thermal imaging*, *facial recognition*, etc.).

La domanda è: nel momento in cui tali mezzi siano possibili dal punto di vista tecnico, sono per ciò stesso percorribili anche dal punto di vista giuridico, cioè impiegabili in un processo penale dagli organi dell'investigazione?

La risposta che si patrocina è: no, nella misura in cui essi incidano su un diritto fondamentale della persona che vi è sottoposta (si badi: non solo dell'accusato, ma anche di un terzo che, ad es., entri in contatto con lui) e non trovino alcuna base legislativa (cioè, siano atipici). In questi casi, infatti, si violerebbe il principio di riserva di legge che, come appena chiarito sopra, deve sempre essere rispettato quando si incide su un diritto fondamentale.

Conclusione: un mezzo investigativo che incida sui diritti fondamentali (quello che la dottrina tedesca chiama "atto a duplice funzione") deve sempre rispettare, come prima cosa, la riserva di legge; affinché simili atti possano essere disposti in un processo penale, pertanto, occorre che il legislatore ne predetermini casi, modi, tempi, etc. In difetto, il mezzo investigativo non dovrebbe essere disposto e, se disposto, i suoi esiti dovrebbero essere inutilizzabili.

*3. La riserva di legge sostanziale.* — La riserva di legge indicata agli artt. 13-15 Cost. può intendersi come meramente "formale": una volta che il Parlamento si sia espresso, circa casi e modi di ingerenza, la riserva di legge di diritto interno sarebbe soddisfatta.

Si prenda il caso della prova genetica: la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 224 c.p.p. ad opera della Corte costituzionale (sentenza n. 238 del 1996) è stata appunto dovuta, nonostante la formale presenza di una disciplina legale della perizia, alla totale omessa previsione dei casi e dei modi per incidere sulla libertà personale dell'accusato (o di terze persone), al fine di ottenerne i campioni biologici necessari alle analisi.

Dall'esperienza sovranazionale si ricava però che per proteggere i diritti fondamentali oggi si può — e si deve — richiedere qualcosa in più: una riserva di legge "sostanziale".

Non si allude al noto sindacato di ragionevolezza svolto sul versante interno, ex art. 3 Cost., dalla Corte costituzionale. Per comprendere quanto si vuole sostenere si prenda, ancora una volta, l'esempio dell'art. 8 CEDU, che afferma che il diritto alla riservatezza può essere sì sacrificato in base alla legge, ma solo quando ciò, in una società democratica, sia necessario a tutelare determinati altri beni giuridici, ritenuti particolarmente meritevoli.

Tale parametro evoca il principio di proporzionalità e di stretta necessità (art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), che deve essere rispettato e reso esplicito dallo stesso legislatore: il quale non deve limitarsi ad una astratta predeterminazione di casi e modi, ma deve addivenire ad una predeterminazione che sia frutto del bilanciamento del diritto fondamentale con gli altri beni in conflitto, segnatamente con il contrasto a reati che offendono importanti beni giuridici.

Dalla semplice predeterminazione di casi e modi di ingerenza ci si deve muovere, in altri termini, verso modelli di predeterminazione che devono essere particolarmente

specifici e orientati alla tutela di beni almeno di pari rango, secondo un principio di proporzionalità.

La legge sul DNA, n. 85 del 2009, pare rispondere a questo nuovo criterio, avendo inserito nel codice una dettagliata normativa (artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.) che, tra l'altro, consente il prelievo coattivo di materiale biologico non per tutti i reati, ma solo per un catalogo chiuso di gravi infrazioni.

Tale modo di legiferare riecheggia — virtuosamente — la disciplina delle intercettazioni, la cui invasività ed insidiosità, anche per via del loro alto tasso tecnologico, sono ben note. La disciplina delle intercettazioni appare paradigmatica anche per un altro aspetto, e cioè per la presenza di un apparato sanzionatorio di tutto rispetto (l'aspetto sanzionatorio, che punisce l'allontanamento dallo schema legale, è un altro aspetto cruciale nell'esercizio di una riserva di legge in senso "sostanziale", pena la configurazione della inviolabilità del diritto fondamentale alla stregua di una tigre di carta).

