



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

**“MALE CAPTUM BENE RETENTUM” E TEORIA DEI “FRUTTI
DELL’ALBERO AVVELENATO” NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA E
SECONDO LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO.**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Marcello Busetto.

Laureando:

Alessandro Schillaci

Anno Accademico 2011/2012

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

**“MALE CAPTUM BENE RETENTUM” E TEORIA DEI “FRUTTI
DELL’ALBERO AVVELENATO” NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA E
SECONDO LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO.**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Marcello Busetto.

Laureando:

Alessandro Schillaci

Parole chiave :

prova – inutilizzabilità – perquisizione
– sequestro – processo equo

Anno Accademico 2011/2012

A Michele, Vincenzo e Laura

INDICE

INTRODUZIONE.....p. 7

CAPITOLO PRIMO

PROVE ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITE ED INUTILIZZABILITÀ: PROFILI GENERALI.

- 1.1. Le origini della problematica: libero convincimento e legalità in ambito probatorio sotto il codice Rocco..... p. 11
- 1.2. Logica accusatoria e nuova concezione della prova nel codice del 1989..... p. 15
- 1.3. Legalità probatoria nel “nuovo codice” tra regole di esclusione e criteri di valutazione..... p. 16
- 2.1. Nascita dell’inutilizzabilità e profili problematici: i vizi degli a natura probatoria nel codice del 1930 e i limiti del tradizionale istituto (nullità)..... p. 21
- 2.2. Prime forme di inutilizzabilità *ante litteram* e giurisprudenza della Corte Costituzionale..... p. 24
- 2.3. Profili generali dell’attuale disciplina: art. 191 e 526 c.p.p..... p. 28
- 2.4. Cenni ad alcune questioni controverse: natura dell’istituto e rapporto tra inutilizzabilità e nullità..... p. 36
- 2.5. (Segue): criteri di individuazione dei divieti probatori.....p. 43
- 3. Alcune classificazioni: inutilizzabilità generale e speciale; assoluta e relativa; patologica e fisiologica.....p. 50
- 4. Inutilizzabilità e “prove illecite”..... p. 59
- 5. Inutilizzabilità e “prove incostituzionali”.....p. 70

CAPITOLO SECONDO

INVALIDITÀ DERIVATA IN MATERIA DI PROVE? RAPPORTO FRA PERQUISIZIONE E SEQUESTRO.

1. “Male captum bene retentum” e teoria dei “frutti dell’albero avvelenato”
introduzione al problema, origini storiche e spunti comparatistici..... p. 97
2. Il problema dell’invalidità derivata alla luce del
“nuovo” istituto (inutilizzabilità)..... p.108
3. Inutilizzabilità derivata e diverse tipologie d’uso dell’atto viziato..... p.119
 - 3.1. Uso a fini decisori..... p.119
 - 3.2. (Segue): uso a fini investigativi..... p.123
 - 3.3. (Segue): uso come fondamento di altri atti probatori..... p.129
- 4.1. Il rapporto fra perquisizione e sequestro: “male captum bene retentum” o propagazione
del vizio? Breve premessa..... p.133
- 4.2. Cenni sulla disciplina delle perquisizioni..... p.136
- 4.3. (Segue): casi di inutilizzabilità in materia di perquisizione e sequestro..... p.147
- 4.4. *Male captum bene retentum*? Le posizioni della dottrina..... p.152
- 4.5. (Segue): oscillazioni giurisprudenziali..... p.161
- 4.6. L’intervento delle Sezioni Unite nel caso “Sala”..... p.166
- 4.7. Spunti della giurisprudenza costituzionale..... p.174

CAPITOLO TERZO

“MALE CAPTUM BENE RETENTUM” E TEORIA DEI “FRUTTI DELL’ALBERO AVVELENATO” AL COSPETTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO.

1. Premessa: un processo penale sempre meno “statocentrico”.....	p.183
2. Posizione delle norme CEDU nella gerarchia delle fonti: sintesi d’un percorso travagliato.....	p.185
3. (Segue): l’importanza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano.....	p.191
4. L’approccio della Corte europea al tema dell’acquisizione e utilizzazione di prove contrarie a norme interne e a norme CEDU.....	p.199
5. Il caso Gäfgen c. Germania.....	p.209
6. Giurisprudenza europea e ordinamento italiano: possibili ricadute o <i>nihil novi sub sole</i> ?.....	p.217
7. Qualche segno di superamento del “male captum bene retentum” nella legislazione nazionale.....	p.220
BIBLIOGRAFIA.....	p.223

INTRODUZIONE

L'occasione del presente lavoro si colloca in una recente e molto nota pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo su un caso avvenuto in Germania: il caso Gäfgen (C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania). Come è noto, in quel caso l'imputato era stato sottoposto a trattamenti inumani (minaccia di torture ed altro) affinché rivelasse d'aver commesso il fatto per cui si procedeva (sequestro di persona e omicidio). La confessione, così ottenuta, aveva portato al ritrovamento del corpo della vittima e alla scoperta di altri elementi di prova, che avevano fondato la condanna dell'imputato, nonostante fossero stati rinvenuti grazie alle dichiarazioni estorte (le quali erano state peraltro giudicate inutilizzabili dal tribunale nazionale). La Corte europea, adita dal condannato, è stata perciò chiamata a pronunciarsi sullo spinoso tema della utilizzabilità nel processo penale delle prove frutto di una condotta illecita da parte della polizia giudiziaria e della loro incidenza sulle acquisizioni successive. Di qui l'idea della presente tesi, suggerita peraltro da analoghe impostazioni che la dottrina italiana ha subito voluto coltivare: verificare se la sentenza ora richiamata (e più in generale la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo) contenga spunti suscettibili di essere valorizzati anche nella interpretazione e nella applicazione del diritto interno, pure alla luce del nuovo, inedito ruolo che la Corte europea ha via via assunto, sul piano delle fonti. In tale quadro, la tesi si occupa innanzi tutto di ricostruire le varie posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiane a proposito dell'accennato problema.

Viene perciò ripercorsa la nota contrapposizione tra la tesi del "male captum bene retentum" e la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato", già oggetto di un acceso dibattito in Italia, in relazione al rapporto tra perquisizione e sequestro. Come è noto, il primo orientamento (di gran lunga prevalente) nega la propagazione del vizio di un atto probatorio su quello successivo, non sussistendo tra questi alcun vincolo di dipendenza giuridica. Ad esso si contrappone il secondo

orientamento, ispirato alla giurisprudenza nordamericana degli anni '20, in base al quale certi vizi di un atto probatorio finiscono per incidere a certe condizioni su quelli successivi, cosicché la violazione originaria si ripercuote sui frutti della ricerca, contaminandoli a loro volta (quali fruits of poisoned tree, appunto).

Più nello specifico, nel primo capitolo, si è tracciato un quadro generale della nuova sanzione introdotta dal legislatore del codice del 1989 a tutela della legalità in ambito probatorio: l'inutilizzabilità della prova. Di questa si sono esaminati i principali snodi interpretativi che l'attuale normativa ha lasciato ancora aperti, così da comprenderne la natura e l'effettiva operatività. Nel secondo capitolo ci si è concentrati sul tema più specifico entro cui si contrappongono i due orientamenti poc'anzi richiamati: quello della c.d. invalidità derivata, in materia di prove.

Poste le premesse generali di tale complessa problematica, ci si è potuti soffermare più nel dettaglio sull'annosa questione del rapporto tra perquisizione e sequestro, con particolare riguardo alla validità ed utilizzabilità della res rinvenuta sulla base di una perquisizione illegittima o addirittura penalmente illecita. In tale parte del lavoro, si è ripercorso il vivace dibattito, passando in rassegna i principali orientamenti dottrinali formati in Italia sul tema. L'analisi si è poi concentrata in particolar modo sui recenti interventi della Corte di Cassazione a Sezioni Unite e della Corte Costituzionale in ordine al rapporto tra i due istituti, che in sostanza – pur non senza qualche “apertura” – hanno avallato la linea del bene retentum, ossia della utilizzabilità probatoria del bene sequestrato a seguito di perquisizione invalida. Queste premesse hanno poi consentito (nel terzo capitolo) di condurre l'indagine più specifica più sopra accennata, consistente nell'interrogarsi sulla posizione della Corte europea dei diritti dell'Uomo, a proposito delle prove ottenute attraverso una attività di ricerca illegittima o illecita, con particolare (ma non esclusivo) riferimento al menzionato caso Gäfgen. L'analisi (che tiene conto del diverso approccio alla problematica da parte della Corte di Strasburgo, dovuto sia al

differente quadro normativo di riferimento, sia a un particolare *modus operandi* orientato alla specificità dei singoli casi concreti) ha mostrato che la Corte pur partendo da premesse vicine a quelle da cui muovono i sostenitori dei "frutti dell'albero avvelenato", finisce per conformarsi nelle conclusioni alla tesi del "male captum bene retentum", pervenendo in questo modo a risultati non dissimili rispetto alla giurisprudenza italiana.

Questa conclusione riguarda, in particolare, la sentenza del 2008, in cui la Germania non venne condannata perché i responsabili del trattamento inumano erano stati puniti penalmente e il ricorrente aveva beneficiato di un processo "equo" nel suo complesso, atteso che la sentenza di condanna si fondava sulla nuova confessione resa in dibattimento e su alcune prove materiali non direttamente collegate alle precedenti dichiarazioni estorte nel corso dell'interrogatorio. Il lavoro si chiude con alcune riflessioni: il superamento dell'antico brocardo è forse destinato a seguire altri percorsi; non quelli della Corte di Strasburgo – che per l'appunto pare ancora in linea con il tradizionale orientamento – ma quelli innescati da recenti interventi legislativi (legge 20 novembre 2006, n. 281, intervenuta sull'art. 240 c.p.p. e legge 3 agosto 2007, n. 124, modificativa dell'art. 202 c.p.p.) che hanno fatto emergere come, in presenza interessi particolarmente rilevanti, come la sicurezza dello Stato e la segretezza della corrispondenza, l'idea dei "frutti avvelenati" stia facendo progressivamente qualche breccia.

CAPITOLO PRIMO

PROVE ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITE ED INUTILIZZABILITÀ: PROFILI GENERALI.

1.1. Le origini della problematica: libero convincimento e legalità in ambito probatorio sotto il codice Rocco.

Nel processo penale la ricostruzione del fatto non può compiersi con qualsiasi mezzo discrezionalmente ritenuto utile dall'organo giudicante, atteso che la ricerca della verità processuale, a differenza di quella storica, va incontro ad una serie di limiti fissati dalla legge¹. La prova infatti si atteggia a «fenomeno giuridicamente rilevante, e non già a mero espediente retorico»², presupponendo, a monte, l'esistenza di una disciplina normativa volta a regolare il procedimento nei fondamentali momenti dell'ammissione, assunzione e valutazione³.

Sotto la vigenza del codice Rocco, non era tuttavia preclusa al giudice la libera ricerca e apprensione del materiale istruttorio idoneo a costituire la premessa fattuale della propria decisione; ciò sul rilievo che la verità fosse un qualcosa di preesistente ed estraneo al processo. Compito del giudice istruttore e del pubblico ministero, rispettivamente nell'istruzione formale e in quella sommaria, era infatti quello di compiere ogni atto che risultasse utile ad

¹ F.M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pag. 243.

² A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, pag. 143.

³ B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 951: il «giudice, a differenza dello storico, dello scienziato e di altri indagatori della realtà, non può andare liberamente per il mondo alla ricerca delle informazioni utili alla risoluzione della *quaestio facti* mandatagli, ma deve necessariamente accontentarsi di “quello che c'è”, cioè utilizzare soltanto le informazioni che sono state raccolte nei tempi e nei modi previsti, o almeno consentiti, dal regolamento del processo».

accertare la verità; sicché veniva ad essi riconosciuto il più ampio esercizio dei poteri di ammissione, assunzione e valutazione della prova⁴.

In primo luogo, le attività di ricerca e formazione della prova venivano condotte secondo canoni di segretezza, che relegavano l'imputato e il difensore in posizione di assoluta inferiorità, escludendoli dalla partecipazione alle principali attività a rilevanza probatoria. I verbali degli atti istruttori così compiuti potevano successivamente essere letti nel dibattimento e valutati liberamente dal giudice. Quest'ultimo poteva pertanto fondare la propria decisione, ad esempio, sui risultati dell'esame di un testimone o dell'interrogatorio di un coimputato chiamato in correità, ancorché questi non fossero comparsi a rendere dichiarazioni nel dibattimento. Allo stesso modo, laddove il testimone o coimputato fosse comparso, rendendo in udienza dichiarazioni diverse dalle quelle documentate nei verbali istruttori, il principio del libero convincimento non impediva al giudice di ritenere più attendibili quelle rese nel corso dell'istruzione rispetto a quelle del dibattimento; con la conseguenza che la versione resa in segreto e non quella fornita nel contraddittorio dibattimentale veniva posta a fondamento della decisione finale.

L'istruzione dibattimentale veniva così ad essere una stanca e inutile riassunzione delle prove acquisite nel corso dell'istruzione formale o sommaria, assumendo i caratteri simili a quelli di un giudizio di impugnazione in cui accertare la legittimità dell'ordinanza di rinvio a giudizio, sostenuta dall'accusa, senza dunque acquisire o formare nuove prove nel contraddittorio tra le parti.

⁴ In proposito, scrive G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, pag. 16: «Muovendo dalla natura di eminente interesse pubblico della potestà punitiva dello Stato e dall'incondizionato dovere di accertamento della verità materiale, la giurisprudenza italiana accreditava la paradossale conclusione dell'esistenza di una sovranità assoluta ed illimitata della ricerca giudiziale, svincolata da remore astratte o da formalistici intralci, perché mirante al raggiungimento di una certezza universale, valida *erga omnes*».

In un processo orientato alla ricerca della verità materiale, in cui al giudice erano conferiti, in forza del libero convincimento, i più ampi poteri di ammissione, assunzione e valutazione della prova, con la possibilità addirittura di fondare la propria decisione su atti istruttori non compiuti nel contraddittorio tra le parti, la tutela della legalità in ambito probatorio finiva per essere fortemente compromessa⁵. Sotto questo profilo, anche la scelta di improntare il sistema delle invalidità probatorie sulla sanzione della nullità non era priva di inconvenienti. Si trattava, a ben vedere, di una soluzione inappagante, che trascurava i limiti intrinseci all'operatività di tale istituto, oltre alla difficile configurazione di alcuni suoi profili nel campo probatorio. Su questo aspetto torneremo diffusamente nel prossimo paragrafo.

Ci limitiamo qui a sottolineare che il ricorso alla sanzione della nullità, in primo luogo, dischiudeva la strada alla sanatoria laddove si fosse della stessa applicato il regime relativo. Il che avveniva nella maggior parte dei casi, vista la tendenza da parte della giurisprudenza a riconoscere in poche ipotesi la nullità a regime assoluto, per sua natura insanabile e rilevabile in ogni stato e grado di giudizio. In questo modo, si rischiava però di produrre un «effetto giuridico che non si sarebbe potuto ottenere se il giudice avesse operato in conformità della legge»⁶.

