

Il GPS è una prova “incostituzionale” ?
Domanda provocatoria, ma non troppo,
dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.

Leonardo Filippi

1. Considerazioni preliminari.

In mancanza di una disciplina legislativa in molti Stati, resta tuttora incerto il regime giuridico applicabile all'impiego nel processo penale del GPS a fini di localizzazione di una persona. Si assiste pertanto agli orientamenti giurisprudenziali più disparati.

2. La Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di affermare che il pedinamento tramite GPS non viola l'art. 8 Conv. eur.¹. La Corte osserva che il sistema GPS può ritenersi previsto dalla legge tedesca (che all'art. 100 c §1 n. 1 (b) cod. proc. pen. prevede l'impiego di “mezzi tecnici speciali destinati a scopo di sorveglianza”, ordinato dal pubblico ministero e, se la durata supera un mese, dal giudice). Pertanto, la condizione della previsione legislativa è stata ritenuta soddisfatta per il fatto che, nonostante la genericità della locuzione normativa, doveva ragionevolmente preventivarsi che i progressi della tecnologia avrebbero consentito questo tipo di investigazioni. La Corte osserva inoltre che, nel caso concreto, l'impiego del GPS non ha interferito in modo sproporzionato con il diritto alla riservatezza del ricorrente, considerando che il *beeper* era stato installato non sulla sua auto, ma su quella del complice (per cui egli era stato monitorato soltanto quando viaggiava sull'auto del coreo) e deve comunque considerarsi meno intrusivo di altri (come le intercettazioni di comunicazioni) pure previsti dalla legge. La Corte europea riconosce che la “vita privata” è espressione ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva e chiarisce che l'art. 8 Conv. eur. protegge il diritto all'identità e allo sviluppo della persona e il suo diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri essere umani e con il mondo esterno, per cui vi è una zona di interazione di ogni individuo con l'altro, anche in un contesto pubblico, che può ricadere nel concetto di “vita privata”. La Corte ritiene che vi sono molti elementi rilevanti per verificare se la vita privata di un individuo è soggetta a misure applicate al di fuori della sua abitazione o dei suoi locali privati. Siccome ci sono delle occasioni in cui le persone, consapevolmente o intenzionalmente, compiono attività che possono essere registrate o segnalate in modo pubblico, le ragionevoli aspettative di un individuo quanto alla riservatezza possono essere un fattore significativo, sebbene non necessariamente decisivo. Ad esempio, un individuo che cammina lungo una strada sarà inevitabilmente visibile a coloro che sono presenti; così come il monitoraggio con mezzi tec-

¹ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, in *Cass. pen.*, 2011, 395.

nologici dello spazio pubblico (ad esempio, il controllo di una guardia giurata che vigila attraverso le telecamere a circuito chiuso). La Corte europea, nel dichiarare l'insussistenza nel caso concreto della violazione convenzionale, ha tenuto conto di diverse circostanze. Essa ha valutato che il ricorso al GPS era avvenuto solo dopo che altre misure meno invasive si erano dimostrate inefficaci. La Corte ha anche considerato il fatto che, nel caso di specie, si trattava di soggetto sospettato di reati gravi (attentati terroristici ad opera della Frazione dell'Armata Rossa). Infine la Corte ha ritenuto garanzia sufficiente contro possibili abusi il fatto che fosse prevista una preventiva autorizzazione da parte del pubblico ministero ed il controllo, sia pure *ex post*, di un giudice per verificare legittimità, opportunità e necessità di prolungare nel tempo il ricorso al GPS, con la possibilità di escludere dal processo le prove ottenute illegittimamente.

3. La Corte Suprema federale U.S.A.

Negli Stati Uniti d'America, il caso Jones ha dato luogo ad una tormentata vicenda giudiziaria, di recente esaminata dalla Corte Suprema federale, con una sentenza che farà discutere non solo sull'impiego del GPS ma, in generale, sui nuovi congegni investigativi ².

