

Il “filo d’Arianna” dei valori e delle garanzie comuni agli Stati membri nella Carta dei diritti e nella Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo: due esempi di nomofilachia “ricettiva”.

Sommario: 1)Introduzione: la nomofilachia, tra passato e presente. 2) L’attenuante della riparazione del danno in chiave di reintegrazione della dignità della vittima. 3)Utilizzabilità, a fini probatori, della registrazione di conversazioni tra presenti, pilotate dalla Polizia Giudiziaria:un vulnus alla tutela della riservatezza o una prova documentale legittimamente formata?. 4) In conclusione.

1. INTRODUZIONE: LA NOMOFILACHIA, TRA PASSATO E PRESENTE.

Negli ultimi anni,la tradizione nomofilattica della Corte di Cassazione ha preso nuove sembianze , divenendo volano del c.d. dialogo tra Corti, e della c.d. tutela multilivello , in funzione della ricerca di un parametro di conformità interpretativo nel rapporto tra norme nazionali e forme di tutela transnazionali dei diritti inviolabili.

Va,quindi, rivista la vieta concezione del potere nomofilattico della Corte di Cassazione, teleologicamente orientato verso la uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto oggettivo nazionale,così come suggerita dalla lettura dell’art. 65 dell’Ordinamento Giudiziario.

Tuttora possiamo definirlo un potere di valenza dinamica, che si nutre dell’evoluzione legislativa, ma anche dell’evoluzione sociale; in esso si cristallizzano le diverse configurazioni del c.d.diritto vivente e del precedente, più o meno vincolante per i Giudici di merito.

L’operazione nomofilattica trascende, come è noto, il caso concreto, a causa del suo essere funzionale all’applicazione del diritto obiettivo e della voluntas legis: ciò ne svela il segno normativo, se non normante.

Il risultato della funzione nomofilattica si traduce nella selezione del c.d. diritto vivente, ovvero del diritto sedimentato. Con l’effetto di fornire un contributo di chiarezza alle norme dell’ordinamento

positivo e di ragionevole probabilità circa l'esito dei conflitti giudiziari; attuando, in definitiva, la certezza del diritto.

Il che non vuol dire che si tratti di un potere autoreferenziale. Ma, al contrario, che esso assurge a valore in sé della giurisdizione, non formalistico, ma responsabilizzante, nella misura in cui tende a garantire coerenza allo ius dicere e a rendere la funzione giurisdizionale più comprensibile agli utenti del servizio giustizia.

Già nel 1968, la Corte Costituzionale, con la sentenza n.134, recependo una visione, per così dire, sincronica della nomofilachia, respingeva la congettura secondo cui l'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario proporrebbe una lettura pietrificata della giurisprudenza della Cassazione, una sorta di sclerotizzazione, cui non potrebbero opporsi nuovi approdi, fondati su un fluire dinamico degli orientamenti giurisprudenziali.

E' vero, tuttavia, che le ultime tendenze legislative hanno inteso "burocratizzare" la funzione nomofilattica in chiave deflazionistica, con l'introdurre, in particolare, attraverso la novellata disposizione dell'art. 360 bis c.p.c., una causa di inammissibilità dei ricorsi proposti avverso sentenze di merito "conformi alla giurisprudenza della Corte". Tuttavia, proprio la lettura costituzionalizzata dell'art. 65 Ord. Giud. ha indotto il Legislatore della riforma del Codice processuale civile a prevedere una valvola di sicurezza a vantaggio della naturale duttilità della funzione nomofilattica, nel senso che la disposizione citata consente alla Corte di valutare, attraverso l'esame dei motivi, eventuali elementi che militino per un revirement giurisprudenziale.

Come ricordato in esordio, la configurazione di una galassia giurisprudenziale transnazionale ed il processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, come riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, ha profondamente mutato la prospettiva della funzione nomofilattica della Cassazione, accentuando il carattere di fluidità della *reductio ad unum* dell'interpretazione del diritto vivente. Tale cambio di visuale non è solo patrimonio della giurisprudenza civile, ma emerge anche nelle sentenze penali, laddove si intravede il filtro di un interprete maggiormente consapevole di una ermeneutica di sistema e, quindi, dei limiti di una nomofilachia statica.