Un secondo inconveniente era dato dalla possibilità di rinnovare gli atti nulli laddove fosse risultato possibile e necessario. A tal proposito, da più parti si insisteva nel ritenere la norma attributiva del potere di disporre il rimedio rinnovatorio (art. 189 comma 3° codice

⁵ G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., pag. 16, concependo il libero convincimento «non solo quale canone di valutazione, ma anche quale criterio di acquisizione della prova, si alimentava così il pericoloso equivoco, secondo cui il metodo legale dell'indagine processuale fosse del tutto subordinato rispetto agli obiettivi gnoseologici del giudizio, e che la scoperta della verità e la tutela della società, che rappresentano il fine generico e specifico del rito penale, dovesse comunque prevalere su ogni altra esigenza. Da notare che, già sotto la vigenza del codice Rocco, il Giudice delle leggi aveva avuto modo di affermare che, «poiché il canone secondo il quale al giudice è consentito di apprezzare secondo la sua esperienza il valore del materiale probatorio presuppone che non si tratti di prove vietate dalla legge, è certo che alla formazione del suo convincimento non possono legittimamente concorrere quelle notizie che la legge gli impone di “non ricevere”». C. Cost., sent. 2 dicembre 1970, n. 175, in *Giur. cost.*, 1970, pag. 2113.

⁶ Così F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pag. 74.

Rocco) inapplicabile in materia probatoria poiché ciò avrebbe significato «sommare invalidità ad invalidità»⁷.

Un'ulteriore disfunzione consisteva nella possibilità di riconoscere il meccanismo della trasmissione del vizio agli atti consecutivi che dipendono dal precedente atto dichiarato nullo. Anche in questo caso, si riteneva inapplicabile alle acquisizioni probatorie una norma (art. 189 comma 1° codice 1930) pensata per atti che, con carattere di necessità, s'inseriscono nel ciclo effettuale del procedimento, costituendo il presupposto indefettibile per il compimento di almeno un atto successivo. E tali non sono – si affermava – le prove, che rappresentano invece un tipico caso di atto eventuale, svincolato da una preordinata concatenazione di effetti giuridicamente rilevanti.

È questo un particolare profilo di frizione che ha visto in dottrina e in giurisprudenza contrapporsi due orientamenti: quello negativo del “male captum bene retentum”, da un lato, e quello positivo che si ispira alla teoria, elaborata dalla giurisprudenza nordamericana negli anni Venti, dei “fruits of poisonous tree”. Vedremo nei paragrafi che seguono e, in particolar modo nel capitolo 2, che la questione relativa al riconoscimento del fenomeno dell'invalidità derivata in campo probatorio, emersa sotto la vigenza del codice Rocco, non ha trovato soluzione nemmeno nell'attuale codice vigente, mantenendo la sua attualità, nonostante il mutamento dei principi e dei presupposti che regolano il nuovo sistema processuale e la previsione di una nuova categoria sanzionatoria in tema di prove.

⁷ In tali casi, scrive CORDERO, «la rinnovazione è giuridicamente impossibile, in quanto si risolverebbe nel violare la legge una seconda volta». F. CORDERO, *Tre studi*, pag. 72 nota 191.

1.2. Logica accusatoria e nuova concezione della prova nel codice del 1989.

Il legislatore del codice del 1989 ha preso le distanze dal passato, muovendo da nuovi principi e da nuovi presupposti, adeguando la disciplina del processo penale ai valori espressi dalla Costituzione. La ricerca della verità storica ha smesso così di essere l'unico fine del processo, dovendo sottostare a un metodo e a nuove regole⁸. La logica accusatoria, cui si ispira il nuovo codice, impone infatti che le prove siano formate nel contraddittorio delle parti e nel pieno rispetto delle regole legali probatorie che selezionano i dati utilizzabili, determinando *ex ante* i modi in cui il giudice deve conoscere il fatto⁹.

Sotto il primo profilo, il dibattimento viene posto quale luogo privilegiato per la formazione della prova, sicché la decisione finale non può che fondarsi su prove legittimamente acquisite in tale fase, essendo esclusi – salvo eccezioni che poi vedremo – gli elementi raccolti al di fuori.

Il nuovo codice ha così accolto il principio di separazione tra fasi da cui è discesa la regola che sancisce l'estromissione dal quadro decisorio delle prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento. In questo modo, si è voluto impedire l'accesso alla fase decisoria di quei supporti conoscitivi, ancorché dotati di utilità euristica, non conformi ai paradigmi legali e alle garanzie previste dalla Costituzione.

Muovendo da questa angolazione, occorre inoltre precisare che l'intero codice è costruito su un regime variegato di utilizzazione delle conoscenze giudiziali; con la conseguenza che è

⁸ M. NOBILI parla di una «civiltà delle prove penali» attraverso la quale «si è voluto reagire ad impostazioni storiche cresciute sul concetto di “verità materiale, le quali desumevano, da quest'ultimo, postulati e prassi improntate a generalizzate libertà», fino a «pot[er] persino parlare di prova libera». M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, pag. 100

⁹ F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pag. 243.

la stessa categoria della prova ad esserne uscita sensibilmente modificata, passando da un concetto “aritmetico” ad una più complessa concezione di stampo relativistico.

La nuova nozione di “prova” utile ai fini del processo penale non regge più sull’idea per la quale «dimostrato alcunché si considera la conoscenza conforme, valida, utilizzabile in ogni contesto, senza limiti di processi, fasi, parti diverse»¹⁰. Essa è invece improntata al principio secondo cui ogni elemento conoscitivo può dirsi utilizzabile soltanto a certi scopi e non ad altri.

Beninteso, con l’accoglimento di una «concezione relativistica della prova» si è inteso ricollegare ogni conoscenza giudiziale ai particolari contesti di acquisizione e di uso, avendo riguardo alle modalità di formazione, ai soggetti legittimati ad intervenire, nonché alla qualità giurisdizionale della procedura¹¹. Torneremo a parlare di questo aspetto nei paragrafi 2 e 3 laddove tratteremo - prima su un piano esegetico, poi su un piano classificatorio - del nuovo istituto sul quale si erge la tutela della legalità in ambito probatorio.

1.3. Legalità probatoria nel “nuovo codice” tra regole di esclusione e criteri di valutazione.

Chiarito che il nuovo codice si ispira a una logica di stampo accusatorio, adottando il metodo del contraddittorio nella formazione della prova e assumendo di quest’ultima una concezione relativistica, vale la pena infine rimarcare la riemersione del principio di legalità probatoria, accompagnata da un graduale ridimensionamento della sfera di applicazione del

¹⁰ M. NOBILI, *Concetto di prova e regole di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 5, c. 275.

¹¹ M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., c. 275.

principio del libero convincimento, caposaldo del codice previgente. È questo un profilo sul quale ci soffermeremo maggiormente nel corso della trattazione e dal quale non potremo d'ora in avanti prescindere, soprattutto quando affronteremo alcune tra le questioni più delicate, rimaste normativamente irrisolte.

Anzitutto, preme rilevare che l'attuale sistema processuale, nel garantire il corretto bilanciamento tra la repressione del crimine e il rispetto dei diritti fondamentali della persona, ha inteso affidare al legislatore il compito di selezionare preventivamente il materiale istruttorio sul quale il giudice è chiamato a decidere, delimitando in tal senso la sua sfera conoscitiva. Si parla, a tal proposito, di «legalità in ambito probatorio» con riferimento non già ad un sistema anacronistico di “prove legali”, ma ad un insieme di regole che orientano il giudice nell'opera di ricerca della verità giudiziale, ponendo l'individuo al riparo da ogni possibile abuso da parte dell'autorità penale¹².

A tal proposito, va altresì ricordato che alla materia della prova, il legislatore del codice del 1989 ha dedicato un intero libro, all'interno del quale troviamo racchiuse disposizioni generali (dall'art. 187 al 193), disposizioni relative ai mezzi di prova (dall'art. 194 al 243) e ai mezzi di ricerca della prova (dall'art. 244 all'art. 271) riconosciuti espressamente dall'ordinamento.

Il complesso di norme qui richiamate e, in particolare le disposizioni generali, costituisce un sistema unitario di regole che intervengono in tutte le fasi del procedimento probatorio, compresa la fase delle indagini preliminari. In questo modo, si è voluto adeguare il processo penale ai principi della Costituzione e ai valori trasfusi nelle Carte internazionali. D'altronde,

¹² Secondo E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pag. 310 ss., il principio di legalità della prova si limita ad imporre delle regole più o meno ampie al meccanismo di acquisizione probatoria ed è il solo che possa costituire una efficace e definitiva risposta alla inquietante degenerazione della regola del libero convincimento cui l'esperienza del processo penale ci ha fatto assistere, evitando che l'acquisizione e la valutazione della prova vengano rimesse alla attività incontrollata ed incontrollabile del giudice, tale da far nascere una sorta di anarchia conoscitiva.

se da un lato, l'art. 111 comma 4° Cost., nella sua nuova formulazione¹³, riconosce e garantisce il contraddittorio nella formazione della prova; dall'altro, l'art. 6 par. 1 e 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, stabilisce che la presunzione d'innocenza possa essere superata solo a seguito di un accertamento «legale» della colpevolezza¹⁴.

Detto ciò, le nuove norme che il legislatore del 1988 ha introdotto, prevedono una serie di limiti o vincoli, posti in corrispondenza di uno dei fondamentali momenti in cui si scompone il procedimento probatorio. Tra le disposizioni che descrivono o regolano gli atti inquadrabili all'interno del procedimento, alcune esprimono una valutazione di ammissibilità della prove e sono volte a impedire l'adozione di una determinata tecnica istruttoria, a prescindere dalla sua utilità euristica; altre attengono invece al metodo di costituzione della prova e disciplinano le operazioni a mezzo delle quali l'elemento probatorio viene concretamente immesso nel novero dei dati utilizzabili per la decisione. Vi sono infine alcune disposizioni che regolano il momento inferenziale che dalle premesse probatorie porta alle proposizioni da provare (valutazione).

La tutela della legalità in ambito probatorio è così affidata a regole di acquisizione e a criteri di valutazione. Le prime, dette anche "regole di esclusione", comprendono i divieti ammissione e, in alcuni casi, di assunzione. Esse indicano al giudice "cosa valutare", negando in radice l'attitudine di un certo dato probatorio. Si vuole, in questo modo, assicurare la "qualità" del risultato probatorio e garantire il rispetto di varie libertà fondamentali a fronte dell'aggressione che a queste porta l'accertamento penale.

¹³ Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 22

¹⁴ Per una stretta connessione tra legalità processuale e presunzione d'innocenza, vedi G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, pag. 87.

Diversamente, i criteri di valutazione, nel presupporre una prova validamente costituita, influiscono sul valore e sulla portata della stessa, indicando al giudice “come valutare”. Essi mirano soprattutto ad orientare il libero convincimento del giudice in sede decisoria.

A questo punto, la previsione di regole volte a delimitare la sfera conoscitiva del giudice ha finito per incidere anche sul sistema delle sanzioni, più in particolare, delle invalidità probatorie. In questo quadro si inserisce una delle principali innovazioni del nuovo codice: l’inutilizzabilità.

Se prima la tutela della legalità probatoria veniva interamente affidata alla sanzione della nullità, con i limiti che conosciamo e sui quali torneremo nel prossimo paragrafo, e la giurisprudenza tendeva a scrollarsi di dosso – in nome del libero convincimento e della verità materiale – anche le regole e le invalidità che pure esistevano, l’avvento del codice vigente ha segnato un’importante inversione di rotta. È nato un nuovo istituto che ha ereditato solo in parte le caratteristiche della nullità, e trova la sua disciplina generale scolpita negli artt. 191 e 526 comma 1° c.p.p. Da un lato, l’art. 191 comma 1° stabilisce che «le prove acquisite in violazione di divieti di legge non possono essere utilizzate». Il comma 2° precisa invece che «l’inutilizzabilità è rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento»; dall’altro, l’art. 526 comma 1° c.p.p., come norma di chiusura, dispone che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

Vista dalla dottrina come «trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto», l’inutilizzabilità non è un mero strumento tecnico, in quanto presenta «[...] implicazioni di ordine etico, logico e psicologico che trascendono la apparente neutralità del rimedio». Non a caso, le norme da cui si possono ricavare i divieti probatori, sanzionati da questo istituto, sono poste a tutela dei diritti individuali, da un lato, e sono volte a preservare la funzione euristica del processo, dall’altro.

Tali norme, pur ponendosi come limiti alla libera ricerca della verità, mirano ad ottenere «la giustizia della decisione», a cui tutta l'attività processuale è finalizzata. D'altronde, come si è rilevato, «difficilmente potrà essere percepita come giusta una sentenza scaturita dal disprezzo delle garanzie soggettive e di quanto sia ritenuto corrispondente al migliore metodo d'indagine»¹⁵.

Sotto questo profilo, l'inutilizzabilità finisce per incidere sul libero convincimento nella misura in cui non consente il recupero di elementi di prova acquisiti *contra legem*. Non è più possibile infatti depurare o in qualche modo “riabilitare” gli elementi viziati, considerato il regime sanzionatorio particolarmente rigoroso delineato dall'art. 191 c.p.p.

Ne consegue che il principio del libero convincimento, oltre ad essere ancorato alla sola fase di valutazione, può essere esercitato dal giudice solo in relazione alle prove acquisite nel rispetto della legge. In tale accezione, non si può quindi negare la connessione esistente tra il divieto di utilizzabilità e il libero convincimento, atteso che il primo, sia pure indirettamente, restringe i margini di operatività del secondo. Esso si attua sulle prove, ma spetta pur sempre al legislatore stabilire ciò che può definirsi tale¹⁶.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, si percepisce nell'attuale assetto codicistico un ripudio della concezione autoritaria, tipica di un processo misto a prevalenza inquisitorio, per far posto ad una concezione più garantista del libero convincimento, che non attribuisce al giudice una libertà indiscriminata di ammissione, assunzione, valutazione, nè la possibilità di elaborare o raccogliere mezzi istruttori atipici a proprio piacimento. La prova si forma nel contraddittorio tra le parti e, a presidio del principio di legalità in ambito probatorio,

¹⁵ R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 1771.

¹⁶ Già sotto il codice Rocco, osservava NOBILI: «proprio il sistema del convincimento libero impone la scrupolosa osservanza di un metodo legale probatorio, il quale diviene appunto un valore, nel momento in cui mira a impedire la degenerazione della libertà del giudice in dispotismo, assicurando [...] il rispetto di determinati principi». M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pag. 27.

interviene una sanzione *ad hoc*, che impone al giudice di non tener conto, in sede decisoria, dei risultati di acquisizioni compiute in violazione dei divieti di legge.