Nel caso esaminato dalla Corte suprema, si trattava del proprietario di un *night club* del Distretto di Columbia, tale Jones, che, lavorando nel suo locale, era sospettato dalla polizia di trafficare cocaina e fu sottoposto ad indagini impiegando varie tecniche investigative. Il Governo chiese alla Corte distrettuale della Columbia un mandato che autorizzasse l'installazione di un GPS sulla Jeep intestata alla moglie di Jones, ma nella piena ed esclusiva disponibilità di quest'ultimo. Il mandato fu rilasciato e autorizzò l'installazione del *beeper* per 10 giorni nel distretto della Colombia. Ma dopo il 10° giorno gli agenti installarono un altro GPS, e non nel distretto della Columbia, ma nel Maryland, sotto il veicolo, mentre era in sosta in un pubblico parcheggio. Nei successivi 28 giorni il Governo usò il congegno per seguire i movimenti del veicolo e una volta dovette addirittura sostituire la batteria del *beeper* quando il veicolo era parcheggiato in un altro pubblico parcheggio nel Maryland. Dai segnali lanciati da diversi satelliti, il GPS stabiliva la posizione del veicolo con una approssimazione tra i 50 e 100 piedi (da 15 a 30 m.) e la comunicava al cellulare del computer del Governo, che ottenne in questo modo più di 2000

² *Supreme Court of the United States, 23.1.2012, U.S. v. Jones.*

pagine di dati per un periodo di quattro settimane. In primo grado Jones fu condannato all'ergastolo perché la Corte considerò inutilizzabili soltanto i dati acquisiti mentre l'auto era parcheggiata all'interno della proprietà dell'imputato ed utilizzabili invece quelli acquisiti quando la Jeep si trovava nella pubblica strada, ma la Corte d'appello distrettuale ribaltò il verdetto assolvendo l'imputato perché la prova del GPS era stata ottenuta senza il mandato del giudice e quindi in violazione del IV Emendamento (1791) alla Costituzione degli Stati Uniti, che, com'è noto, riconosce che il "diritto alla sicurezza dei cittadini nelle loro persone, abitazioni, documenti ed effetti, contro irragionevoli perquisizioni e sequestri, non potrà essere violato; e nessun mandato giudiziario potrà essere emesso, se non in base a *probable cause*, fondata su un giuramento o su una dichiarazione sull'onore e con descrizione specifica del luogo da perquisire, e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare".

La suprema Corte federale degli Stati Uniti d'America, concesso il *wright of certiorari*, ha confermato all'unanimità la sentenza, affidando la *majority opinion* al *justice* Scalia e concludendo che la collocazione da parte della polizia giudiziaria di un apparecchio GPS sull'auto intestata alla moglie dell'imputato, che ne era il comodatario, deve considerarsi una perquisizione su un "effetto" personale e pertanto, se disposta in assenza di *warrant*, contrasta con il IV Emendamento, che, come detto, tutela i cittadini contro perquisizioni e sequestri "irragionevoli". La Corte Suprema afferma che il Governo occupò fisicamente la proprietà privata al fine di ottenere informazioni, per cui essa non ha alcun dubbio che si tratti di una intrusione fisica, un *trespassing*, da considerarsi una perquisizione secondo il significato del IV Emendamento, il quale riflette la sua stretta connessione con il diritto di proprietà, altrimenti esso avrebbe fatto riferimento semplicemente al "diritto dei cittadini alla riservatezza contro irragionevoli perquisizioni e sequestri" ed il successivo periodo "nelle loro persone, abitazioni, documenti ed effetti" sarebbe stato superfluo. Il giudice Scalia richiama enfaticamente la famosa frase, pronunciata da Lord Cadmen nel caso *Entick v. Carrington*, secondo cui "la nostra legge considera la proprietà di ogni uomo tanto sacra che nessuno può appoggiare il suo piede sul recinto del vicino senza il suo permesso; se lo fa, egli è un contravventore anche se non ha causato danni ad alcuno; se egli calpesta il terreno del vicino, deve risponderne secondo la legge".