Esamineremo, in questa sede, due precedenti, molto ravvicinati tra loro, che danno il segno di quanto possa essere proficuo, per la vivificazione della funzione nomofilattica, gettare lo sguardo su un diritto vivente conforme alle tradizioni costituzionali comuni dell'Europa.

2. L'ATTENUANTE DELLA RIPARAZIONE DEL DANNO IN CHIAVE DI REINTEGRAZIONE DELLA DIGNITA' DELLA VITTIMA.

Nella sentenza n.28658, depositata il 21.5.10, della seconda sezione della Corte di Cassazione viene affrontato il tema, non nuovo al dibattito giurisprudenziale interno, della satisfattoria del risarcimento del danno; ciò ai fini dell'applicazione della corrispondente circostanza attenuante, di cui all'art. 62 n.6, prima parte, c.p.

Nel caso deciso dalla S.C., veniva confermata la decisione dei Giudici di Appello, i quali avevano optato per l'insussistenza della attenuante de qua, a causa della ritenuta non integralità del risarcimento del danno offerto alla vittima di una violenza sessuale.

Nei propri motivi di ricorso, l'imputato aveva censurato il diniego dell'attenuante, sulla base dell'intervenuta accettazione, da parte della persona offesa, della somma offertale a titolo risarcitorio.

La Corte ripropone, nella propria condivisibile motivazione, gli argomenti consolidati a sostegno del controllo giudiziale sulla congruità del risarcimento del danno, in rapporto all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato¹.

Nel contempo, la S.C. precisa che l'eventuale adesione della vittima ad una transazione sul danno da reato collide con la visione

¹ Si tratta di un principio che ha avuto molteplici applicazioni nella giurisprudenza di legittimità, in parte rievocata nella decisione in commento. Ad avvalorarne il rigore, è utile menzionare due precedenti non recentissimi; nel primo (Cass.III, 12.3.03, n.11436, in Cass. Penale, n.5/04, pag. 1607), si è affermato che <la congruità, ritenuta dal giudice tutelare, della somma offerta a titolo di risarcimento del danno cagionato dal reato al minore non equivale ad automatico riconoscimento della sua idoneità al completo ristoro del danno medesimo e, quindi, della sussistenza della circostanza attenuante comune prevista dall'art. 62 n.6 c.p., che va valutata, sulla base della completa conoscenza degli atti, dal Giudice penale, limitandosi la delibazione di quello tutelare a stabilire l'utilità, per il minore, di accettare o no la somma offerta>; nella seconda decisione (Cass. V, 20.3.2000, n.733, in Cass. Pen. n.2/2001, pag.477), si è ritenuto che < Il giudice penale, anche in sede di patteggiamento, è tenuto a controllare che il danneggiato sia stato completamente reintegrato nella posizione quo ante, non bastando ai fini dell'attenuante ex art. 62 n.6 c.p., una qual che sia chiusura del rapporto risarcitorio conseguente al reato>.

“oggettivistica” dell’attenuante², in base alla quale non trova alcuna cittadinanza l’autonomia negoziale in merito alla misura del risarcimento. Ciò in quanto non può concepirsi una gestione privatistica del risarcimento, in relazione alla sua funzione pienamente riparatoria delle conseguenze dannose dell’illecito. Pertanto, la libertà negoziale della vittima, nel cui interesse è prevista la circostanza attenuante in esame, è destinata a recedere, in rapporto alle valutazioni, meramente oggettive, sull’integralità della riparazione dei pregiudizi derivanti dal reato³.

Se la Corte si fosse limitata a tali asserzioni, ci troveremmo di fronte ad una ordinaria continuità nomofilattica. Ed invece, nel ragionamento dell’Estensore irrompe il valore della dignità della persona, come enunciato nell’art. 1 della Carta dei diritti di Nizza; con le ulteriori sottolineature dell’art. 6 della Carta che elevano tale principio a fondamento della piramide dei diritti fondamentali, nonché ad archetipo dei diritti della personalità.