**2.1. Nascita dell'inutilizzabilità e profili problematici:
i vizi degli a natura probatoria nel codice del 1930 e i limiti del
tradizionale istituto (nullità).**

Nel precedente paragrafo abbiamo visto come il legislatore del codice del 1989 abbia riservato particolare attenzione al tema delle prove, orientando il giudice nell'opera di selezione del materiale istruttorio da porre a fondamento della decisione. Esso, in particolare, nel regolare i fondamentali momenti in cui si scompone il procedimento, ha previsto una serie di limiti o vincoli di natura normativa che prendono il nome di regole di esclusione e criteri di valutazione. Da un lato, le regole di esclusione si esprimono sotto forma di divieti di acquisizione e utilizzazione, indicando al giudice cosa valutare, negando in radice l'attitudine di un certo dato probatorio a rientrare nel libero convincimento del giudice; dall'altro i criteri di valutazione, nel presupporre una prova validamente costituita, influiscono sul valore e sulla portata della stessa, indicando al giudice come valutare.

Nel corso dell'esposizione ci siamo soffermati in particolar modo sulle regole di esclusione, rilevando come queste siano accompagnate da una specifica sanzione: l'inutilizzabilità. La sua disciplina generale è contenuta negli artt. 191 e 526 comma 1° c.p.p. Vi sono poi dei casi in cui la sanzione viene esplicitamente richiamata dalle singole disposizioni che regolano i mezzi di prova e di ricerca di prova.

La scelta di elaborare uno strumento *ad hoc* al fine di sanzionare le trasgressioni più rilevanti in ambito probatorio muoveva dalla riconosciuta inadeguatezza dello schema della nullità a

garantire la legalità della prova. La nullità infatti, concentrandosi sui vizi di forma degli atti processuali, dischiudeva la strada alla sanatoria nelle ipotesi in cui il vizio rilevato fosse a regime relativo.

Si riteneva pertanto contraddittoria la scelta di sottoporre l'atto acquisitivo di una prova inammissibile ad una disciplina basata sul metro della nullità relativa, perché così facendo si finiva per ammettere la produzione di effetti giuridici che non si sarebbe potuto ottenere laddove il giudice avesse operato in modo conforme alla legge¹⁷.

Il giudice, infatti, anziché rifiutare l'ammissione, raccoglieva quel dato istruttorio invalidamente costituito per poi utilizzarlo al fine della decisione. Bastava, pertanto, la mancata tempestiva rilevazione del vizio da parte dei soggetti interessati a rendere l'atto probatorio pienamente utilizzabile, al pari di un atto regolarmente formato¹⁸. Di conseguenza, si arrivava ad ammettere il recupero in chiave probatoria di un dato che, a giudizio dello stesso legislatore, doveva considerarsi spurio¹⁹.

Ciò non accadeva qualora fosse in gioco una nullità a regime assoluto, essendo questa per definizione insanabile. Tale soluzione non impediva però il verificarsi di ulteriori inconvenienti. Si allude alla possibilità per il giudice di ordinare la rinnovazione dell'atto nullo ove questa fosse risultata necessaria e possibile, come stabilito dall'art. 189 del codice Rocco.

A tal proposito, da più parti in dottrina si insisteva nel ritenere che, a fronte di un'attività processuale vietata in modo assoluto, fosse inconcepibile un ordine di ripetizione *ex novo* dell'atto compiuto in precedenza, dal momento che ciò avrebbe significato «sommare invalidità ad invalidità»²⁰. Il rimedio della rinnovazione, in particolare, era da escludersi ove il vizio

¹⁷ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 74

¹⁸ A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 67.

¹⁹ A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 73.

²⁰ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 72.

avesse colpito il provvedimento ammissivo: «per quante volte si reiteri l'atto, il risultato non muta, giacché l'ammissione urta contro il divieto di legge»²¹.

Si delineava, inoltre, una terza grave disfunzione, determinata dall'uso della nullità. Si allude all'applicazione dell'art. 189 comma 1° del codice Rocco che ammetteva la propagazione del vizio agli atti consecutivi che dipendono da quello antecedente dichiarato nullo. L'opinione prevalente riteneva infatti inapplicabile nel settore delle prove il meccanismo della trasmissione del vizio, sul rilievo che la norma precedentemente richiamata era stata pensata con riferimento a «quegli atti che si inseriscono con carattere di necessità nel ciclo effettuale del procedimento, costituendo il presupposto indefettibile per il compimento di almeno un atto successivo»²². E non sono tali le prove, giacché rappresentano un «tipico caso di atto eventuale, ponendosi in un rapporto di totale estraneità rispetto ai nessi meccanicamente necessari della sequenza processuale»²³.

L'orientamento in questione traeva le sue premesse dalla nota distinzione tra «atti propulsivi del procedimento», che «inoriscono a guisa di elementi necessari nella sequela procedimentale» e «atti di acquisizione probatoria» i quali, «pur inserendosi nel procedimento non ne costituiscono altrettanti immancabili stati progredienti»²⁴. Soltanto nel primo caso, la nullità di un atto si trasmetteva agli atti successivi, con la conseguente rinnovazione, ove possibile, dal punto in cui era stato compiuto l'atto invalido. Nel secondo caso, invece, si escludeva la propagazione del vizio sul rilievo che l'invalidità di una prova non può pregiudicare gli atti successivi, in assenza di un nesso di dipendenza giuridica, avendo come unico effetto quello

²¹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 72.

²² A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 62.

²³ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 68.

²⁴ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, pag. 694.

rappresentato dal dovere del giudice di non prendere in considerazione le risultanze di tale prova. Esso finiva dunque per incidere esclusivamente sulla sfera dei poteri decisorii.

Sono queste le premesse da cui parte l'orientamento che accoglie la tesi del "male captum bene retentum" per spiegare il rapporto tra perquisizione e sequestro, ritenendo questo inadatto a generare il fenomeno della propagazione del vizio. Su questo tema torneremo nel capitolo 2, all'interno del quale spiegheremo più nel dettaglio le origini storiche della nota contrapposizione tra la tesi sopra citata e la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato" di origine nordamericana, che invece riconosce il fenomeno dell'invalidità derivata anche in ambito probatorio.

2.2. Prime forme di inutilizzabilità *ante litteram* e giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Finora si è parlato dei tre principali inconvenienti cui si andava incontro, affidando la tutela della legalità probatoria alla sanzione della nullità. È facile intuire che la consapevolezza di tali inconvenienti spinse la dottrina a ricercare soluzioni alternative.

Un primo apprezzabile tentativo di elaborare una sanzione *ad hoc* che sancisse l'irrilevanza processuale della prova assunta invalidamente si ebbe con la stesura di un progetto di riforma nel 1962, affidato alla Commissione ministeriale presieduta da Francesco Carnelutti. L'art. 65 comma 2° del Progetto, in particolare, nella sua versione definitiva stabiliva che «quando una prova è formulata mediante atti vietati dalla legge il giudice non può tenerne alcun conto»²⁵. Malgrado i buoni propositi, il progetto non ebbe alcun seguito, ma mise in evidenza la necessità di un intervento riformatore in materia.

²⁵ F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963.

Fu così che, sul finire degli anni Sessanta, l'insoddisfazione per il modo di operare dei meccanismi di tutela della legalità probatoria si diffuse a tal punto da convincere il legislatore a sperimentare nuove soluzioni. Cresceva, infatti, la consapevolezza della strutturale inidoneità della nullità ad assicurare il rispetto dei divieti probatori, sicché diveniva impellente la ricerca di uno strumento di garanzia capace di neutralizzare gli effetti delle prove invalidamente acquisite senza più ammettere la possibilità di attività sanatorie. Tuttavia, anziché risolvere il problema in modo originale, si preferì ancora una volta ripiegare su schemi normativi già collaudati.

Il legislatore italiano, in particolare, con una serie di interventi novellistici, iniziò a forgiare in via settoriale svariati divieti d'uso probatorio, avendo come modello di riferimento l'art. 141 del codice Rocco, ai sensi del quale «gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento, né può farsene alcun uso processuale, salvo che costituiscano corpo del reato, ovvero provengano comunque dall'imputato». Tale norma, pur prevedendo un divieto probatorio, non chiariva quali fossero le conseguenze derivanti dalla sua violazione²⁶.

Un problema analogo si riscontrava nella nuova disciplina, introdotta con la legge 5 dicembre 1968, n. 932, nell'ottica di una riforma volta a dare attuazione ai principi costituzionali posti a salvaguardia dei diritti di libertà e difesa nel processo penale. Tale disciplina, modificando l'articolo 304 del codice Rocco, poneva un divieto di utilizzazione delle dichiarazioni indizianti rese da persona esaminata in qualità di testimone senza la presenza di un difensore.

Si stabiliva, più precisamente, che se nel corso dell'esame di una persona non imputata emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ha l'obbligo di interrompere immediatamente l'atto, avvertendo l'indiziato che, da quel momento in poi, ogni sua parola può essere utilizzata contro di lui.

²⁶ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 98.

Come anticipato, la norma concludeva prevedendo la non utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni rilasciate in assenza del difensore e prima dell'emergere dell'indizio a carico (art. 304 comma 3° del codice Rocco). Si garantiva così il pieno rispetto del principio del *nemo tenetur se detegere* attraverso la previsione di una figura speciale di prova inutilizzabile.

Tuttavia, se da un lato, la norma in questione aveva il pregio di porre un divieto di utilizzazione di tali dichiarazioni a carico dell'indiziato, facendo discendere una regola decisoria che imponeva al giudice di non prendere in considerazione le risultanze di tale prova; dall'altro, in mancanza di una puntuale disciplina in ordine agli effetti dell'inutilizzabilità, non si poteva far altro che regolare la suddetta ipotesi alla stregua di un vizio di motivazione della sentenza, posticipando ancora una volta l'operatività della tutela della legalità in ambito probatorio²⁷.

Un secondo intervento di particolare rilievo, visti i diritti a rilevanza costituzionale in gioco, si ebbe nell'ambito della disciplina delle intercettazioni telefoniche. L'esigenza di adeguare il codice Rocco ai valori consacrati dalla Costituzione repubblicana sollecitò l'introduzione di una regola che vieta al giudice di tener conto dei risultati delle operazioni intercettive «effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge od eseguite in difformità dalle prescrizioni in essa stabilite, nonché delle notizie o immagini ottenute nei modi di cui all'art. 615-bis c.p.»²⁸.

Tale intervento legislativo si spiega alla luce di una storica pronuncia della Corte Costituzionale che più volte richiameremo nel presente lavoro²⁹. Si tratta della sentenza 4 aprile 1973, n. 34, in cui la Corte venne chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 226 ultimo comma del codice previgente nella parte in cui riconosceva agli ufficiali di polizia giudiziaria la facoltà di intercettare comunicazioni telefoniche previa

²⁷ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 100.

²⁸ Cfr. art. 226-*quinquies* del codice Rocco, introdotto dall'art. 5, legge 8 aprile 1974, n. 98.

²⁹ C. cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, pag. 341.

autorizzazione dell'autorità giudiziaria mediante decreto motivato. Si discuteva, in particolare, se tale disciplina si ponesse in contrasto con l'art. 15 comma 1° Cost. laddove riconosce l'inviolabilità della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

La Corte, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sul rilievo che l'art. 15 comma 2° Cost. consente a limitazioni del predetto diritto, in presenza di un atto motivato dall'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge, colse l'occasione per ricavare dalla norma costituzionale citata un divieto d'uso delle prove raccolte a mezzo di intercettazioni abusive. Essa, in particolare, affermò che il principio dettato dall'art. 15 comma 1° Cost. sarebbe rimasto gravemente compromesso «se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittime e senza previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziale»³⁰. Di qui la conclusione che le «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»³¹.

È questa una pronuncia importante, non soltanto in funzione del successivo intervento legislativo di cui sopra, ma anche e soprattutto per il fatto di aver aperto un vivace dibattito intorno all'esistenza di divieti probatori direttamente ricavabili dalla Costituzione. In particolare, dal tenore delle affermazioni sopra ricordato si è colto un approccio concettuale tendente ad individuare nella Costituzione la matrice di regole di esclusione direttamente applicabili nel processo penale (senza la mediazione di norme ordinarie)³².

³⁰ C. cost. sent. 4 aprile 1973, n. 34.

³¹ C. cost. sent. 4 aprile 1973, n. 34.

³² Ciò sul modello di quanto veniva da tempo affermato dalla giurisprudenza nordamericana. Già a partire dall'Ottocento, infatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva avvertito l'esigenza di individuare una sanzione finalizzata ad estromettere le acquisizioni probatorie lesive dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati nel corso delle indagini. Il che aveva determinato, in primo luogo, il superamento del "principio generale di

Si è così affacciato un indirizzo dottrinale tendente a riconoscere l'esistenza della categoria delle c.d. "prove incostituzionali", ossia di quelle «prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione [...] da considerarsi inutilizzabili nel processo»³³.

Al di là dell'interpretazione che si vuole accogliere, è evidente che con questa pronuncia la Corte abbia sentito l'esigenza di porre un limite all'uso argomentativo di elementi raccolti in dispregio dei diritti fondamentali del cittadino; ciò non solo a fini decisori, ma anche laddove le predette attività siano poste a giustificazione e a fondamento di atti diversi da quelli tipicamente decisori. Torneremo su questo tema con maggiore dettaglio nel paragrafo 1.4 dedicato alle prove incostituzionali.

2.3. Profili generali dell'attuale disciplina: art. 191 e 526 c.p.p.

Si è detto finora che il legislatore, constatata l'inadeguatezza della sanzione della nullità a garantire la legalità della prova e muovendo dall'esigenza di rendere effettiva la tutela di situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti, ha previsto alcune figure di inutilizzabilità

acquisizione processuale", secondo il quale non potevano essere escluse tutte quelle prove che, nonostante la scorretta acquisizione, fossero risultate comunque utili all'accertamento. A tal fine, la Suprema Corte aveva individuato nel IV Emendamento della Costituzione federale, che tutela i cittadini contro le perquisizioni e i sequestri arbitrari, una possibile *exclusionary rule*, suscettibile di trovare diretta applicazione nel processo. Tale norma stabilisce che il «diritto dei cittadini ad essere garantiti nelle loro persone, case, documenti e beni da perquisizioni e sequestri irragionevoli non può essere violato». In particolare, nel caso *Weeks v. United States* del 1984 (232 U.S. 391), la Corte si era spinta ad affermare espressamente la non utilizzabilità delle prove acquisite in violazione del IV Emendamento della Costituzione federale. La diretta operatività in qualità di *exclusionary rules* veniva successivamente riconosciuta anche in relazione al V, VI e XIV Emendamento, che sanciscono il diritto dell'imputato a non autoincriminarsi, il diritto all'assistenza di un avvocato per la propria difesa ed, infine, il diritto di ognuno a non privato della vita, della libertà o della proprietà se non attraverso il *due process of law*.