La Corte non ripudia il concetto espresso dal giudice Harlan nel caso *Katz*, secondo cui il IV Emendamento protegge "la ragionevole aspettativa di riser-

vatezza” di una persona³ e comunque esso protegge la persona e non il luogo (come accaduto nella fattispecie, in cui era stata realizzata un’intercettazione telefonica sistemando un congegno all’esterno di una cabina telefonica e quindi senza alcun *trespassing*). La Corte anzi, ribadendo il criterio interpretativo basato sulla tutela della proprietà e sul *trespassing test*, riconosce di aver incorporato la protezione della riservatezza nella “sua autentica definizione di ‘ragionevole aspettativa di *privacy*’ che essa afferma essere una aspettativa che ‘ha la sua fonte al di fuori del IV Emendamento, sia in riferimento ai concetti legali di proprietà reale o personale, sia secondo il significato sentito e riconosciuto dalla società’”. Il Governo si era opposto, obiettando che le precedenti pronunce in materia della stessa Corte escludevano che l’impiego del GPS integrasse una perquisizione. Ma la Corte, esaminando due suoi precedenti (i casi *Knotts* e *Karo*) ha indicato le particolarità del caso Jones che impongono una diversa soluzione. Infatti, nel caso *Knotts* il *beeper* era stato collocato in un container di cloroformio, prima che entrasse in possesso di Knotts, col consenso del precedente proprietario, permettendone la legge la collocazione per monitorare la locazione del container. La Corte in quell’occasione affermò che “una persona che viaggia in auto sulla pubblica strada non ha alcuna ragionevole aspettativa di riservatezza sui suoi movimenti da un luogo ad un altro”, e concluse che non vi era stata alcuna violazione dal momento che le informazioni ottenute – la posizione della motrice che trainava il container sulla pubblica strada e quella del container scarico in aperta campagna vicino alla cabina di Knotts – erano state volontariamente comunicate al pubblico⁴. Il secondo “*beeper case*” fu il caso *Karo*, che non conduce a diversa conclusione, perché, come nel caso Knotts, quando il *beeper* fu installato il container apparteneva ad una terza persona ed entrò in possesso dell’imputato solo più tardi. Così la specifica questione che la Corte affrontò era se l’installazione “con il consenso dell’originario proprietario costituisse una perquisizione o un sequestro...quando il container è consegnato all’acquirente che non ha consapevolezza della presenza del *beeper*” e la Corte nel caso Karo rispose negativamente perché il Governo entrò in contatto fisico con il container prima che esso appartenesse all’imputato Karo e il trasferimento dello stesso container con all’interno il *beeper* occultato non comunicava alcuna informazione e pertanto non invadeva la riservatezza di Karo, il quale accettò il *container* così come gli veniva ceduto, con il *beeper* e tutto il resto, e per questa

³ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁴ *Knotts v. United States*, 460 U.S. 281-282 (1983).

ragione non era autorizzato ad obiettare sulla presenza del *beeper*, nemmeno quando esso fu usato per monitorare gli spostamenti del container⁵. Diverso si presentava invece il caso in esame, nel quale Jones possedeva la Jeep al tempo in cui il Governo installò il *beeper*. Il Governo mette anche in rilievo le considerazioni svolte dalla Corte nel caso *Class*, secondo cui l'esterno di una vettura...è un colpo all'occhio pubblico e pertanto osservarlo non costituisce "perquisizione"⁶, ma questa dichiarazione è di marginale rilevanza nel caso Jones, nel quale, come il Governo riconosce, "gli ufficiali di polizia giudiziaria fecero più che condurre un'ispezione visiva del veicolo dell'imputato" perché installando l'apparato si intromisero in un'area protetta. Nello stesso caso *Class* la Corte suggerì che questo particolare avrebbe fatto la differenza e concluse che la momentanea intrusione di un ufficiale di polizia all'interno di un veicolo integrava una vera e propria perquisizione.