Nel proprio argomentare, la Corte non si esime dal rammentare che la questione sottoposta al suo esame non è regolata dalle fonti comunitarie, ai sensi dell’art. 51 TUE.

² Sulla quale cfr., da ultimo, Cass. II, 13.5.10, in C.E.D. N.21014, ove si legge : < La ratio dell’attenuante introdotta dal Legislatore nel preminente interesse della vittima del reato, va individuata nell’incentivo ad un pronto e totale ristoro del danno risarcibile derivato dal reato, incentivo che sarebbe evidentemente vanificato se, nei confronti del colpevole, anche non abbiente, la prevista diminuzione di pena potesse operare solo in limiti assai più contenuti di quelli edittalmente previsti. Una lettura costituzionalmente orientata che tenga conto del bilanciamento degli interessi coinvolti impone di ritenere l’attenuante di natura soggettiva solo quanto agli effetti, ai sensi dell’art. 70 c.p., ma non anche ai fini del suo contenuto, l’analisi del quale deve invece indurre a qualificarla come essenzialmente oggettiva; Infatti, a favore della qualificazione dell’attenuante in senso oggettivo, sotto l’aspetto contenutistico, depongono concordi argomenti testuali, logici e sistematici. In primo luogo, nessun elemento, nella formulazione normativa, conduce a ritenere che il legislatore abbia assunto, come fine dell’attenuante, il ravvedimento del reo. Dal punto di vista logico, il fatto che il risarcimento debba essere integrale, e che non sia quindi ammessa una riparazione parziale è, al contrario, indice non solo della irrilevanza degli stati psicologici o dell’atteggiamento interiore del reo, ma del preminente risalto che si intende dare alla figura della persona offesa ed all’esigenza che il pregiudizio da questa subito a causa del comportamento criminoso del colpevole sia interamente ristorato..... Nel conflitto di interessi tra reo e vittima del reato, regolato dall’art. 62 c.p., n.6, prima parte, l’interesse della vittima non lascia alcuno spazio a pur eloquenti manifestazioni di ravvedimento del reo, per le quali soccorrono oggi altri istituti del diritto penale...>.

³ Si legge, infatti, in Cass.II,8.4.10, in C.E.D. Cass. n.247118, che la circostanza attenuante non può essere riconosciuta soltanto sulla base della generica dichiarazione liberatoria della persona offesa.

E tuttavia, entra in gioco, nella condivisibile ricostruzione dell'Estensore, il ruolo di stella polare della Carta dei Diritti (con la sua attuale vincolatività nella gerarchia delle fonti comunitarie), proprio perché si è di fronte a questioni che attengono al patrimonio costituzionale europeo, di cui la Carta è, senza dubbio, il topos.

Al fine di dare corpo a tale tesi, l'Estensore ricorda che, in seno alla filonomachia della Cassazione, è attualmente ricompresa anche l'attività di conformazione dell'universo dei diritti fondamentali, enucleabili dalle leggi ordinarie e dalla Costituzione, ai principi del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza.

E per giungere a tale conclusione, la Corte cita un precedente particolarmente significativo: ovvero la sentenza n.2352/10, nella quale si è riconosciuta alla S.C. una mission , per così dire, filologica nei confronti dei principi “ promozionali” del Trattato e della Carta.

Nella sentenza n.2352/10, la Corte aveva inteso l'art. 1 della Carta⁴ non come un paradigma astratto, bensì come indice di misura del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali rivendicati dal ricorrente, in relazione alla condotta mobbizzante attuata in suo pregiudizio⁵.

Nella stessa direzione va anche l'operazione interpretativa dei Giudici della II sezione; i quali ponendo a fondamento del risarcimento contemplato dall'art. 62 n.6 prima parte, l'esigenza di protezione del valore della dignità umana, escludono che essa possa essere utilizzata come valore di scambio, in virtù della sola negoziazione tra il reo e la persona offesa, senza che il Giudice possa effettivamente verificare la

⁴ Ma ,nel caso di specie, l'interpretazione filologica si estendeva anche all'art. 15, ovvero al diritto a svolgere, in condizioni di pari opportunità, l'attività lavorativa prescelta

⁵ Nella sentenza utilizzata come paradigma dall'Estensore si coglie a pieno la dimensione del diritto comune europeo, inteso come sentire comune e convergenza di valori, sulla base di una tradizione condivisa di diritto positivo.