³³ La definizione è di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1974, pag. 341. Per un approfondimento, G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pag. 511.

ante litteram (sul modello dell'art. 141 del codice Rocco); ciò al fine di impedire al giudice di tener conto dei risultati di attività non garantite e svincolate dal rispetto di particolari forme previste dalla legge. D'altronde, nemmeno ponendo alla base un'esigenza di difesa dell'ordine pubblico, tutti gli elementi in tal modo conseguiti possono fare ingresso nel materiale suscettibile di valutazione giudiziale.

A questo punto però la scelta di ricollegare il divieto d'uso ad alcune fattispecie non poteva più soddisfare e i tempi sembravano maturi per l'elaborazione di una norma *ad hoc*, che garantisse in via generale legalità probatoria, in particolare con riguardo alle prove *contra legem*.

Iniziò così a riaffiorare l'idea di creare una disciplina generale sul modello di quanto il Progetto di riforma di Carnelutti aveva cercato di fare.

Un primo tentativo in tal senso si ebbe con il Progetto preliminare del 1978, preceduto dalla legge-delega 3 aprile 1974, n. 108, il cui art. 182 comma 1° stabiliva che «le prove non previste dalla legge o ammesse dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate ai fini della decisione»; il comma 2° invece precisava che «non possono essere utilizzate le prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte a pena di nullità, salvo che la nullità sia sanata»³⁴.

Così strutturata, la norma sollevava non pochi dubbi interpretativi. Se da un lato aveva il pregio di individuare tre distinte fattispecie alle quali ricollegare la sanzione dell'inutilizzabilità a fini decisorii; dall'altro, escluse le prime due ipotesi («prove non previste dalla legge» e «prove ammesse in violazione di divieti stabiliti dalla legge») sulle quali non

³⁴ G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MONDONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989. La *Relazione al Progetto preliminare* del 1978 precisava che la Commissione aveva inteso recepire le istanze provenienti dalla legislazione, dalla dottrina e dalla giurisprudenza degli anni precedenti, che mostravano «una chiara propensione a designare» con il termine inutilizzabilità «la sanzione per i vizi del procedimento probatorio, nella consapevolezza degli inconvenienti derivanti dall'uso dello schema della nullità nel settore del diritto probatorio».

sorgevano problemi di sorta, non si poteva dire lo stesso in relazione alla terza ipotesi («prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte, a pena di nullità»), giacché in tal caso le due figure di invalidità degli atti – inutilizzabilità e nullità – finivano per intersecarsi, determinando non poche incertezze sul piano contettuale, nonché sul regime sanzionatorio da adottare³⁵.

Si dovette così attendere la stesura del Progetto preliminare del 1988, preceduto dalla legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, all'interno del quale troviamo la prima versione dell'art. 191 c.p.p., collocato nel Libro terzo, dedicato alle prove. Tale norma stabiliva al comma 1° che «le prove ammesse dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge ne possono essere utilizzate». Il comma 2° aggiungeva che «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

Rispetto all'immediato precedente normativo, si può qui notare l'intenzione di far confluire all'interno della categoria dell'inutilizzabilità le sole prove ammesse in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, riservando una disciplina o trattamento differenziato alle prove non previste dalla legge (rientrano sotto il regime dell'attuale art. 189 c.p.p., sempre che non siano vietate) e le prove assunte senza l'osservanza delle forme.

Come emerge dalla *Relazione al progetto preliminare del 1988*, l'obiettivo perseguito era quello di regolamentare un «fenomeno tipico conseguente alla ammissione di prove vietate, che – in quanto tale – si giustappone “alla nullità”, riservata alla violazione delle forme degli atti processuali». Tale disciplina aveva pertanto il pregio di porre in evidenza il distinguo tra vizio inerente l'*an* della prova, e cioè alla sua ammissibilità, e il vizio inerente il *quomodo*, e cioè al rispetto delle modalità di formazione di una prova di per sè non vietata.

Il secondo aspetto significativo riguardava il regime di rilevabilità del vizio. Si stabiliva infatti che l'inutilizzabilità delle prove acquisite *contra legem* fosse rilevabile d'ufficio in ogni

³⁵ A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 103.

stato e grado del procedimento. Da tale previsione, rimasta immutata nella versione definitiva di cui parleremo a breve, si poteva facilmente cogliere una «profonda insoddisfazione circa il modo di operare della nullità in rapporto ai divieti probatori che il regime delle sanatorie costringe a ritenere come non scritti»³⁶.

Veniamo così al Progetto definitivo che ha significativamente modificato il contenuto della norma in esame. L'art. 191 comma 1° c.p.p. infatti dispone che «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». L'art. 191 comma 2° c.p.p., rimasto immutato rispetto alla versione contenuta nel Progetto preliminare del 1988, statuisce che «l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

Anzitutto, la modifica di cui all'art. 191 comma 1° c.p.p., che segna il passaggio lessicale da «prove ammesse» a «prove acquisite», si spiega alla luce della Relazione al testo definitivo, da cui emerge l'intenzione del legislatore di rendere le disposizioni generali in tema di prova operative anche in relazione alle attività di indagine e non solo a quella decisoria. Si deduce pertanto che la locuzione «prove acquisite» è stata adoperata al fine di chiarire che il pubblico ministero, al pari del giudice, non può fondare i propri provvedimenti su risultanze conoscitive scaturenti da prove vietate dalla legge.

Detto ciò, si discute se a tale modifica siano riconducibili ulteriori effetti, che riguardano l'operatività della sanzione dell'inutilizzabilità anche alla fase di assunzione e di valutazione della prova, ma sul punto torneremo con maggiore dettaglio nel prossimo paragrafo. Ci limitiamo, in questa sede, ad affrontare un'altra questione interpretativa, che chiama in causa anche la seconda parte dell'articolo in oggetto. Dalla lettura dell'art. 191 comma 2° c.p.p. si deduce infatti che nessuno sbarramento d'ordine temporale è previsto in ordine alla rilevazione

³⁶ G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, pag. 523.

del vizio tipico delle prove³⁷. L'inutilizzabilità è quindi sottoposta ad un regime di rilevabilità incontrastata, che non sembra riconoscere "zone franche" nell'ambito delle quali sarebbe possibile escludere la rilevazione del vizio³⁸. Allo stesso modo, la gravità del vizio sottostante all'integrarsi della sanzione è tale da aver indotto il legislatore a riconoscere al giudice ampi poteri *ex officio*, in vista di una eventuale inerzia delle parti³⁹.

Tale lettura interpretativa non aiuta però a comprendere se l'operatività del divieto d'uso sia tale da estendersi alla fase iniziale del procedimento. A tal proposito, c'è chi ritiene l'inutilizzabilità riferibile alla sola fase di giudizio, e non anche a quella delle indagini preliminari, in considerazione del fatto che l'art. 191 c.p.p. menziona «le prove», le quali, in senso stretto, si formano solo davanti al giudice. Un simile approccio letterale appare tuttavia discutibile e non privo di obiezioni. In realtà, il termine "prova" viene spesso utilizzato in senso atecnico, nel significato generico di risultato di conoscenza, applicabile anche alla fase investigativa⁴⁰. Inoltre, come emerge dalla stessa Relazione al progetto definitivo sopra richiamata, se l'obiettivo perseguito dal legislatore era quello di rendere le disposizioni generali in tema di prova operative in tutte le fasi caratterizzanti il procedimento probatorio non si comprende il perché di una così vistosa limitazione per quanto concerne il regime di rilevabilità dell'inutilizzabilità.

Conviene dunque privilegiare quella linea interpretativa più garantista, secondo cui anche le risultanze delle attività investigative sono «prove» sia pure a certi fini. Si consideri il fatto che gli atti probatori compiuti prima del dibattimento non servono unicamente per le determinazioni

³⁷ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 187.

³⁸ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, pag. 255.

³⁹ L'intervento d'ufficio ha la finalità di garantire il corretto accertamento e comunque di evitare che le parti possano talvolta astenersi dal sollevare l'eccezione, rimandando la denuncia del vizio ad una fase successiva al procedimento. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 256.

⁴⁰ G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pag. 525.

inerenti all'esercizio dell'azione penale, ma contribuiscono, ad esempio, ad accertare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura cautelare. Tale linea interpretativa, nonostante alcuni autorevoli arresti, è stata recepita dalla giurisprudenza, laddove si è affermato che «anche il giudice per le indagini preliminari abbia il dovere di sindacare l'inutilizzabilità degli atti»⁴¹.

Passiamo, a questo punto, ad analizzare la seconda norma generale che disciplina il nuovo istituto dell'inutilizzabilità. Ci riferiamo all'art. 526 comma 1° c.p.p., in base al quale «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite». Tale previsione ha bisogno di essere coordinata con altre disposizioni che regolano il passaggio tra la fase investigativa e quella dibattimentale, all'interno della quale rifluiscono tutte le prove suscettibili di diretta utilizzazione a fini decisori.

A tal proposito, se in linea di principio al giudice del dibattimento non possono pervenire atti compiuti nella fase preparatoria, vi sono poi esigenze di funzionalità dell'intero meccanismo processuale che hanno suggerito una serie di deroghe.

L'art. 431 c.p.p. dispone che dall'unico fascicolo degli atti compiuti nelle indagini preliminari prenda corpo un secondo fascicolo destinato al giudice del dibattimento, all'interno del quale vi rientrano taluni atti a contenuto specificamente probatorio. Ci si riferisce a quelli concernenti la procedibilità e l'esercizio dell'azione penale, quelli non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore, quelli assunti nell'incidente probatorio e, infine, i documenti acquisiti e le cose pertinenti al reato. È inoltre possibile per le parti concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento degli altri atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività investigativa.

⁴¹ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 2913. A tal proposito, le Sezioni hanno precisato che i risultati delle intercettazioni «possono rivestire la natura di prova tipica della fase del giudizio, o quella di indizio, nell'accezione dell'articolo 273 del codice, cioè di elementi dimostrativi in senso probabilistico della responsabilità, proprio della fase delle indagini preliminari, ai fini dell'adozione di misure cautelari o del rinvio a giudizio».

L'inserimento di atto o di un documento nel fascicolo per il dibattimento non è tuttavia condizione sufficiente a determinarne l'acquisizione a fini decisori. È necessario infatti che intervenga un'ulteriore attività: lettura dell'atto o la sua indicazione. Tale attività è richiesta anche in relazione alle altre deroghe previste dal codice di rito, che consentono il recupero di verbali di prove di altri processi (artt. 238 e 511-*bis* c.p.p.) ovvero di atti compiuti o di dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari (artt. 500 comma 4°, 5° e 6°; 503 comma 5° e 6°; 512, 512-*bis*; 513 c.p.p.) oppure in fase pre-dibattimentale (art. 467 c.p.p.). A tal proposito, è opportuno distinguere la c.d. "lettura-contestazione" dalla "lettura-acquisizione".

Nel primo caso è ammesso l'utilizzo ai fini della contestazione di dichiarazioni rese durante le indagini preliminari o in udienza preliminare. Pensiamo all'esame del testimone o di una parte durante il dibattimento, che può essere contestato tramite lettura delle precedenti dichiarazioni, rilasciate dal dichiarante, che sono presenti nel fascicolo del pubblico ministero (art. 503 comma 2° e 503 comma 4° c.p.p.). Terminata la contestazione, il giudice potrà utilizzare l'atto proveniente dal fascicolo del pubblico ministero soltanto per valutare in senso negativo la credibilità della dichiarazione dibattimentale.

Nel secondo caso, la lettura-contestazione è seguita dall'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in precedenza; con la conseguenza che il giudice non si limita ad utilizzare le suddette dichiarazioni per valutare la credibilità del testimone o della parte esaminata nel corso del dibattimento, ma acquisisce le medesime al fine della decisione. Se, ad esempio, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone, che ha reso dichiarazioni in dibattimento, sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità affinché non deponga ovvero deponga il falso, è possibile il recupero delle precedenti dichiarazioni rese al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria o alle parti private, con la conseguente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento (art. 500 comma 4° c.p.p.). Allo stesso modo, le dichiarazioni rese al giudice dell'udienza preliminare possono essere

acquisite al fascicolo per il dibattimento, a richiesta di parte, per essere valuate ai fini della prova nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione (art. 500 comma 6° c.p.p.). Nei confronti delle altre parti sono invece valutabili come prova del fatto solo se ricorrono le condizioni di cui all'art. 500 comma 4° c.p.p.

Quando invece le dichiarazioni sono rese da una parte al processo, l'utilizzazione piena è consentita solo se si tratta di «dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere, assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero» oppure davanti al giudice delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare (art. 503 comma 5° c.p.p.). Un'altra ipotesi particolare riguarda l'imputato, contumace o assente, ovvero che rifiuta di sottoporsi all'esame nel dibattimento. In questo caso, è possibile dare lettura dei verbali delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, potendo queste essere utilizzate solo nei confronti dell'imputato, salvo ricorrano i presupposti dell'art. 500 comma 4° c.p.p. (art. 513 comma 1° c.p.p.).

Vi sono infine alcune ipotesi in cui si procede direttamente alla lettura-acquisizione, saltando la contestazione. A tal proposito, l'art. 514 del c.p.p. prevede che le prove acquisite nel corso delle indagini sono inutilizzabili a fini decisivi, salvi i casi nei quali espressamente la legge ne consenta l'acquisizione. Ciò vale per gli atti originariamente irripetibili (art. 511 c.p.p.) che sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento e di questi se ne può dare lettura. Pensiamo alla perquisizione, sequestro, intercettazioni, nonché ispezioni, rilievi e accertamenti tecnici, il cui stato sia soggetto a modificazione.

Una seconda ipotesi è prevista dall'art. 512 c.p.p., che consente la lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.

2.4. Cenni ad alcune questioni controverse: natura dell'istituto e rapporto tra inutilizzabilità e nullità.

Malgrado il pregevole tentativo di dar vita ad un apposito istituto rivolto a garantire l'estromissione dal quadro decisorio di ogni materiale conoscitivo raccolto illegalmente, l'attuale disciplina dell'inutilizzabilità ha lasciato aperte alcune questioni interpretative. Risolvere tali questioni significa non solo aver chiaro il contenuto della normativa attualmente vigente, ma anche ricostruire l'effettiva portata applicativa dell'istituto che essa disciplina.

A tal proposito, discussa è in primo luogo la natura di questo istituto: da un lato, c'è chi considera l'inutilizzabilità una regola di condotta che impedisce al giudice di argomentare la propria decisione mediante l'utilizzo di prove vietate o illegittimamente acquisite; dall'altro, chi riconosce in essa una particolare forma di invalidità dell'atto processuale, che si affianca alla sanzione della nullità in ambito probatorio.

Per il primo orientamento, l'inutilizzabilità non costituisce propriamente un vizio dell'atto. Essa si distingue anzitutto dalla nullità perché rispetto a questa non opera sempre in presenza di un'imperfezione dell'atto. Può accadere infatti che l'atto, di per sé conforme al modello legale, assuma rilevanza processuale soltanto in un certo contesto e a certi fini, essendo viziato in tutti gli altri casi. Sotto questo profilo, la nuova sanzione ricorda semmai l'inammissibilità del codice previgente, nella misura in cui stabilisce che il giudice, nel fondare la propria decisione su un atto viziato, ha esercitato un potere non riconosciuto dalla legge. Diversamente la nullità, in quanto vizio di un atto processuale, consegue all'esercizio di un potere comunque legittimo, benché compiuto irrualmente⁴².