Due sono state le *concurring opinions* nel processo Jones.

La *concurring opinion* del giudice Alito ritiene che la collocazione del GPS sulla vettura non può essere di per sé considerata una *search*, occorrendo, per essere considerata una perquisizione, che il congegno sia funzionante e che la polizia lo abbia in realtà utilizzato per ricavarne informazioni sui movimenti dell'imputato. Inoltre il IV Emendamento tutela congiuntamente *search* e *seizure*, poiché il sequestro è la logica conseguenza della perquisizione, ma nel caso *Jones* un sequestro non è nemmeno concepibile. Il *justice* Alito concorda con la maggioranza che la collocazione del *beeper* sull'auto costituisca un *trespassing*, sia pure di modestissima entità, ma afferma che non sempre è necessaria un'intrusione fisica del Governo nella proprietà privata per violare la riservatezza tutelata dal IV Emendamento, perché anche una osservazione prolungata nel tempo, pur senza interferenza materiale, può ledere la *privacy*, come, ad esempio, nel caso della sorveglianza attuata senza collocamento del *beeper* ed effettuata con auto "civetta" o con ricognizione aerea o addirittura col mezzo elettronico, senza alcun contatto fisico con l'oggetto da controllare. Inoltre il criterio adottato dalla maggioranza e basato sulla proprietà apre una serie di problemi legati al regime giuridico di questo diritto. Il *justice* Alito conclude auspicando l'intervento del legislatore per regolamentare la materia delle investigazioni con nuovi mezzi scientifici.

La *concurring opinion* della giudice Sotomayor, invece, pur riconoscendo che un'intrusione fisica realizza una violazione del IV Emendamento, aggiunge però che occorre individuare l'area di tutela della riservatezza che il senti-

⁵ *United States v. Karo*, 468, U.S. 705 (1984).

⁶ *New York v. Class*, 475 U.S. 106 (1986).

re sociale riconosce al singolo e invita a meditare sulla consueta affermazione per cui nessuno può avere una ragionevole aspettativa di riservatezza riguardo ai dati volontariamente divulgati al pubblico. *Justice Sotomayor* precisa infatti che la circostanza che il singolo consenta limitazioni alla propria riservatezza a determinati fini (ad esempio ad una banca o ad una compagnia telefonica per stipulare un contratto) non legittima la diffusione di quei dati ad altre persone per diversi scopi e quindi non consente al Governo di utilizzare tali dati nelle indagini penali. Allo stesso modo dei proprietari di telefoni o auto equipaggiati con GPS, che non pensano che tali dispositivi saranno usati per realizzare una sorveglianza occulta dei loro spostamenti. Ma la giudice *Sotomayor* conclude che tali problemi non riguardano il caso sottoposto all'esame della Corte, nel quale l'intrusione fisica della polizia consente di risolvere la questione con la tradizionale interpretazione del IV Emendamento, basata sul *trespassing test*.

3. La giurisprudenza italiana.

La pronuncia della Suprema Corte federale serve da monito anche per la giurisprudenza italiana, che è consolidata nel senso che l'attività di indagine volta a seguire i movimenti sul territorio di un soggetto, a localizzarlo e, dunque, a controllare a distanza la sua presenza in un determinato luogo in un certo momento, nonché l'itinerario seguito, gli incontri avuti, non solo non costituisce intercettazione (il che è corretto), ma costituirebbe una modalità, tecnologicamente caratterizzata, di pedinamento e, come tale, rientrerebbe nei mezzi di ricerca della prova cosiddetti atipici o innominati attribuiti alla competenza della polizia giudiziaria. Pertanto, secondo la Corte di cassazione, l'impiego del GPS non solo non necessita dell'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., relative alle intercettazioni di conversazioni e/o comunicazioni (affermazione ineccepibile), ma, non trovando comunque applicazione il disposto dell'art. 15 Cost., che tutela le comunicazioni interpersonali, nemmeno sarebbe necessario il decreto motivato del pubblico ministero, viceversa indispensabile, ad esempio, per l'acquisizione dei "tabulati" concernenti il traffico telefonico⁷. Ma questa conclusione pare invece molto discutibile, soprattutto dopo la sentenza *Jones*.