E' utile osservare come tale stratificazione di principi si distingua dal catalogo dei diritti umani garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, le cui norme concernono il rapporto tra individuo ed Autorità; mentre la Carta di Nizza ha introiettato i c.d. diritti di seconda generazione, ovvero le garanzie di ordine socio-economico nello spazio giuridico europeo.

piena reintegrazione del vulnus alla personalità morale della vittima⁶. Con ciò assolvendo al suo ruolo di garante della ricostituzione del valore leso, che trascende l'interesse risarcitorio della persona offesa e la lesione patrimoniale ad essa arrecata; ma si colloca sul piano più alto, e trascendente, della protezione di un diritto fondamentale che è insito nella coscienza sociale collettiva.⁷

3. UTILIZZABILITA' A FINI PROBATORI DI REGISTRAZIONI TRA PRESENTI, "PILOTATE" DALLA POLIZIA GIUDIZIARIA: UN VULNUS ALLA TUTELA DELLA RISERVATEZZA O UNA PROVA DOCUMENTALE LEGITTIMAMENTE FORMATA?

La seconda sentenza che segna il nuovo corso nomofilattico dei Giudici di Legittimità (Cass. II, 14.10.10, n.3181) prende posizione in maniera netta sulla tematica delle registrazioni di conversazioni tra presenti, captate da uno dei partecipi al flusso comunicativo, avvalendosi di tecnologie fornite dalla Polizia Giudiziaria. Un tema su cui, sino all'emissione di tale pronuncia, la Giurisprudenza aveva manifestato qualche perplessità, in virtù di un fraintendimento sulla natura della prova documentale legittimamente acquisibile, e sui limiti della riserva di giurisdizione prevista in tema di violazione della riservatezza, ex art. 15 Cost.

Le Sezioni Unite, con la sentenza 24.9.03 n.36747(Torcasio), in tema di registrazioni "occulte" di conversazioni, effettuate di propria iniziativa da un privato interlocutore, avevano affermato due significativi principi. Da un lato, il carattere di prova documentale- e non già di intercettazione tecnicamente intesa-delle registrazioni svolte da uno dei soggetti ammessi a partecipare alla conversazione

⁶ E ciò è tanto più vero nei reati di violenza sessuale, rispetto ai quali, con la l.15.2.1996 n.66, si è registrato un mutamento dell'oggetto giuridico, dalla moralità pubblica ai delitti contro la libertà individuale (capo III del Codice Rocco). L'attuale normativa, una volta cancellata la distinzione tra violenza carnale ed atti di libidine violenta, ha valorizzato la mancanza di consenso del soggetto passivo e la intangibilità del bene-persona, nella sua unitarietà, al punto che la giurisprudenza dominante ha ricompreso nella condotta dell'art. 609 bis c.p. qualsiasi condotta che, risolvendosi in un'intrusione nella sfera di intimità sessuale del soggetto passivo, sia idonea a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima. Ne deriva che in tali fattispecie di reato, l'esigenza di tutela della dignità della persona offesa passa anche attraverso la valutazione del carattere particolarmente traumatico della condotta dell'agente, che impinge nella sfera di autodeterminazione sessuale, mortificando la personalità morale della vittima.

⁷Già in Cass.Sezioni Unite, n.29191 del 12.12.08, in tema di danno non patrimoniale, si faceva riferimento al danno morale, quale fulcro della tutela di un diritto inviolabile della persona, ovvero l'integrità morale, nel suo significato di espressione della dignità umana, come desumibile dall'art. 1 della Carta di Nizza.