Il secondo orientamento considera l'inutilizzabilità alla stregua di una forma di invalidità, che impedisce al giudice di assumere una prova a presupposto di un atto del procedimento,

⁴² F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, Milano, pag. 61.

comprendendo in questo modo anche i provvedimenti immotivati e inoppugnabili⁴³. Essa esprime dunque un concetto di relazione non ancorato esclusivamente al piano decisorio, benché sia questo lo spazio privilegiato dal legislatore, come peraltro dimostra l'art. 526 comma 1° c.p.p. Il che sembra trovare conferma anche nell'art. 606 lett. c) c.p.p., che ammette il ricorso per cassazione in caso di inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità e decadenza.

La distinzione qui richiamata assume tratti definitivi solo in apparenza. Essa infatti ci permette di esaminare anche le altre questioni inerenti l'inutilizzabilità, tenendo conto degli orientamenti fin qui delineatisi per ciò che concerne la natura dell'istituto.

Dalla suddetta distinzione occorre dunque partire per affrontare una seconda questione irrisolta. Ci si riferisce al difficile rapporto tra inutilizzabilità e nullità, venuto a delinearsi in base alla normativa vigente. Ci si chiede, in particolare, se siano sanzionabili attraverso l'inutilizzabilità non solo le prove vietate, ma anche quelle di per sé consentite, ma acquisite in violazione di una disposizione concernente le modalità di formazione e assunzione.

Il problema nasce dal fatto che nel passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo del codice di procedura penale, la formulazione dell'art. 191 comma 1° c.p.p. ha subito una vistosa modifica: se infatti, in un primo momento, l'obiettivo dichiarato era quello di regolamentare un fenomeno tipico conseguente all'ammissione delle prove vietate, ancorando ad esso la sanzione dell'inutilizzabilità; successivamente, si è provveduto ad eliminare ogni riferimento al «giudice» e a sostituire «prove ammesse» con «prove acquisite».

Tali modifiche sono state apportate al fine di evidenziare che le disposizioni generali in tema di prova sono volte a «regolare anche l'attività della fase investigativa e non solo quella

⁴³ La tesi è sostenuta da A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, pag. 84; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 85.

decisionale»⁴⁴. Nonostante questo, si è sostenuto in dottrina che il mutamento di dizione abbia contribuito ad affermare l'operatività dell'inutilizzabilità anche in relazione alle prove in astratto ammissibili, ma formate o assunte in violazione di divieti probatori attinenti al *quomodo*.

Partendo dalla premessa secondo la quale il termine “acquisizione” sta ad indicare «l'operazione [...] con cui la prova è formata o introdotta nel processo»⁴⁵, si è affermato che pure il mancato rispetto delle norme riguardanti il *modus procedendi* può determinare l'inutilizzabilità della prova; sicché, accanto a regole probatorie che vietano l'ammissione di un dato mezzo di prova, ve ne sono altre formulate allo scopo di escludere dal quadro decisorio i risultati di operazioni acquisitive illegittime⁴⁶. È il caso, ad esempio, dell'art. 103 comma 7° c.p.p. nella parte in cui si riferisce agli esiti delle ispezioni delle perquisizioni o dei sequestri eseguiti nell'ufficio di un difensore senza l'osservanza di quanto prescritto dal comma 4° dello stesso articolo. A conferma di ciò, si veda inoltre la struttura dell'art. 271 c.p.p., in virtù del quale devono reputarsi inutilizzabili non solo le risultanze di intercettazioni eseguite fuori dai casi contemplati dalla legge, ma anche i discorsi captati, trasferendo le prescrizioni sulle modalità di esecuzione delle operazioni intercettive male eseguite (artt. 267 e 268 comma 1° e 3° c.p.p.).

Un discorso a parte va fatto in relazione agli artt. 64 comma 2° e 188 c.p.p., che vietano l'utilizzo di metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione e sulla capacità di ricordare i fatti della persona interrogata o esaminata. Posto che non si tratta di disposizioni contenenti una previsione speciale di inutilizzabilità della prova, giacché il sintagma «non possono essere utilizzati» è riferito ai modi dell'interrogatorio o dell'esame, non

⁴⁴ *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ordinario, pag. 181.

⁴⁵ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 153

⁴⁶ A tal proposito, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., pag. 146: «La schematica separazione tra trasgressioni di regole di ammissibilità e violazioni di prescrizioni di forma, che avrebbero dovuto essere colpite rispettivamente con la inutilizzabilità e la nullità, non risponde alla disciplina positiva, che contempla molteplici fattispecie di inutilizzabilità legate alle modalità di assunzione della prova, anche se [...] la diversità di tutela sanzionatoria mira a soddisfare esigenze profondamente distinte e nient'affatto assimilabili».

già ai risultati della prova⁴⁷, si ritiene in questo caso applicabile la norma generale dell'art. 191 c.p.p. per impedire che l'utilizzazione di metodi o tecniche lesivi della dignità e della libertà morale della persona possa incidere sulle dichiarazioni⁴⁸.

In definitiva, secondo il primo orientamento, in mancanza di un'espressa previsione di nullità, come richiesto dall'art. 177 c.p.p., la trasgressione del *quomodo* può dar luogo ad inutilizzabilità. Si ritiene infatti che la sanzione dell'inutilizzabilità possa operare anche nei casi in cui il giudice abbia esercitato un potere legittimo, essendo irrituale l'opera di acquisizione e formazione.

A tale orientamento si oppone chi afferma che, nonostante la nuova formulazione, l'art. 191 c.p.p. non renda in generale operativa la sanzione dell'inutilizzabilità in relazione ai vizi concernenti il *modus procedendi*. Ciò sul rilievo che il vocabolo "acquisizione" non sempre è usato in modo univoco nella sua accezione più rigorosa, sicché non pare corretto ritenere che la lettera dell'art. 191 c.p.p. fornisca in tal senso elementi decisivi⁴⁹. A tal proposito, si richiamano gli artt. 417 e 434 c.p.p. nella parte in cui parlano di fonti probatorie «acquisite» sebbene nel corso delle indagini preliminari sia più corretto parlare di atti di individuazione e di assicurazione. A ciò si aggiunga, come più volte ricordato, che la *Relazione al testo definitivo* giustifica la modifica allo scopo di sottolineare l'operatività delle disposizioni generali in tema di prova anche alle attività di indagine e non solo a quella decisoria. Se ne può desumere che la locuzione «prove acquisite» sia adoperata, nel contesto dell'art. 191 comma 1° c.p.p., al fine di chiarire che il pubblico ministero, al pari del giudice, non può fondare i propri provvedimenti su risultanze conoscitive scaturenti da prove vietate dalla legge⁵⁰.

⁴⁷ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 646.

⁴⁸ Non è dello stesso avviso CORDERO, secondo cui il divieto di avvalersi di una dichiarazione confessoria o testimoniale resa sotto coazione si spiega sul rilievo che simili dichiarazioni sono giuridicamente inesistenti, non essendo dato ravvisare neppure «quel minimo della fattispecie, in assenza del quale mancano le premesse d'una valutazione normativa. F. CORDERO, *Tre studi*, pag. 169.

⁴⁹ A. SCHELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 165.

⁵⁰ A. SCHELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 166.

Al di là della questione meramente letterale che investe la nuova formulazione dell'art. 191 c.p.p., l'orientamento qui richiamato è lo stesso che ritiene vi sia continuità tra l'istituto dell'inutilizzabilità e quello dell'inammissibilità, riconducendo alla prima i soli casi di prove ammesse *contra legem*, e cioè in assenza di un potere istruttorio legittimo. Sul punto torneremo quando parleremo dei criteri di individuazione dei divieti probatori da cui discende l'applicazione dell'inutilizzabilità.

Resta ancora da chiedersi se un ampliamento dell'area di applicazione dell'inutilizzabilità sia eventualmente imposto dall'art. 526 comma 1° c.p.p. laddove prescrive che il giudice del dibattimento non possa avvalersi di «prove diverse da quelle legittimamente acquisite». In effetti tale norma, oltre ad individuare nel dibattimento il luogo privilegiato di formazione della prova, provvede a garantire il rispetto del metodo probatorio dibattimentale mediante il ricorso alla figura dell'inutilizzabilità. In relazione a quest'ultimo profilo, si è affermato che il divieto di valutare «prove diverse da quelle legittimamente acquisite» non tanto consente quanto impone di verificare che il singolo atto probatorio, oltre a non urtare contro un qualche divieto di ammissione sia stato ritualmente assunto⁵¹.

Beninteso, anche a ritenere l'art. 191 c.p.p. applicabile soltanto in relazione ai divieti nell'*an* delle prove raccolte, si dovrà quanto meno riconoscere che l'art. 526 comma 1° c.p.p. vale ad estendere nella fase dibattimentale l'ambito di inutilizzabilità, includendo alcuni vizi relativi al procedimento acquisitivo. Esso non rappresenta dunque un inutile doppione dell'art. 191 c.p.p.: mentre quest'ultimo si ritiene applicabile all'intero processo, sanzionando l'inosservanza di divieti relativi all'*an* della prova, l'art. 526 comma 1° c.p.p. produce effetti limitatamente alla fase dibattimentale, ma che determinano l'inutilizzabilità anche delle prove acquisite in violazione delle modalità stabilite dalla legge.

⁵¹ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 166.

In definitiva, l'art. 526 comma 1° c.p.p. sanziona con l'inutilizzabilità anche le prove che, pur non essendo vietate dalla legge, sono state assunte in violazione delle norme che disciplinano il *quomodo*, sempre che l'inosservanza delle prescrizioni acquisitive non sia prevista a pena di nullità⁵². Il che non significa che una qualsiasi inosservanza renda estendibile l'applicazione del più severo trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore.

Sul punto, occorre infine richiamare la giurisprudenza che, nella difficoltà di risolvere in modo equilibrato il problema, si è rifugiata in una apparentemente lineare applicazione del distinguo tra l'inutilizzabilità e nullità della prova, dando prova tuttavia di aderire ad una concezione più elastica e garantista dell'inutilizzabilità, comprendendo anche i vizi sul *quomodo*.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in particolare, ha ricordato che l'inutilizzabilità costituisce un rimedio che si aggiunge, ma non assorbe lo strumento della nullità. Beninteso, pur operando nell'area della patologia della prove, si tratta di due categorie distinte e autonome perché correlate a diversi presupposti. Premesso ciò, la Corte ha inoltre precisato che la nullità attiene all'inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova, tali da non porre comunque il procedimento formativo o acquisitivo al di fuori del parametro normativo di riferimento, sebbene di questo non vengano rispettati i presupposti. Diversamente, l'inutilizzabilità, oltre ad operare in presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità, interviene anche per effetto di un procedimento acquisitivo, la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale. Ciò vale per tutte quelle prove formate «in violazione dei diritti soggettivi tutelati in modo specifico dalla Costituzione, come nel caso degli artt. 13, 14 e 15, in cui la prescrizione

⁵² A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 210.

dell'inviolabilità attiene a situazioni fattuali di libertà assolute, di cui è consentita la limitazione nei casi e nei modi previsti dalla legge»⁵³.

Beninteso, alla luce di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, in relazione ai vizi concernenti il *quomodo* si prospettano due situazioni distinte: laddove il vizio concernente l'*iter* formativo ha proclamato la lesione di un diritto soggettivo costituzionalmente tutelato tale da porre il procedimento acquisitivo al di fuori del sistema processuale, interviene la sanzione dell'inutilizzabilità; diversamente, nel caso in cui si incorre in una violazione dovuta alla mancata osservanza di formalità tali da non incidere sui diritti soggettivi, ma in ogni caso sanzionabili a norma dell'art. 177 c.p.p., siamo di fronte a un'ipotesi di nullità. Rimane, come ipotesi residuale, la semplice inosservanza di una formalità concernente l'acquisizione della prova, che dà luogo ad una mera ipotesi di irregolarità.

L'importanza delle regole assuntive è stata infine riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito del *fair trial*. A tal proposito, si è sottolineato che mentre la fase di ammissione è tendenzialmente riservata alle scelte dei legislatori nazionali, è proprio in relazione alla fase di formazione e assunzione della prova che si registrano diversi casi di violazione dell'equità processuale, tutelata dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. In particolare, i due settori in cui il giudice europeo è intervenuto maggiormente sono quelli concernenti il rispetto del contraddittorio e l'impiego di mezzi coercitivi della volontà del dichiarante⁵⁴. Sul punto torneremo con maggiore approfondimento nel capitolo 3.

⁵³ Cass. sez. un., 13 luglio, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 645.

⁵⁴ C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, § 25-26; C. eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 105.

2.5. (Segue): criteri di individuazione dei divieti probatori.

Si è già avuto modo di osservare nel paragrafo precedente che l'attuale formulazione normativa dell'art. 191 c.p.p. ha lasciato aperte alcune questioni. Partendo da una breve analisi riguardante la natura del nuovo istituto *ad hoc*, creato appositamente per tutelare la legalità in ambito probatorio, si è successivamente spostata l'attenzione sull'altra questione relativa al rapporto tra inutilizzabilità e nullità, pervenendo ad una soluzione interpretativa che sembra trovare avvallo nella più recente giurisprudenza della Corte di legittimità.

Per avere un'ulteriore conferma, è necessario, a questo punto, spostare la nostra analisi su un tema che per la sua complessità, nonché incidenza sul presente lavoro, merita una trattazione a parte. In questo paragrafo cercheremo, in particolare, di affrontare il tema relativo all'individuazione dei divieti probatori da cui discende la sanzione dell'inutilizzabilità.

A tal proposito, l'art. 191 c.p.p., malgrado una formulazione a carattere generale, non sembra risolvere positivamente questo problema. Tale norma, infatti, nel presupporre una classe di divieti di acquisizione probatoria operativi *ex ante*, si limita a stabilire che le prove «acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge» non possono entrare nel processo, né essere utilizzate al fine della decisione.

Non si può tuttavia prescindere dalla suddetta indicazione normativa per sviluppare il nostro ragionamento. Si può notare infatti che dalla citata locuzione si evince che il divieto, posto a presidio della sanzione dell'inutilizzabilità, debba necessariamente trovare la propria fonte in ambito legislativo. Del resto, l'attività stessa di acquisizione probatoria non può essere disancorata dall'esistenza di uno o più presupposti di segno positivo o negativo costituenti i profili di attribuzione e, nel contempo, di limitazione normativa di un potere⁵⁵.

⁵⁵ F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale, Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, pag. 52.

Si tratta, a questo punto, di capire in quali casi una determinata prescrizione in materia probatoria contenga al suo interno un limite conoscitivo, la cui trasgressione giustifichi il più rigido trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore.