⁷ Cass., Sez. V, 27 febbraio 2002, *Bresciani*, in *Mass. Uff.*, n. 221918; nello stesso senso Cass., Sez. I, 7.1.2010, *Congia*, *iv*, n. 246774; Cass., Sez. V, 10 marzo 2010, *Z.B.*, *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1464.

4. Considerazioni sull'ordinamento italiano.

In Italia, ci si deve domandare se l'impiego del GPS incide sulla libertà personale o solo sul diritto alla riservatezza o, al contrario, non limiti alcuna libertà fondamentale.

Se dovesse ritenersi che l'installazione e l'uso del *beeper* attenta soltanto alla *privacy*, sicuramente da ricomprendere tra i "diritti inviolabili dell'uomo" tutelati dall'art. 2 Cost., non ne deriverebbero conseguenze rilevanti.

Ma se invece dovesse concordarsi con la Corte federale statunitense, che, come si è detto, afferma che l'impiego del GPS interferisce sull'inviolabile libertà dalle perquisizioni e sequestri "irragionevoli" sia allorché vi è intrusione fisica ma anche quando questa manca (come sostengono le due *concurring opinions*), l'art. 13 Cost. impone al legislatore italiano la doppia riserva di legge e di giurisdizione, il cui mancato rispetto dà luogo ad una prova "incostituzionale" e quindi inutilizzabile, mentre l'art. 111 comma 7 Cost. prescrive la garanzia del ricorso in cassazione.

Si può perciò seriamente cominciare a domandarsi se l'impiego del GPS incida sulla libertà personale. Il concetto di "libertà personale" è tra i più vaghi e indecifrabili e la stessa Corte costituzionale finora non è riuscita a delinearne con certezza i confini. Con la sentenza n. 2 del 1956 la Corte, vietando la traduzione coattiva al comune di provenienza, accolse una nozione di libertà personale strettamente "fisico", che ricorda le prime sentenze della Corte suprema U.S.A. Ma la appena successiva sentenza n. 11 dello stesso anno abbracciò una nozione di libertà personale ben più ampia perché comprendente il diritto a non subire la "degradazione" "giuridica conseguente all'ammonizione: osservava allora la Corte che "l'ammonizione, attraverso le disposizioni che ora la regolano, si risolve in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose, magari designati come tali dalla pubblica voce, vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità; che l'ordinanza di ammonizione ha per conseguenza la sottoposizione dell'individuo ad una speciale sorveglianza di polizia; che attraverso questo provvedimento si impone all'ammonito tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui, quello di non uscire prima e di non rincasare dopo di una certa ora, non é che uno fra gli altri che la speciale commissione prescrive". Successivamente la Corte, con la sentenza n. 30 del 1962, ricomprese sotto la tutela dell'art. 13 Cost. la immunità da qualunque violazione della sfera di libertà corporale ed anche morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere, come accade per quei ri-

lievi segnaletici suscettibili di assoggettare a sostanziali restrizioni la libertà fisica o morale della persona (ad es. prelievi di sangue, indagini psicologiche o psichiatriche di particolare complessità, indagini che offendono il pudore della persona), escludendo invece quegli altri rilievi (ad es. quelli dattiloscopici o fotografici) destinati ad incidere esclusivamente sulla sfera esteriore della persona. Successivamente la Corte costituzionale è ripetutamente tornata sul tema della libertà personale, senza però delinearne con nettezza i confini, ma lo stesso legislatore, con la l. 30 giugno 2009, n. 85, ha ritenuto che anche gli accertamenti medici incidono sulla libertà personale, eppure, ad esempio le radiografie, non sembrano più invasive del prolungato controllo mediante GPS.