(tra essi l'operatore di polizia giudiziaria), mancando l'estraneità al colloquio del captante occulto. Dall'altro, l'inutilizzabilità come prova della registrazione fonografica effettuata occultamente da personale della polizia giudiziaria, rappresentativa di colloqui svoltisi tra lo stesso e persone informate sui fatti, poiché tale utilizzazione aggirerebbe i divieti, posti a pena di inutilizzabilità, previsti dagli art. 63 c.2 e 195 c.4 c.p.p.⁸

Era emerso, successivamente, (cfr. Cass. 7.11.07–12.12.07, n.46724) un orientamento che prevedeva l'applicazione delle garanzie in tema di intercettazioni nell'ipotesi in cui il partecipante alla conversazione non si fosse limitato alla mera registrazione, ma fosse dotato di apparecchiature che consentissero alla Polizia Giudiziaria di ascoltare in tempo reale il contenuto del colloquio⁹.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi su una questione di costituzionalità proposta dal Tribunale di Lecce (ordinanza del 19.5.08)– il quale dubitava della compatibilità con l'art. 15 Cost. e l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo della disciplina in tema di prove documentali, che consentirebbe un'attività investigativa di "gestione occulta" della registrazione di conversazioni effettuata da uno dei partecipi, in assenza di provvedimento autorizzativo della Polizia Giudiziaria–pur dichiarando l'infondatezza della questione per difetto di rilevanza¹⁰, ha puntualizzato l'aspetto dirimente della questione. Il quale consiste nella demarcazione che sussiste tra < atto del procedimento> documentabile e < documento> utilizzabile a fini probatori.

Lo spunto per tracciare tale linea di confine¹¹ è fornito alla Consulta dalla decisione delle Sezioni Unite n.26795 del 28.7.06 (ampiamente richiamata anche nella sentenza in argomento), la quale ha escluso che le videoregistrazioni della polizia giudiziaria svolte nel corso delle indagini possano essere introdotte nel processo penale alla stregua di <documenti>:esse costituirebbero, piuttosto, documentazione dell'attività investigativa svolta. La Corte Costituzionale evidenzia che le Sezioni Unite, per le videoriprese in luoghi non riconducibili al domicilio (e, quindi, protetti dalla garanzia costituzionale), avevano

⁸ Il dictum di tale sentenza era condivisibile solo in parte, poiché non prendeva in esame la compatibilità tra il concetto di documento, rappresentativo di un fatto storico, previsto dall'art. 234 del Codice di rito e la registrazione fonografica effettuata dalla polizia giudiziaria, soggetta a documentazione e, quindi, ad una diversa modalità di ingresso probatorio nel processo

⁹ In senso opposto a tale orientamento cfr, Cass.VI, n.16986 del 24.2.09.

¹⁰ Con la sentenza n.320 del 30.11.2009.

¹¹ Il quale emerge con nitidezza dalla Relazione al progetto preliminare del codice di rito,, secondo il quale le norme di cui agli art. 234 e segg. c.p.p. sono state concepite con esclusivo riferimento ai documenti formati fuori dal processo,dei quali è richiesto l'ingresso, ma non per quelli formati all'interno del procedimento ad opera della Polizia Giudiziaria, nel corso delle investigazioni.

previsto la garanzia minimale di un regime autorizzatorio da parte dell'Autorità Giudiziaria, ma non già il procedimento disciplinato in tema di intercettazioni.

Una volta effettuato tale distinguo, il Giudice delle Leggi ha ritenuto superfluo l' intervento manipolatorio del tessuto normativo processuale richiesto dal Tribunale di Lecce, posto che sarebbe da escludersi la violazione del diritto fondamentale alla riservatezza; ciò per la semplice ragione che la registrazione fonografica (equiparabile alla videoripresa d'iniziativa della Polizia Giudiziaria scrutinata dalle Sezioni Unite nella richiamata sentenza n.26795/06) sarebbe, quantomeno, sottoposta al rigore della documentazione dell'attività investigativa e, quindi < suscettibile di utilizzazione processuale solo se riconducibile ad altra categoria probatoria> (nella specie, quella delle prove dichiarative)¹².