In primo luogo, vale la pena ricordare che il problema non si pone con riguardo alle ipotesi speciali di inutilizzabilità, poiché in questi casi interviene una disposizione *ad hoc* a qualificare la prova illegittima come non utilizzabile. La questione semmai assume rilievo in relazione alle ipotesi di inutilizzabilità generale, laddove le singole disposizioni omettono di regolare gli effetti derivanti dalla trasgressione di un divieto probatorio. Si rende pertanto necessario individuare l'enunciato normativo da cui emerge il divieto in capo al giudice di acquisire una determinata prova, pena l'inutilizzabilità.

A tal proposito, secondo un primo orientamento, è possibile rinvenire un divieto probatorio all'interno di una prescrizione normativa, avendo riguardo alla specifica locuzione utilizzata dal legislatore⁵⁶. Il quesito relativo all'esistenza o meno di un divieto probatorio si risolve dunque in base alla lettera della legge, adottando un'interpretazione letterale del dato normativo. Vengono così in rilievo tutti quei divieti probatori esplicitamente sanciti dalle norme di legge con espressioni del tipo “è vietato”, “non può”, “non sono ammesse”, “non sono consentite” e simili.

Tuttavia, non sempre le norme formulate in questo modo stabiliscono dei veri e propri divieti probatori riconducibili all'art. 191 c.p.p. In alcuni casi, infatti, le norme si limitano a regolare aspetti meramente formali ai quali non sono sottesi interessi tali da giustificare il ricorso alla sanzione dell'inutilizzabilità (pensiamo all'art. 251 c.p.p., in tema di perquisizioni effettuate “nottetempo”).

⁵⁶ M. NOBILI, *Art. 191*, in, *Commento al nuovo codice di procedura penale coordinato da M. Chiavario*, II, Torino, 1991, pag. 411.

Viceversa, vi sono ipotesi nelle quali, malgrado la norma non si esprima in forma di divieto, essa finisce per dettare una regolamentazione posta a tutela di valori essenziali che giustifica il ricorso alla sanzione dell'inutilizzabilità (pensiamo all'art. 201 c.p.p., in materia di segreto d'ufficio).

Sulla base di questo, si è sostenuta l'esistenza di divieti probatori "indiretti", deducibili da alcune norme che si esprimono nella forma di "permissione" (richiamando un'ipotesi specifica o un elenco tassativo di casi), oppure dalle disposizioni che subordinano l'acquisizione probatoria all'esistenza di determinate condizioni o presupposti, ricorrendo a formule del tipo "l'acquisizione è consentita solo se" (pensiamo all'art. 228 comma 2° c.p.p., in base al quale il perito può essere autorizzato a servirsi di ausiliari di sua fiducia per lo svolgimento di attività materiali non implicanti apprezzamenti o valutazioni). In proposito, si è opportunamente rilevato che non vi sarebbe alcuna differenza sul piano logico tra il vietare che un determinato atto sia compiuto ove difettino i presupposti di legge e il subordinare l'espletamento di quello stesso atto al riscontro dei medesimi presupposti⁵⁷. Si tratta peraltro di un'impostazione che non merita affatto di essere tacciata di formalismo, essendo semmai animata dal dichiarato intento di neutralizzare gli inconvenienti di un'esegesi ciecamente fedele alla lettera della legge, che potrebbe rivelarsi capace di individuare un divieto probatorio soltanto al cospetto di un dato testuale particolarmente esplicito⁵⁸.

L'adozione di un siffatto criterio rischia però di favorire un eccessivo ampliamento delle fattispecie d'inutilizzabilità⁵⁹. Se si muove dalla premessa che la sagoma del divieto probatorio si profila ogni qualvolta una disposizione normativa appaia congegnata in modo tale da

⁵⁷ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 154.

⁵⁸ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 154.

⁵⁹ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 154.

delimitare contestualmente «l'area del giuridicamente consentito e del proibito»⁶⁰, ci si trova obbligati a concludere che la gran parte delle norme sul procedimento probatorio risulterebbe presidiata dalla sanzione dell'inutilizzabilità. Tuttavia, se da un lato, tale impostazione ha infatti il pregio di porre rimedio ad alcuni limiti della soluzione letterale, svincolando l'esistenza di un divieto probatorio dall'esigenza che la legge si esprima in termini di negazione, dall'altro finisce per amplificare gli eccessi della tesi formalista⁶¹. D'altronde, in questo modo, tutte le norme in tema di prova potrebbero essere interpretate *a contrario* come se recassero una implicita regola di esclusione di tutto ciò che non è espressamente consentito.

Per queste ragioni, si ritiene che la tesi formale debba essere integrata da un criterio di tipo sostanziale, che muove dalla *ratio* della norma o dalla gravità della violazione.

In questo quadro si inserisce il secondo orientamento, che accoglie un criterio di matrice sostanzialistica, fondato sulla ricerca dell'interesse tutelato dal singolo precetto trasgredito⁶². Partendo dall'assunto che i divieti probatori assolvono la funzione di armonizzare «i valori fondamentali protetti dal diritto delle prove con lo scopo dell'accertamento della verità»⁶³ si è suggerita l'adozione di un metodo rapportato alla tutela di «interessi endoprocessuali od extraprocessuali», intendendo rispettivamente quelli concernenti «finalità collegate alla logica dell'indagine» e quelli relativi a «diritti riconosciuti indipendentemente dal processo»⁶⁴.

In altre parole, partendo dall'idea che ogni prescrizione normativa posta a presidio di uno dei suddetti interessi racchiuda in sé un divieto probatorio, si dovrebbe ritenere che costituisca causa d'inutilizzabilità la violazione tanto delle norme intese a salvaguardare un diritto individuale,

⁶⁰ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 647.

⁶¹ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 155.

⁶² N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., pag. 138.

⁶³ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., pag. 139.

⁶⁴ N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, I Agg., Giuffrè, Milano, 1997, pag. 694, nota 44.

quanto delle norme stabilite in funzione dell'attendibilità dell'accertamento giurisdizionale. Ne consegue che l'inutilizzabilità della prova può delinarsi anche laddove non vi sia traccia di una disposizione volta a precludere l'ingresso in sede processuale di un determinato veicolo probatorio. Tuttavia, anche ad ammettere che le norme in tema di prova risultino poste a protezione di un qualche interesse sostanziale o processuale, la pretesa di individuare i divieti probatori sulla base di valori sottesi alle singole disposizioni violate pare destinata a creare più incertezze interpretative di quante ne risolve⁶⁵.

Veniamo così al terzo orientamento, che fonda il criterio di individuazione dei divieti probatori sul concetto di potere istruttorio, facendo scattare la sanzione dell'inutilizzabilità ogni qualvolta il giudice proceda all'acquisizione di un determinato mezzo di prova, esercitando un potere non riconosciuto dalla legge⁶⁶. Ne avevamo già parlato in sede di definizione della natura dell'istituto, ma anche quando abbiamo tratteggiato i confini tra inutilizzabilità e nullità in ambito probatorio.

Tale orientamento parte dall'assunto che non tutte le disposizioni in tema di prova contengono un esplicito divieto probatorio. Il che rende necessario anzitutto abbandonare i criteri formalistici, ancorché temperati da un approccio più sostanziale, per approdare ad un diverso criterio di individuazione del divieto probatorio. A tal proposito, si ritiene opportuno partire dalla funzione giuridica che una norma in tema di prove assolve: ove questa, infatti, corrisponda all'estromissione di un dato probatorio dalle premesse fattuali della decisione, ciò è in parte sufficiente ad individuare un divieto d'uso, suscettibile di tutela attraverso l'inutilizzabilità⁶⁷. È importante poi verificare se tale norma, oltre a vietare l'ingresso di una

⁶⁵ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 157.

⁶⁶ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 159. Vedi anche CORDERO: «la formazione della prova presuppone un potere istruttorio; dove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto non può non riuscire inefficace». F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 73.

⁶⁷ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 145.

prova all'interno del procedimento decisorio, imponga all'autorità inquirente o giudicante una regola di condotta consistente nel divieto di acquisizione di quel dato probatorio.

Muovendo da questa angolazione, la prova acquisita è oggettivamente vietata poiché è stato esercitato un potere istruttorio non riconosciuto dalla legge. Si ritiene, infatti, che laddove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto che ne deriva non può che essere vietato⁶⁸. Sotto questo profilo, l'inutilizzabilità non arguisce dal fatto che una prescrizione sulle prove sia stata trasgredita, ma dalla circostanza che attraverso una condotta conforme a diritto non si sarebbe potuto ottenere quel medesimo risultato.

L'orientamento qui richiamato, benché abbia il pregio di superare i limiti del criterio formale, non è esente tuttavia da una serie di obiezioni. L'accoglimento di tale impostazione rischia infatti di limitare l'operatività del divieto d'uso *ex art. 191 c.p.p.* alle sole prove vietate dalla legge e, dunque, intrinsecamente inammissibili. In questo modo, la nozione di divieto probatorio finisce per coincidere con quella di divieto di ammissione, recuperando quella linea di pensiero che, sotto la vigenza del codice Rocco, legava le prime forme di inutilizzabilità *ante litteram* alla loro ammissibilità, ritenendo quest'ultima operante solo in presenza di un potere istruttorio⁶⁹. Esso infatti ricollega la sanzione dell'inutilizzabilità ai soli divieti concernenti l'*an* della prova, ritenendo preferibile il ricorso alla sanzione della nullità in tutti gli altri casi. Laddove l'organo istruttorio ha esercitato un potere legittimo, violando una disposizione relativa alle modalità assuntive – si afferma – non si applica la sanzione dell'inutilizzabilità, a meno che non vi sia una disposizione che preveda ciò esplicitamente.

Si tratta, a ben vedere, di una impostazione non conforme al dato vigente. Anzitutto, la conclusione secondo cui l'inutilizzabilità è riferibile sia all'*an* che al *quomodo* è supportata dalla diversa formulazione in sede definitiva approvata: prove «acquisite» anziché ammesse. In

⁶⁸ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 73.

⁶⁹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 73.

secondo luogo, abbiamo visto che nell'intento originario dei compilatori l'inutilizzabilità avrebbe dovuto riguardare la violazione di un divieto nell'*an*, riservando alla nullità la violazione delle forme negli atti (divieto nel *quomodo*).

Tale distinzione non è stata tuttavia mantenuta nelle versioni definitive. Se, da un lato, si è voluta ampliare l'operatività dell'inutilizzabilità a garanzia della legalità in ambito probatorio, dall'altro si è contestualmente rimodellato il campo di applicazione della nullità processuale, non essendo questa più prevista per «l'inosservanza delle forme degli atti processuali», bensì per «l'inosservanza delle disposizioni sugli atti». Il che conferma come il ricorso a tale criterio discrezionale non sia più decisivo in ordine al riconoscimento di un divieto probatorio suscettibile di essere sanzionato dall'inutilizzabilità.

Di questo avviso sembra la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha riconosciuto come divieti probatori non soltanto «quelli espressamente previsti dall'ordinamento, come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234 comma 3 c.p.p. e cioè in materia d'incompatibilità a testimoniare o in relazione all'impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle voci correnti del pubblico, ma [anche quelli] desumibili dall'ordinamento e ciò accade tutte le volte in cui i divieti, in materia probatoria, non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo e acquisitivo della prova»⁷⁰.

Alla luce di un'importante pronuncia delle Sezioni Unite, sulla quale torneremo nel capitolo 2, può dirsi così superata ogni lamentata carenza di tipicità attribuita alla locuzione «divieti stabiliti dalla legge». Questa infatti trova una sua definizione, guardando ai requisiti della singola norma su cui ci si troverà di volta in volta ad operare⁷¹. Divieto di legge non è soltanto quello espressamente indicato dal legislatore, ma anche quello derivante

⁷⁰ Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, pag. 139.

⁷¹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 51

dalla mancanza di condizioni o presupposti che consentono di rendere operativa una fattispecie probatoria⁷². Ciò non toglie che l'inutilizzabilità possa talvolta essere desunta da principi generali che inevitabilmente interagiscono con il libero convincimento.

A tal proposito, si ritiene infatti che la rigorosa osservanza di divieti di utilizzabilità costituisce la premessa necessaria per il corretto funzionamento delle regole di valutazione, assicurando in questo modo il rispetto della legalità probatoria e al tempo stesso prevenendo il rischio di possibili distorsioni applicative riconducibili ad una visione totalizzante del divieto in oggetto.

Sembra chiara, in definitiva, la soluzione accolta dalle Sezioni Unite in ordine all'applicabilità dell'inutilizzabilità in relazione ai divieti nell'*an* e del *quomodo*, sempre che questi ultimi abbiano significativamente inciso sul procedimento di formazione della prova.

3. Alcune classificazioni: inutilizzabilità generale e speciale; assoluta e relativa; patologica e fisiologica.

Nelle pagine precedenti abbiamo visto come l'analisi inerente alla inutilizzabilità della prova nel processo penale esiga in primo luogo un rinvio agli artt. 191 e 526 c.p.p. Tali norme mirano infatti a delineare la categoria dell'inutilizzabilità e a configurare le ipotesi in cui una determinata prova debba essere estromessa dal quadro decisorio.

Nel corso dell'esposizione abbiamo inoltre ricordato come questa sanzione sia stata fortemente voluta – in occasione della riforma del codice di rito – al fine di eliminare i pericoli connessi ad eventuali soluzioni giurisprudenziali tendenti a ridurre alla stregua di nullità

⁷² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 641.

sanabili i vizi configurabili nell'ambito delle prove, rendendo il giudice un «incontrollato gestore del proprio libero convincimento»⁷³.

Da ciò è discesa la naturale appartenenza dell'inutilizzabilità alla nuova struttura accusatoria delineata dal codice del 1989, che impone che le prove siano formate nel contraddittorio delle parti e nel pieno rispetto delle regole legali probatorie, che selezionano i dati utilizzabili, determinando in anticipo i modi in cui il giudice deve conoscere il fatto⁷⁴.

Sotto questo profilo, l'inutilizzabilità non risponde dunque alla logica inquisitoria, sulla quale si ergeva il libero convincimento del giudice come criterio che governava non solo la valutazione, ma anche l'ammissione e assunzione delle prove.

La verifica della legalità, imposta dal codice del 1989, esige che si presti attenzione all'intero procedimento probatorio, riservando l'esercizio del libero convincimento alla sola fase di valutazione, sempre che le prove siano state acquisite legittimamente.

È il caso di aggiungere, a questo punto, che il regime di utilizzazione degli atti non può essere considerato alla stregua di una disciplina autonomamente valutabile, isolandolo dal contesto del processo. Sul punto, un'autorevole dottrina ha sottolineato come numerose disposizioni, contenute nell'attuale codice di rito, comprovino l'esistenza di una pluralità di regimi di utilizzabilità in giudizio delle acquisizioni conoscitive ritualmente ottenute⁷⁵.

Siamo pertanto di fronte a una categoria poliedrica, immune da sbrigativi inquadramenti⁷⁶, che si presta ad essere classificata in più *species*, essendo l'inutilizzabilità riferibile a situazioni diversificate, integrate da vizi o da semplici limiti dell'atto. In questo quadro si inserisce la distinzione tra inutilizzabilità generale e speciale.