A nostro parere, se non si vuol restare legati ad un antiquato concetto strettamente “fisico” della libertà personale, un nuovo *trespassing test*, ci si deve rendere conto come sia del tutto irrilevante la circostanza che, per l’installazione del *beeper*, la polizia giudiziaria si sia dovuta o meno intromettere fisicamente sulla persona, negli oggetti o nell’auto dell’imputato.

Inoltre, deve essere chiaro che l’eventuale GPS installato su un’auto o su altro oggetto per fini diversi da quelli dell’indagine penale (ad esempio sui veicoli, sui velivoli, sui natanti o sui telefoni cellulari per agevolare la navigazione o a fini di antifurto), non possono essere utilizzati nel procedimento penale, perché il consenso dato dal proprietario o utilizzatore alla loro installazione non riguarda questa diversa finalità giudiziaria.

Se si accetta l’idea che il *beeper* intacca la libertà personale, la conseguenza è che soltanto la legge può indicare i “casi” e i “modi” di impiego del GPS, e quindi le interferenze ammesse su questa fondamentale libertà, e cioè per quali reati e nei confronti di quali soggetti esso può essere utilizzato, la sua durata, le modalità di impiego, le garanzie difensive, anche se successive al compimento dell’atto, le sanzioni processuali per il loro mancato rispetto, e, infine, la previsione del ricorso in cassazione.

Le conseguenze dell’accettazione della tesi per cui il GPS incide sulla libertà personale sono ovvie, portando attualmente alla conclusione dell’inutilizzabilità dei risultati dell’impiego del *beeper*.

Infatti, com’è noto, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ripetutamente affermato l’inutilizzabilità nel processo penale di prove ottenute illecitamente⁸

⁸ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 11 luglio 2006, Jalloh c/Germania, in *Cass. pen.*, 2006, 3843. In particolare, la Corte europea ha affermato l’inutilizzabilità di dichiarazioni acquisite dalla polizia giudiziaria in assenza di difensore (Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 26 settembre 2006, Gocmen

e alla stessa conclusione nei confronti delle prove “incostituzionali” è giunta sia la Corte costituzionale⁹ sia la Corte di cassazione¹⁰.

c/Turchia, in *Cass. pen.*, 2007, 1351, che ha ribadito che l'utilizzazione delle confessioni estorte al ricorrente costituisce già di per sé violazione del diritto ad un processo equo (in materia di divieto di autoincriminazione cfr. Corte eur. dir. uomo, 4 ottobre 2005, Shannon c/Regno unito, in *Cass. pen.*, 2006, p. 723).