L'Estensore della sentenza in commento perviene a risultati interpretativi analoghi a quelli contenuti nella predetta decisione del Giudice delle Leggi. Ed infatti,valorizza la distinzione tra prove formate al di fuori del processo e attività investigative endoprocedimentali,le une destinate a trovare ingresso nel processo a titolo di prova documentale, le altre suscettibili di sfociare in un'altra modalità di utilizzazione a fini probatori; con la precisazione che per queste ultime (tra cui deve annoverarsi l'eterodirezione a fini investigativi della captazione di un colloquio tra privati), occorre rinvenire nel sistema un punto di equilibrio tra esigenze di indagini e diritto al rispetto della riservatezza, mediante un controllo preventivo, da parte dell'Autorità Giudiziaria, del grado di invasività di una registrazione "pilotata" dalla Polizia Giudiziaria all'insaputa di uno dei due interlocutori (standard minimo di garanzia già ravvisato per l'acquisizione dei tabulati telefonici, cfr. Corte Costituzionale n. 281/98)

¹² Con la conclusione, implicita nella decisione della Consulta, che il Giudice remittente, nel verificare l'inutilizzabilità di una prova derivante dalla violazione dell'art. 15 Cost., stante la sua assunzione con un procedimento atipico, avrebbe potuto direttamente adeguare la fattispecie ai principi costituzionali e della CEDU in subiecta materia.

E' evidente che un simile quadro di incertezza interpretativa¹³, nel solco di una nomofilachia, per così dire, domestica avrebbe potuto indurre la Corte a rimettere la questione alle determinazioni delle Sezioni Unite. Ed invece, condivisibilmente, l'Estensore, per sciogliere il dubbio ermeneutico, si affida alle fonti sovranazionali e, in particolare, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di lettura dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Occorre, allora, (ri)verificare il grado di vincolatività, per il Giudice nazionale, delle sentenze della CEDU, all'indomani dell'emissione delle sentenze costituzionali n.348 e 349 del 2007.¹⁴

A nostro avviso, e pur in presenza di talune perplessità sull'asserzione del Giudice delle leggi in merito alla non comunitarizzazione dei contenuti della Convenzione¹⁵, si deve ritenere che il Giudice italiano abbia l'obbligo di un'interpretazione convenzionalmente orientata (tenuto conto del carattere sub-costituzionale della CEDU). Il che non equivale ad un sindacato diffuso (ipotesi definitivamente tramontata all'esito dei dicta costituzionali sopra richiamati), ma all'esigenza di garantire una tenuta complessiva del parametro dell'interpretazione conforme. Quest'ultima è alternativa al rimedio della proposizione della questione di costituzionalità e non può più limitarsi alle disposizioni costituzionali;

¹³ Nella sentenza della VI sezione, n.45911 del 1.12.09, si era, invece, affermato che, alla luce della disponibilità in capo agli interessati della diffusione dei contenuti delle comunicazioni (sent. Cost. n.81/93), non avrebbe potuto avere cittadinanza, nell'ordinamento positivo, una disposizione di legge ordinaria volta ad inibire, senza l'autorizzazione del Giudice, la registrazione di conversazioni ad opera di uno degli interlocutori, o la diffusione del contenuto del colloquio all'autorità giudiziaria per iniziativa spontanea dello stesso. Mentre, si asserisce nella medesima sentenza < Non ignora il Collegio che una questione di necessaria od opportuna disciplina legislativa a fine di garanzia può certamente porsi per quelle registrazioni effettuate da partecipanti alle conversazioni, in accordo o in intesa con gli organi di investigazione che facciano, anche indirettamente, un "uso investigativo" del registratore, a mezzo di persona diretta od orientata dalla Polizia Giudiziaria..>.

¹⁴ Al riguardo, vanno brevemente rammentati i principi che la Consulta, nelle due sentenze "gemelle" in tema di accessione invertita, ha enunciato, in tema di rapporti tra CEDU ed ordinamento nazionale: 1) le norme convenzionali sono norme interposte ai fini del giudizio di costituzionalità, in base all'art. 117 Cost. 2) ne deriva che, in caso di contrasto tra norma della Convenzione ed una disposizione di legge ordinaria, il Giudice, se il contrasto è insanabile, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale. 3) l'interpretazione delle norme pattizie è rimessa, dunque, alla Consulta, ma la Corte Costituzionale deve previamente verificare se tale interpretazione, come suggerita dal Giudice remittente, sia compatibile con la Costituzione e se tale interpretazione risulti comunque bilanciata con altri diritti fondamentali consacrati nella nostra Carta.