⁷³ N. GALANTINI, *Inosservanza dei limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 71.

⁷⁴ F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pag. 243.

⁷⁵ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pagg. 438-439.

⁷⁶ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 1.

Nel primo caso, la prescrizione (costruita in termini di divieto o di permissione) si collega alla norma generale dell'art. 191 c.p.p. per quanto concerne il regime sanzionatorio conseguente alla trasgressione di una regola di esclusione, non essendo prevista alcuna sanzione processuale *ad hoc*⁷⁷.

Nel secondo caso, invece, l'inutilizzabilità è espressamente prevista da una prescrizione normativa posta in relazione ad un determinato mezzo di prova. In quest'ultima ipotesi, la sanzione non sempre si ricollega ad un vero e proprio divieto probatorio. Il legislatore si limita infatti a ricollegare ad una semplice violazione di legge il trattamento sanzionatorio più severo previsto del sistema. Il che dimostra che il requisito del divieto di natura probatoria non sempre è necessario a configurare un'ipotesi di inutilizzabilità, essendo frequenti i casi in cui in sua assenza tale sanzione trova applicazione, per espressa previsione normativa.

La seconda distinzione che occorre qui richiamare, si fonda invece sulla circostanza che l'intero codice è costruito su un regime variegato di utilizzazione delle conoscenze giudiziali e di limiti, con la conseguenza che la stessa categoria della "prova" ne è uscita sensibilmente modificata rispetto al codice precedente, passando da un concetto "aritmetico" ad una più complessa concezione probatoria di stampo relativistico. Ne avevamo già parlato nel paragrafo precedente quando abbiamo individuato, tra gli aspetti più rilevanti della riforma del codice di rito, la nuova concezione della prova. Perduto ogni connotato positivistico, la nozione di prova utile ai fini del processo penale non regge più sull'idea per la quale «dimostrato alcunché si considera la conoscenza conforme, valida, utilizzabile in ogni contesto, senza limiti di processi, fasi, parti diverse»⁷⁸; vale infatti il principio secondo cui un dato elemento conoscitivo può dirsi utilizzabile soltanto a certi scopi e non ad altri.

⁷⁷ G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., pag. 523.

⁷⁸ M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., pag. 145.

Da ciò discende la concezione “relativistica della prova”, strettamente collegata a particolari contesti di acquisizione e di uso, avendo riguardo alle modalità di formazione, ai soggetti legittimati ad intervenire, alla qualità giurisdizionale della procedura. Si inseriscono in questo quadro le ulteriori specie di inutilizzabilità.

A tal proposito richiamiamo, in primo luogo, la distinzione tra inutilizzabilità assoluta e inutilizzabilità relativa: se da un lato, abbiamo infatti ipotesi in cui l’inutilizzabilità di un determinato atto impedisce a quest’ultimo la produzione di qualunque effetto, evocando così la categoria dell’inammissibilità della prova per il modo di operare, nonché per le scelte metodologiche ad essa sottese; dall’altro, vi sono casi in cui determinati atti costituiscono prove e, dunque, sono utilizzabili unicamente in un determinato processo, per certe fasi del procedimento, nei confronti di alcuni imputati e non di altri.

Beninteso, nel primo caso, il legislatore impone di rinunciare alla conoscenza scaturente dall’acquisizione di un determinato atto probatorio, volendo così proteggere un interesse di particolare rilevanza, rafforzando talvolta la sanzione attraverso rimedi materiali idonei a neutralizzare ogni possibile “sviluppo” della prova vietata (pensiamo alla distruzione dei verbali e delle registrazioni formati con intercettazione illegittima *ex art. 271 c.p.p.*, oppure alla restituzione all’avente diritto della corrispondenza non sequestrabile *ex art. 254 c.p.p.*).

Nel secondo caso, il legislatore si limita ad escludere determinati impieghi di alcuni elementi, graduando in questo modo l’efficacia della sanzione che opera sotto forma di regola d’esclusione limitata. Il valore della prova dipende pertanto dal contesto in cui l’atto è acquisito, nonché dall’uso al quale esso è rivolto.

Ne discende che, al pari degli atti viziati, anche gli atti perfettamente aderenti alla propria fattispecie potrebbero incontrare limiti alla loro intrinseca valenza probatoria. Sotto questo profilo, abbiamo visto che la presenza stessa di limitazioni all’efficacia probatoria degli atti invalidi – attraverso una puntuale normativa diretta a dosarne il regime di utilizzabilità in

rapporto alle varie fasi del procedimento – rappresenta un chiaro segnale del recepimento di una concezione relativistica della prova penale.

Per quanto riguarda la terza e ultima distinzione, occorre partire da alcune premesse che abbiamo fatto in sede di apertura.

L'art. 191 c.p.p., nella sua semplicità espositiva, introduce un fenomeno indifferente ad ogni forma di sbrigativo inquadramento. Il rilievo trova specifico riscontro nella constatazione che alle ipotesi di inutilizzabilità sfuggono alcuni elementi tipici delle invalidità⁷⁹. In particolare, mentre l'atto invalido viene eliminato dalla sequenza del procedimento, l'atto inutilizzabile continua ad esistere, pur trovandosi in uno stato di paralisi che determina l'improduttività di ogni effetto conoscitivo⁸⁰. Aggiungiamo che il divieto d'uso può talvolta riguardare un atto che, almeno nella sua genesi, non risulta difforme dallo schema legale e che, ciononostante, non può essere utilizzato in certe circostanze e a certi fini⁸¹. Ciò perché, come abbiamo visto, all'interno della categoria dell'inutilizzabilità coesistono ipotesi di «trasgressione di un divieto» e di «inosservanza di un limite»⁸².

In altre parole, la locuzione utilizzata dal legislatore non designerebbe soltanto il regime tipico delle prove *contra legem*, ma anche l'esistenza di un “limite all'uso di prove conformi alla legge”.

Il quadro peraltro si complica se, prescindendo dalle classificazioni poc'anzi richiamate, si considera che il nuovo codice ha accolto il principio di separazione della fase preliminare da quella del dibattimento al quale si ricollega la regola – normativizzata all'art.

⁷⁹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 7.

⁸⁰ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 3.

⁸¹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 9.

⁸² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzionatori*, cit., pag. 642.

526 comma 1° c.p.p. – che sancisce l'estromissione dal quadro decisorio delle prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.

Della previsione dell'art. 526 comma 1° c.p.p. abbiamo già parlato nelle pagine precedenti, rilevando come tale disposizione debba essere coordinata con altre norme che regolano il funzionamento e l'acquisizione degli atti al fascicolo per il dibattimento.

Aggiungiamo, in questa sede, che la circostanza per cui un atto, pur conforme al modello legale, risulta inidoneo a «fornire supporti attendibili per la ricostruzione del fatto»⁸³ e, pertanto, ad assurgere a prova liberamente valutabile dal giudice in sede decisoria, viene qualificata sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza come “inutilizzabilità fisiologica”.

Si tratta, a ben vedere, di un'efficace nomenclatura escogitata da Ennio Amodio, il quale distingue l'inutilizzabilità “patologica”, legata ad un vizio intrinseco scaturente dall'inosservanza di un divieto probatorio, e l'inutilizzabilità “fisiologica”, coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, che presuppone atti regolari, il cui limite d'uso rappresenta un corollario della separazione tra fasi⁸⁴.

A tal proposito, si è detto che l'imperfezione, manifesta nell'ipotesi patologica, è solo virtuale in quella fisiologica, non incidendo sull'essenza dell'atto che, malgrado la sua corrispondenza al modello legale, può risultare estromesso, in quanto non ricompreso nelle previsioni normative caratterizzanti in senso strutturale il rito⁸⁵. D'altronde, l'assenza delle garanzie proprie del giudizio nel momento di formazione dell'atto ne determina una sorta di

⁸³ N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 8

⁸⁴ E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzazione degli atti*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1989, pagg. 172-173: «Quando si dice che gli atti compiuti nelle indagini preliminari dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non utilizzabili ai fini della decisione del merito nel dibattimento, si fa riferimento a un'intrinseca inidoneità di quegli atti a formare la prova dibattimentale: fisiologicamente, quegli atti sono inutilizzabili all'interno del giudizio se sono ripetibili».

⁸⁵ N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 6.

inefficacia, o meglio, una valenza negativa che il legislatore ha ritenuto di dover colpire con la stessa intensità con la quale ha sanzionato la prova illegittima⁸⁶. Più precisamente, si è ritenuto che elementi di conoscenza acquisiti in un contesto coperto da un metodo dialettico forte non possono, salvo eccezioni, assurgere a prova di cui ci si serve nel dibattimento.

La distinzione è stata peraltro accolta dalla Corte di Cassazione, la quale ha precisato, da un lato, che l'inutilizzabilità patologica inerisce gli 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); dall'altro, che l'inutilizzabilità fisiologica, in quanto funzionale ai peculiari connotati del processo accusatorio, impone al giudice di non utilizzare ai fini della deliberazione prove, pur assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle acquisite nel dibattimento, secondo l'art. 526 c.p.p. e con i correlativi divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p. Pertanto, essa opera soltanto ai fini del dibattimento.

La Corte ha inoltre precisato che, mentre nel primo caso il divieto di utilizzazione della prova non è sanabile nemmeno in virtù della mera richiesta dell'imputato di accesso al rito alternativo, essendo rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento a norma dell'art. 191 comma 2° c.p.p.; nel secondo caso, il vizio-sanzione può essere neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo, che fa assurgere a dignità di prova gli atti d'indagine compiuti senza le forme del contraddittorio dibattimentale, «paralizzando così l'operatività dell'ordinario regime d'impermeabilità della fase dibattimentale agli elementi di prova raccolti nella fase procedimentale delle indagini preliminari»⁸⁷.

⁸⁶ E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzazione degli atti*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, cit., pag. 523.

⁸⁷ Cass. sez. un., 30 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *Cass. pen.*, pag. 3259 ss.

A sostegno di tale tesi, una parte della dottrina ha rilevato che la disciplina dell'inutilizzabilità fisiologica rinviene oggi la sua *Grundnorm* negli artt. 111 comma 4° e 5° Cost. In particolare, l'art. 111 comma 4° Cost., nell'enunciare il principio del contraddittorio nella formazione della prova, dispone una previsione inedita (poi ripresa dall'art. 526 comma 1°-bis c.p.p.) in base alla quale la colpevolezza non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore⁸⁸.

Secondo questo orientamento, si tratterebbe di un'ipotesi di inutilizzabilità fisiologica, posta a tutela del contraddittorio in senso soggettivo nella misura in cui opera soltanto nei confronti dell'imputato che non ha potuto confrontarsi con l'accusatore, atteso che quest'ultimo può sottrarsi al confronto. Dall'altro lato, si tratta di una disposizione posta a tutela del contraddittorio in senso oggettivo giacché le suddette dichiarazioni non possono essere utilizzate come prove di reità, ma valgono esclusivamente come prove d'innocenza⁸⁹.

Beninteso, tali dichiarazioni potrebbero essere perfettamente valide e conformi alle norme che le disciplinano, ma non potranno essere utilizzate contro l'imputato che non ha avuto la possibilità di confrontarsi come richiesto dalla Costituzione. Quello che rileva dunque è la mancata attuazione del diritto al confronto facente capo all'imputato⁹⁰.

In ogni caso, se è vero che sussiste un legame prioritario tra contraddittorio e accertamento dei fatti, non è altrettanto vero che tale legame sia esclusivo⁹¹.

Così, quando il contraddittorio si rivela inattuale, inidoneo o fallace, è possibile in via eccezionale ricorrere ad altri strumenti per accertare i fatti. In questo quadro si inseriscono le

⁸⁸ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, Padova, 2007, pag. 35.

⁸⁹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 35.

⁹⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 35.

⁹¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 35.

deroghe previste dall'art. 111 comma 5° Cost., che certamente rappresentano delle eccezioni al principio del contraddittorio e, dunque, anche all'inutilizzabilità fisiologica. Si ritiene infatti che tale norma delinei con precisione i contorni della inutilizzabilità fisiologica, stabilendo le ipotesi che giustificano una deroga al contraddittorio nella formazione della prova: consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di condotta illecita.

La questione è particolarmente delicata se si considera la recente tendenza della giurisprudenza di dischiudere la strada ad una qualche forma di sanatoria dell'inutilizzabilità, ridimensionando e ammorbidendo il rigoroso regime fissato dall'art. 191 comma 2° c.p.p.⁹².

In particolare, secondo le Sezioni Unite, l'inutilizzabilità fisiologica può essere oggetto di negozi dispositivi (pensiamo al giudizio abbreviato, ma anche agli accordi relativi alla composizione del fascicolo dibattimentale) sicché, se da un lato, l'inutilizzabilità dell'atto anteriore compiuto *contra legem* resta sottratta alla disponibilità delle parti e va rilevata nonostante la richiesta del rito alternativo o l'assenso alla collocazione fra le carte del dibattimento; dall'altro, con riferimento all'ipotesi fisiologica, si ritiene esistente una sorta di inutilizzabilità "rinunciabile"⁹³. Ciò si verifica, ad esempio, allargando la portata applicativa dell'art. 491 del codice di procedura penale, che pone un termine entro il quale vanno eccepite alcune questioni preliminari, tra cui le «questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento».

Sulla base di ciò, si è ritenuto che la decadenza comminata all'art. 491 comma 2° c.p.p. non riguardi solo la composizione materiale del fascicolo per il dibattimento, ma coinvolga anche il divieto d'usare gli atti in esso illegittimamente inseriti⁹⁴. Si tratta, a ben vedere, di

⁹² M. L. Busetto, *La raccolta delle prove in dibattimento: temi sparsi e scorci giurisprudenziali nell'angolatura del giudice di pace*, in *Riv. pen.*, 2010, pag. 1220.

⁹³ Cass. sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, cit., pag. 2358.

⁹⁴ Cass., 7 ottobre 1999, Cotroneo, in *Guid. al dir.*, 2000, n. 2, pag. 108.

un'impostazione fortemente criticata dalla dottrina, in quanto sospinta dalle più recenti tendenze ad allargare gli spazi della negoziabilità anche nell'area della prova dibattimentale⁹⁵

4. Inutilizzabilità e “prove illecite”.

Finora si è definito l'oggetto dell'inutilizzabilità, avendo riguardo alla portata applicativa dell'istituto nelle varie fasi del procedimento, al variegato regime di utilizzabilità dei dati probatori predisposto dal legislatore, nonché ai principali criteri di individuazione dei divieti probatori che orientano il giudice nell'opera di verifica della legalità probatoria.

In questo paragrafo cercheremo di chiarire quali sono le fonti normative che regolano tali divieti. La tematica concernente l'utilizzabilità della prova presenta infatti delicati problemi di raccordo con altri rami dell'ordinamento, in particolare con le norme penali sostanziali e le norme costituzionali. Di qui l'esigenza di verificare, in primo luogo, se sono rinvenibili divieti probatori all'interno di norme extraprocessuali; in secondo luogo, se tali divieti si traducono in altrettanti limiti all'esercizio del potere istruttori.