⁹ In particolare, l'inutilizzabilità *contra reum* dei risultati delle intercettazioni illegittimamente disposte in violazione dell'art. 15 Cost. discende da alcune autorevoli pronunce della Corte costituzionale. Anzitutto la Corte costituzionale aveva affermato che il principio di inviolabilità della segretezza delle comunicazioni “sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria”, aggiungendo che “se ciò avvenisse, un diritto “riconosciuto e garantito” come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione”, tanto che la Corte sentì il “dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito” (Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34). Ed in altra successiva occasione la stessa Corte ammonì che “nessun effetto probatorio” può derivare da intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o in difformità delle relative prescrizioni, le quali “debbono ritenersi come inesistenti”, con la conseguenza che “nessun effetto probatorio può derivare da intercettazioni siffatte”, le quali, dunque, “sono assolutamente inidonee a produrre alcun effetto” sia pure indiretto (Corte cost., 7 maggio 1975, n. 120). Ancora si è ribadito 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” (Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81). Come si è già ricordato, in materia di prelievi ematici coattivi fu ritenuto incostituzionale, in rapporto all'art. 13 Cost., l'art. 224 comma 2 c.p.p., che prevedeva tali misure incidenti sulla libertà personale, aggiungendo che dall'art. 13 Cost. conseguiva un vero e proprio divieto probatorio, dal momento “che - fino a quando il legislatore non sarà intervenuto ad individuare i tipi di misure restrittive della libertà personale che possono dal giudice essere disposte allo scopo di consentire (anche contro la volontà della persona assoggettata all'esame) l'espletamento della perizia ritenuta necessaria ai fini processuali, nonché a precisare i casi e i modi in cui le stesse possono essere adottate - nessun provvedimento di tal genere potrà essere disposto” (Corte cost., 11 giugno 1996, 238). Ancora la Corte, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103 c. 6, “nella parte in cui non prevede il divieto di sottoporre a sequestro gli scritti formati dall'imputato (e dall'indagato) appositamente ed esclusivamente come appunto per facilitare la difesa negli interrogatori”, ha riconosciuto l'inutilizzabilità delle prove incostituzionali, laddove ha motivato la pronuncia con la considerazione che gli appunti difensivi sequestrati “sarebbero comunque risultati inutilizzabili per la parte concernente la tutela del diritto alla difesa personale, trattandosi di prove illecitamente acquisite (art. 191)” e che la perquisizione funzionale all'apprensione degli stessi appunti “si risolve in una palese diretta violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto all'autodifesa” (Corte cost. 1 giugno 1998, n. 229). Ancora la Corte affermò che l'ipotesi della videoregistrazione domiciliare che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 14 Cost. e quindi, in assenza di una disciplina legislativa, costituisce un'ipotesi di violazione del domicilio al di fuori dei casi previsti dalla legge, cioè una prova atipica, inammissibile perché incostituzionale (Corte cost. 11 aprile 2002, n. 135). Infine la Corte ha precisato che, in mancanza di una norma che consenta o disciplini l'attività investigativa nel domicilio, soddisfacendo la doppia riserva di legge e di giurisdizione ex art. 14 c. 2 Cost., la ripresa domiciliare deve ritenersi “radicalmente vietata, proprio perché lesiva dell'inviolabilità del domicilio, sancita dal c. 1 dello stesso art. 14 Cost.; mentre i risultati delle riprese effettuate in violazione del divieto rimarrebbero inutilizzabili” (Corte cost. 7 maggio 2008, n. 149).

Analoghi problemi di prove “incostituzionali” contrabbandate come atipiche si sono presentati in passato con la perizia disposta al fine del prelievo emati-