Sul punto della riserva di legge sostanziale e del principio di proporzionalità non si può, in questa sede, dire di più; si rinvia agli insegnamenti provenienti dal diritto comparato in materia, ad es., di "*data retention*" (cfr. le Corti costituzionali tedesca e romana e l'intervento del dott. Flor subito a seguire).

Conclusione: occorre ormai sposare una concezione di riserva di legge "sostanziale" e "contenutistica", che indichi al legislatore ordinario i beni giuridici di pari rango con cui bilanciare il diritto fondamentale; inoltre la stessa legge ordinaria deve essere sempre specifica e dettagliata nel prevedere casi e modi di ingerenza ed apprestare un serio sistema sanzionatorio.

4. *L'atto di indagine atipico*. — Sin qui l'analisi dei diritti fondamentali e la rivendicazione della necessità di una loro intensa protezione. Occorre però anche farsi carico di quelli che sin qui si sono genericamente definiti come "beni di pari rango" e, fra essi, soprattutto delle legittime esigenze delle indagini per reati che offendono importanti beni giuridici, perché diversamente il bilanciamento rischierebbe di essere sproporzionato.

Affermare, come si è appena fatto, che ogni invasione nei diritti fondamentali debba trovare nella legge il proprio fondamento, significa voler operare un drastico ridimensionamento del principio di atipicità delle indagini che, stando alla dottrina ed alla giurisprudenza, costituirebbe parte integrante del nostro sistema processuale.

Per esemplificare: scoperta, grazie all'incessante progresso tecnologico, una nuova modalità investigativa, non riconducibile a quelle tipiche, questa (qualora incida su un diritto fondamentale: ma è evenienza quasi certa) non potrebbe essere utilizzata nel processo sino a quando il legislatore non provveda a normarla.

Per la verità, sarebbe davvero questa la soluzione migliore, se il legislatore italiano fosse un legislatore attento e presente. La storia (si consideri l'emblematica vicenda del DNA in cui, a fronte di una sentenza di incostituzionalità del 1996, la reazione legislativa si ha solo nel 2009) insegna però che il legislatore nazionale non è né attento né reattivo.

Pertanto, fermo restando il divieto di procedere ad atti di investigazione atipici incidenti su diritti della persona, si potrebbe auspicare *de iure condendo* l'introduzione di un omologo dell'art. 189 c.p.p. (norma che attualmente disciplina la prova atipica), volto ad operare durante la fase delle indagini: una modalità generale di svolgimento di atto di indagine atipico, in difetto (ed in attesa) di una disciplina tipica e più specifica.

Rispetto al paradigma descritto dall'art. 189 c.p.p., per l'atto di indagine atipico non pare si possa instaurare un previo contraddittorio con l'accusato, essendo spesso essenziale l'effetto sorpresa; accanto a questo, ci sarebbero senza alcun dubbio degli ulteriori adattamenti necessari a rispondere ad esigenze che normalmente non si pongono

in dibattito.

Il fulcro della disciplina dell'atto atipico dovrebbe comunque essere la predeterminazione dei casi e dei modi di procedere (un catalogo di reati particolarmente gravi, una autorizzazione giudiziale, un periodo di svolgimento, il successivo deposito dei risultati, delle sanzioni effettive, etc.). Insomma, una disciplina generale, che non si esita ad affermare che debba essere rigida e restrittiva, in modo tale da spingere il legislatore ad adottare, se lo ritiene, una disciplina specifica per quel nuovo atto di indagine.

Conclusione: vi è necessità di introdurre, attraverso una modifica del codice di rito, una disciplina dell'atto atipico di indagine incidente sui diritti fondamentali dell'accusato.