¹⁵ In particolare, sia nella sentenza n.348/07 che nella sentenza n.349/07 i Giudici Costituzionali affermano che < i diritti fondamentali non possono considerarsi una materia in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità..> Tale affermazione collide, però, con la qualificazione, da parte della Corte di Giustizia, dei diritti fondamentali oggetto delle disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario, oltre che con l'art. 6 del Trattato di Lisbona, che ha previsto l'adesione dell'Unione alla Convenzione.

ma investe, nella materia dei diritti fondamentali, anche le disposizioni della CEDU che sono patrimonio comune, non soltanto degli Stati europei¹⁶, ma riecheggiano valori giuridici di carattere universale, ribaditi nelle singole Carte Costituzionali.

Se si segue il solco dell'interpretazione convenzionalmente orientata (o se si vuole adeguatrice), non si potrà prescindere, nell'ambito della selezione dei parametri interpretativi, dalle sentenze della Corte di Strasburgo: esse costituiscono, a loro volta, il nucleo del diritto vivente della Convenzione. Con l'effetto di approdare ad una nomofilachia, per così dire, circolare, ed ad un effettivo dialogo tra Corti¹⁷.

Resta da vedere quale sia lo stato dell'arte della giurisprudenza della CEDU, con riguardo alla questione delle conversazioni tra presenti, oggetto di registrazione "guidata" da parte degli organi investigativi.

In materia, a parte il precedente citato dalla II Sezione¹⁸, rileva la più recente decisione di Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sez.V, 1 marzo 2007, *Heglas c/Repubblica Ceca*.

Nella predetta decisione, che concerneva per l'appunto, un'ipotesi di registrazione "pilotata" di una conversazione- nel corso della quale veniva fonoregistrata la confessione dell'autore di una rapina- la Corte, richiamando altri precedenti analoghi in tema di intercettazioni

¹⁶ Sempre nella sentenza n.349/07, si legge: <Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Convenzione, che il Legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare.

¹⁷ Una simile opzione è prescelta da Corte Costituzionale n.93/2010, citata nella sentenza in commento, nella quale si legge: < Nei casi in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna ed una norma della CEDU, il giudice nazionale deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenza n.239 del 2009) e, ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante) deve denunciare la rilevata incompatibilità costituzionale, proponendo questione di legittimità costituzionale, in riferimento al parametro dianzi indicato.

¹⁸ Si allude a Corte Europea dei diritti dell'Uomo sezione II, 8.4.2003, *M.M. contro Paesi Bassi*, relativa al caso della moglie di un detenuto in stato di custodia cautelare che, molestata sessualmente dal legale del coniuge, aveva, su indicazione della polizia, posto in essere una serie di accorgimenti tecnici per procedere alla registrazioni delle conversazioni con il proprio presunto molestatore. Poiché la legge olandese prevede che l'intercettazione di comunicazioni abbia come presupposto un'indagine penale e sia oggetto di autorizzazione del giudice istruttore, non essendosi realizzata nessuna delle due condizioni specifiche, la Corte ha ritenuto che l'interferenza nella vita privata dell'inquisito, protetta ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, si fosse svolta non in conformità alla legge.

ambientali in ambiente carcerario o di intercettazioni telefoniche¹⁹, ha considerato “atipico” tale mezzo di prova. Ne ha inoltre stigmatizzato la caratteristica di ingerenza illecita nella vita privata altrui, non prevista per legge; ed ha quindi accolto il ricorso dell’interessato, atto ad invocare la violazione dell’art. 8 c.2 della Convenzione²⁰.