¹⁰ Anche la Corte di cassazione ha riconosciuto l’inutilizzabilità delle prove incostituzionali. Essa ha dichiarato nulla la perquisizione effettuata senza l’autorizzazione del magistrato e non nei “casi” e nei “modi” stabiliti dalla legge ed inutilizzabile il sequestro eseguito in esito ad essa, trattandosi di “un procedimento acquisitivo della prova che reca l’impronta ineludibile della subita lesione ad un diritto soggettivo, diritto che, per la sua rilevanza costituzionale, reclama e giustifica la più radicale sanzione di cui l’ordinamento processuale dispone, e cioè l’inutilizzabilità della prova così acquisita in ogni fase del procedimento”; salvo che ricorra l’ipotesi prevista dall’art. 253 c. 1, nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti (Cass., Sez. Un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268 ss.). Le S.U. hanno anche affermato che l’art. 191 è applicabile pure alle c.d. “prove incostituzionali”, perché “assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell’individuo, costituzionalmente protetti; prove come tali colpite dalla patologia irreversibile dell’inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempli divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario, infatti, che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali (arg. da sentenza Corte cost. n. 34/1973)” (Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D’Amuri, *Guida dir.*, 2000, 27, 58]. Ancora le Sezioni unite hanno affermato la piena rilevanza della “categoria sanzionatoria dell’inutilizzabilità cosiddetta “patologica”, inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell’udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito” (Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Mass. Uff.*, n. 216246]. Sia pure implicitamente le S.U. hanno riconosciuto che “se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l’idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell’art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio e che inoltre per le riprese di comportamenti non comunicativi possano valere regole meno garantiste di quelle applicabili alle riprese di comportamenti comunicativi, regolate, come si è visto dagli artt. 266-271 del codice di rito. Per queste infatti occorrerebbe l’autorizzazione del giudice, ammessa solo per determinati reati, in presenza di condizioni particolari e con vincoli di vario genere, presidiati dalla sanzione dell’inutilizzabilità, mentre per le altre sarebbe sufficiente il provvedimento del p.m. (se non anche la sola iniziativa della p.g.) e mancherebbero regole di garanzia assimilabili a quelle previste per le intercettazioni di comunicazioni. Con la conclusione che mentre potrebbero essere per varie ragioni colpite da inutilizzabilità le riprese di comportamenti comunicativi ben difficilmente potrebbero esserlo le altre” (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, *Guida dir.*, 2006, 33, 51]. Ancora le S.U. hanno affermato che, qualora non siano osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, l’inutilizzabilità dei risultati dell’intercettazione rappresenta una concreta attuazione dei precetti costituzionali posti a presidio della libertà e della segretezza delle comunicazioni, la cui inosservanza determina la totale “espunzione” del materiale processuale derivante dalle intercettazioni illegittime, che si concreta nella loro giuridica inutilizzabilità e nella loro “fisica eliminazione”. Pertanto l’inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, dichiarata nel giudizio penale, ha effetti anche nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione (Cass., Sez. Un., 13 gennaio 2009, Racco, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 302]. Infine le S.U. hanno ribadito che le intercettazioni dichiarate inutilizzabili a norma dell’art. 271 c.p.p. (nella specie per mancata osservanza delle disposizioni previste dall’art. 268 c.3, per assenza di motivazione in ordine all’idoneità od insufficienza degli impianti esistenti presso la procura della Repubblica), così come le prove inutilizzabili a norma dell’art. 191 c.p.p., non sono suscettibili di utilizzazione agli effetti di qualsiasi tipo di giudizio, ivi compreso quello relativo all’applicazione di misure di prevenzione (Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049].

co dall'imputato o da terzi, che, prima della l. 30 giugno 2009, n. 85, non era disciplinata dalla legge quanto ai "casi" e ai "modi" e che perciò portò alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 224 c.p.p. da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 238/ 1996¹¹. La stessa vicenda è accaduta anche in riferimento alle riprese visive nel domicilio, rispetto alle quali la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità degli artt. 189 e 266-271 c.p.p. e, segnatamente, dell'art. 266, co. 2, c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost., precisò che sono costituzionalmente legittime le videoregistrazioni nel domicilio di comportamenti di tipo comunicativo, mentre quelle che non hanno carattere di intercettazione di comunicazioni potranno essere disciplinate soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.¹².

In conclusione, il rispetto dei precetti costituzionali potrà aversi soltanto se il legislatore introdurrà una organica disciplina che indichi i reati per i quali tale tecnica investigativa è ammessa, i soggetti che possono subirla, le modalità di installazione del *beeper* e la durata del suo impiego, le garanzie difensive, compreso il ricorso in cassazione e le sanzioni in caso di inosservanza delle prescrizioni.

¹¹ Corte cost., 11 giugno 1996, n. 238.

¹² Corte cost., 11 aprile 2002, n. 135. Successivamente Corte cost., 7 maggio 2008, n. 149 dichiarò inammissibile la questione di legittimità dell'art. 266 c. 2 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 13 c. 1 e 2, e 15 Cost., nella parte in cui non estende la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti a qualsiasi ripresa visiva effettuata in luoghi di privata dimora, ancorché le immagini captate non abbiano ad oggetto comportamenti di tipo comunicativo.