Alla luce di tale ultimo orientamento della Corte di Strasburgo, deve ritenersi corretto l’approdo giurisprudenziale cui è pervenuta la Cassazione, nella sentenza in esame. Infatti, posto che l’ordinamento prevede unicamente per le captazioni occulte un procedimento disciplinato minuziosamente dalla legge– che non è invece necessario per la registrazione delle conversazioni tra presenti, che restano nella disponibilità dei relativi partecipi– la deviazione da tale modello di prova documentale richiede effettivamente la predisposizione di un controllo giurisdizionale, seppure in forma meno rigorosa di quello predisposto per le intercettazioni; e, nel contempo, una veicolazione nel processo della relativa attività investigativa attraverso la prova dichiarativa e non già la mera acquisizione delle risultanze di indagini.

Nel concreto, quindi, l’interpretazione adeguatrice dell’art. 8 della Convenzione, in rapporto allo standard di tutela predisposto dall’art. 15 Cost., va nella direzione di una coerenza “nomofilattica” ad ampio raggio, dovendosi individuare le direttrici interpretative comuni ,privilegiando esegesi che individuino i più ampi margini di protezione dei diritti fondamentali.²¹

¹⁹ In particolare, 6.12.05, Agaoglu c/ Turchia, 20.12.05, Wisse c/Francia, 5.12.02, Allan c/ Regno Unito.

²⁰ Ricorda la CEDU nella sentenza in esame che per “legge”, ai fini previsti dall’art. 8 c.2 della Convenzione, deve intendersi una disposizione “prevedibile” quanto al senso ed alla natura delle misure applicabili , che garantisca un certo standard di protezione contro gli atti arbitrari del potere pubblico, indicando in modo chiaro ai cittadini in quali circostanze ed a quali condizioni le pubbliche autorità possano porre in essere misure di sorveglianza segrete e lesive della privacy; indicando, all’uopo, quali soggetti possono essere sottoposti alle misure, la natura dei reati per perseguire i quali esse siano utilizzabili, i limiti di durata, le formalità per assicurare l’integrità delle registrazioni, etc.

²¹ In questa chiave deve leggersi anche il riferimento, contenuto nella sentenza n.3181/10, all’art. 7 della Carta dei diritti di Nizza, che funge da ulteriore parametro interpretativo, pur nella consapevolezza della estraneità delle fonti comunitarie alla fattispecie analizzata dai giudici di legittimità. Inoltre, non va sottaciuto che, nel quadro di individuazione delle regole comuni in materia probatoria degli Stati membri dell’Unione Europea, si è individuato uno standard che consenta di attribuire ai principi ed ai diritti fondamentali la tutela che essi hanno secondo la tendenza prevalente nei medesimi Stati membri. In questa cornice si inserisce la dimensione polivalente della garanzia del processo “equo”, come sistema composto di garanzie che attengono all’esercizio della funzione giurisdizionale, conforme all’esigenza di tutelare i diritti inviolabili di tutte le parti coinvolte nel giudizio.

4. IN CONCLUSIONE.

Le argomentazioni contenute nella sentenza in commento stanno a testimoniare la tendenza verso un new deal nomofilattico in materia penale, a seguito del processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, che passa attraverso l'integrazione nel Trattato di Lisbona della Carta di Nizza e dei principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Le funzioni del Giudice penale, in tale quadro, vengono ad arricchirsi di nuovi strumenti ed istituti, che determinano un'espansione delle prerogative interpretative: al giudice compete, infatti, un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale al diritto comunitario (con la possibilità, non residuale, di disapplicazione della norma nazionale contrastante) ed ai principi della Convenzione EDU. Si tratta di un'importante opera di revisione delle categorie interpretative tradizionali, grazie alla quale la nomofilachia diviene quasi un'operazione, ci si passi il termine, di raddomanzia giudiziaria.

Ed infatti, l'obbligo di interpretazione "conforme", come plasticamente segnalato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano, proposte il 30.6.05, innanzi alla Corte di Giustizia nella causa C-144/04, Mangold c& Rudiger Helm < costituisce uno degli effetti strutturali della norma comunitaria, che consente, assieme allo strumento più invasivo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario>.

In definitiva, all'interno della nuova frontiera del < sentire nomofilattico>, il dado è ormai tratto.

(Fabio Maria Ferrari)