La questione peraltro non è nuova⁹⁶. La tematica delle prove incostituzionali ha infatti formato materia di un acceso dibattito dottrinale, sviluppatosi soprattutto negli anni '60 e '70,

⁹⁵ M. L. Busetto, *La raccolta delle prove in dibattimento*, cit., pag. 1221.

⁹⁶ Già sotto la vigenza del codice Rocco, P. Nuvolone, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, cit., pag. 407, sottolineava che sul piano concettuale l'atto illegittimo, in quanto compiuto in violazione di un divieto esclusivamente processuale (ossia posto in funzione di interessi attinenti unitamente alla logica e alle finalità del processo) si differenzia dall'atto illecito, essendo questo il risultato della violazione di un divieto di natura sostanziale (ossia previsto essenzialmente in funzione dei diritti riconosciuti ai singoli dall'ordinamento indipendentemente dal processo, pur servendo, in via mediata, anche interessi processuali). Si veda anche G. Ubertis, *Riflessioni sulle prove vietate*, cit., pag. 708, il quale precisa che “prova illecita” o “vietata” è «una formula utilizzabile solo come abbreviazione per indicare il complesso procedimento attraverso il quale una circostanza – giudicata dal magistrato come probatoria – viene desunta dall'acquisizione al processo di un mezzo di prova inammissibile ovvero illecito (cioè: ammissibile, ma formato e/o acquisito in contrasto con norme del diritto penale sostanziale) e/o illegittimo (cioè: ammissibile, ma formato e/o acquisito in contrasto con norme del diritto

che però ha avuto paradossalmente l'effetto di "congelare" la questione, ancora oggi affrontata da una parte della dottrina all'interno delle stesse coordinate concettuali di allora⁹⁷. Si ha infatti la tendenza ad accostare il tema delle prove incostituzionali a quello delle prove illecite; ciò perché in uno dei saggi che più hanno influenzato i successivi sviluppi dottrinali⁹⁸, i due profili venivano trattati congiuntamente. Così facendo si è però finito per recepire la parte forse meno convincente di quell'opera⁹⁹. Non si può negare infatti il rapporto di subordinazione gerarchica che intercorre tra le norme penali sostanziali (così come le norme processuali) e le norme dettate dalla Costituzione. È preferibile dunque mantenere separate le due materie (prove "illecite" e prove "incostituzionali") al di là delle conclusioni che, a prima vista, potrebbero sembrare convergenti, ma che in realtà si fondano su argomenti almeno in parte diversi¹⁰⁰.

Nel presente capitolo affronteremo separatamente le due questioni, partendo dal tema delle prove illecite. Questo, da un lato, ci servirà a sciogliere gli ultimi nodi esegetici che ineriscono l'art. 191 c.p.p. nel punto in cui richiama i «divieti stabiliti dalla legge» senza tuttavia specificare quale debba essere considerata la legge portatrice del divieto; dall'altro, ci permetterà di comprendere le premesse logiche da cui muovono gli opposti schieramenti (i sostenitori del "male captum bene retentum" e quelli che accolgono la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato" li tratteremo più approfonditamente nel capitolo 2).

processuale penale) e viene successivamente posta, come premessa, alla base del processo inferenziale univoco costituente la prova».

⁹⁷ A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 1206

⁹⁸ Per l'osservazione riferita al testo circa l'influenza successiva a quella impostazione, si allude al saggio di F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 147.

⁹⁹ A. CAMON, *Le riprese visive*, cit., pag. 1206.

¹⁰⁰ A. CAMON, *Le riprese visive*, cit., pag. 1207. Si veda inoltre F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, pag. 236, nota 323, il quale sottolinea la necessità di tenere separati gli ambiti della prova illecita per contrasto con norme sostanziali ordinarie e della prova illecita per contrasto con norme costituzionali opportunamente distinguendo anche sul piano linguistico, prova illecita e prova incostituzionale.

Vedremo infatti che a seconda di come si risolve la questione relativa alle prove acquisite illecitamente o in violazione delle norme sancite dalla Costituzione, si perviene ad approdi ermeneutici diversi in tema di invalidità derivata. Ci limitiamo, in questa sede, ad anticipare che una delle premesse da cui muove l'orientamento contrario alla tesi del "male captum bene retentum" attiene alla ritenuta unità dell'ordinamento giuridico. Da questa angolatura, tale orientamento ritiene processualmente inammissibile ciò che per il diritto sostanziale è frutto di un illecito; sicché da una condotta riprovata sul piano sostanziale possono altresì discendere ulteriori conseguenze sul piano procedurale.

Dicevamo che già sotto il codice Rocco la questione era stata da più parti sollevata. In quel tempo, l'assenza di un appiglio normativo aveva tuttavia portato l'orientamento maggioritario ad escludere che la violazione di una norma penale sostanziale fosse in sé idonea a determinare l'inammissibilità della prova acquisita. A sostegno di ciò, in primo luogo, si sosteneva che «valutazioni sostanziali e processuali operano su due piani distinti che non interferiscono tra loro»¹⁰¹. D'altronde, una cosa è imporre l'obbligo ai consociati di astenersi dal commettere un fatto qualificato come reato, altra cosa è imporre al giudice di rifiutare l'ammissione di un determinato mezzo di prova. Delle due valutazioni normative, si diceva, l'una appartiene ad una prospettiva penale, l'altra sottintende l'esistenza di un limite operante sul piano probatorio¹⁰².

Posto dunque che le norme processuali e le norme penali regolano fenomeni diversi e non comunicanti, si riteneva, da un lato, che le qualifiche di ammissibilità e rilevanza siano formulate in base a criteri autonomi e processuali, in ogni caso, fuori da ogni riferimento ai paradigmi del diritto sostanziale¹⁰³; dall'altro, che l'eventuale illiceità del potere istruttorio nell'atto di

¹⁰¹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 63.

¹⁰² A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 178-179.

¹⁰³ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 149.

reperimento e raccolta del materiale probatorio possa assumere rilievo solamente su un piano disciplinare e penalistico.

A confermare la bontà di tale argomentazione, veniva riportato l'esempio del professionista qualificato che non si è avvalso del privilegio, ora riconosciuto dall'art. 200 c.p.p. (segreto professionale), rivelando senza giusta causa un fatto coperto da segreto con documento per l'assistito¹⁰⁴. In questo caso, veniva solamente riconosciuta la responsabilità del professionista per violazione dell'art. 622 c.p., mentre le sue dichiarazioni continuavano ad essere utilizzabili ai fini del processo.

Un altro settore di riflessione era quello relativo alle prove precostituite rinvenute illecitamente giacché in questo caso veniva sottolineato che le prescrizioni normative a mezzo delle quali si valuta l'attività di ricerca non configurano altrettanti limiti al potere d'acquisizione, come lo dimostra la disciplina del sequestro, caratterizzata da un assoluto disinteresse per il modo in cui la ricerca è stata condotta: il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti infatti devono essere sequestrate a prescindere alle modalità con cui sono state reperite¹⁰⁵.

Nonostante il mutato quadro legislativo, tale orientamento insiste ancora nell'affermare che la violazione di una norma sostanziale non possa far sorgere un divieto in capo al giudice di

¹⁰⁴ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 63 scriveva: «le valutazioni di inammissibilità, poiché investono un fenomeno processuale, non possono essere dedotte da fonti estranee alla legge del processo: soltanto una falsa prospettiva ha suggerito l'opinione che siano senz'altro inammissibili le prove ottenute o formate con un'azione illecita; l'equivoco sta nel postulare all'unisono, che non sempre ricorre, tra i giudizi a cui norme diverse assoggettano un medesimo atto. In particolare, tra le categorie dell'atto processuale illecito e dell'atto processuale inefficace, non sussiste un rapporto tale che la prima qualifica implichi la seconda: si pensi alla testimonianza illecita e cionondimeno rituale ed efficace, sul piano del processo con cui il professionista tradisce la fiducia svelando un segreto senza giusta causa».

¹⁰⁵ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 156. Inoltre, con specifico riguardo ai risultati delle ispezioni o delle perquisizioni compiute attraverso la consumazione di un illecito penale, si sottolinea – anche alla luce del codice attualmente vigente – la relativa utilizzabilità, non rilevando la contrarietà a norme di diritto penale sostanziale laddove manchino norme processuali che evocano limiti al potere istruttorio. L'esempio riportato da F. CORDERO, *Procedura penale* (1991), cit., pag. 616-617, è quello della perquisizione non ordinata dal magistrato ed eseguita dalla polizia giudiziaria in assenza dei presupposti di cui all'art. 352 c.p.p. L'unico effetto configurabile è la sottoposizione a procedimento penale dei perquirenti penalmente responsabili dell'abuso ai sensi dell'art. 609 c.p. Tale norma incrimina le perquisizioni personali abusive, ma non vieta i sequestri, nè l'ammissione o l'acquisizione delle cose pertinenti al reato eventualmente reperite.

utilizzare il risultato acquisito¹⁰⁶. A sostegno della perdurante attualità di tali conclusioni, si invoca il tenore letterale dell'art. 191 c.p.p., ritenendo che il legislatore non abbia usato il verbo “acquire” per ricollegare alla sanzione dell'inutilizzabilità le prove “scoperte” o “raccolte” grazie ad atti illeciti¹⁰⁷. Secondo questo orientamento, per “acquisizione” deve intendersi la sola attività interna al procedimento probatorio, finalisticamente orientata all'ammissione e assunzione della prova raccolta. Si osserva infatti che se il legislatore avesse voluto includere anche le prove illecite nell'area applicativa dell'art. 191 c.p.p. diversa sarebbe stata la *rubrica legis*, intitolata non già prove illegittimamente acquisite”, bensì “prove illecitamente acquisite”¹⁰⁸.

Sotto questo profilo, la prova illecita può dirsi utilizzabile a meno che alla violazione di una norma penale sostanziale non corrisponda una violazione procedurale, nel senso che l'ordinamento processuale non ripeta – esso medesimo – quel precetto, tramutandolo con ciò anche in un divieto di acquisizione.

Si continua pertanto a ripetere – anche dopo l'art. 191 c.p.p. – che affinché tali prove siano bandite dalla scena del processo non basta che l'attività di formazione dell'elemento probatorio abbia oltrepassato i confini del diritto penale sostanziale, essendo comunque necessario esigere la trasgressione di una norma processuale che imponga di escludere e di ignorare l'informazione in essa contenuta. Ciò si verifica ad esempio quando, oltre a una norma penale sostanziale, venga violata la libertà morale di un soggetto ai sensi degli artt. 188 e 189 c.p.p. Tali norme, infatti, trasferiscono la tutela sul piano processuale sotto forma di un divieto probatorio, con la conseguenza che – per tornare all'esempio del professionista – da un lato, la

¹⁰⁶ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 176 ss., sottolinea che la previsione generale di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. postula la violazione di un divieto di ammissione probatoria contenuto in una norma processuale avente la funzione di limitare il potere istruttorio del giudice: diversa, invece, è la funzione della norma penale sostanziale che comanda e vieta un certo comportamento lesivo di beni giuridici protetti.

¹⁰⁷ F. CORDERO, *Procedura penale* (2004), cit., pag. 599.

¹⁰⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, pag. 192.

testimonianza di chi ha “spontaneamente” violato il segreto professionale rimane ammissibile e di questa si può tener conto (senza pregiudizio per l’eventuale applicazione della sanzione penale); dall’altro, laddove la predetta testimonianza sia stata in qualche modo coartata, si può configurare, oltre all’illiceità, anche l’inutilizzabilità della prova stessa. Sulla scorta di tali considerazioni, si ritengono altresì processualmente inutilizzabili le dichiarazioni estorte con la violenza non già perché conseguenza di un reato, ma perché è lo stesso art. 188 a vietarne l’utilizzazione¹⁰⁹.

È bene, a questo punto, richiamare le principali argomentazioni a sostegno dell’orientamento positivo che, come vedremo nel prossimo capitolo, pare più incline a fornire una lettura estensiva del disposto di cui all’art. 191 c.p.p..

Questa seconda linea di pensiero attribuisce all’espressione “acquisizione”, ai fini dell’inutilizzabilità, un senso diverso rispetto a quello precedentemente indicato; se si considera infatti quanto espresso dalla Relazione al testo definitivo in ordine all’applicabilità delle disposizioni generali in tema di patologia della prova, comprendendo sia l’attività investigativa che quella decisoria, non pare doversi escludere l’esistenza di divieti probatori concernenti la fase in cui la prova è stata “scoperta” o “raccolta”.

In secondo luogo, la genericità stessa del dato letterale, nel punto in cui richiama i «divieti stabiliti dalla legge» non pare voler escludere che al di fuori del codice di rito si possa rinvenire un divieto. Non è specificato infatti quale legge debba essere portatrice del divieto, potendo lo stesso di fatto essere ricercato nei diversi rami dell’ordinamento giuridico¹¹⁰. Sotto questo profilo, non convince nemmeno il richiamo alla *rubrica legis* dell’art. 191 c.p.p., giacché

¹⁰⁹ G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., pag. 524.

¹¹⁰ A tal proposito, F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 63 rileva come, in caso contrario, si porrebbe all’assurdo di tutelare il vizio della prova meno grave, lasciando incustodita in situazioni ben più rilevanti la legalità in ambito probatorio. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, pag. 149 rileva che anche la norma penale incriminatrice realizza la tipica funzione di “vietare”.

espressioni come “illegittimamente”, “illecitamente”, “illegalmente”, “irritualmente” assumono significati tutt’altro che univoci¹¹¹.

Infine, si è detto che, al fine di salvaguardare la legalità in ambito probatorio, non può certo costituire un valido e sufficiente deterrente alla violazione dei diritti penalmente rilevanti la minaccia della sanzione penale o disciplinare. Inoltre, il differente trattamento previsto per un’azione illecita rispetto ad una lecita non può consistere nel solo fatto che nell’una ipotesi il soggetto che agisce è punibile, mentre nell’altra non lo è, ma deve riguardare anche il risultato dell’attività svolta.

Abbiamo visto che, allo stato attuale, il problema di verificare se «l’opera storiografica del giudice p[ossa] avvalersi di esperienze conoscitive costituenti il frutto immediato o remoto di un contegno riprovato»¹¹², emerso sotto la vigenza del precedente codice, non sembra aver trovato soluzione neppure all’interno del nuovo codice, nonostante l’espressa previsione di una sanzione volta a colpire le prove vietate.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha mostrato negli ultimi anni di interpretare in senso lato la formula «divieti stabiliti dalla legge», in modo da ricomprendere anche la legge penale: muovendosi all’interno di coordinate assai significative con riguardo al tema delle prove illecite (e incostituzionali), ha affermato – seppur in via incidentale – che la violazione di norme penali sostanziali può provocare la nullità di un atto e l’inutilizzabilità della prova¹¹³; con specifico riguardo all’art. 191 c.p.p., essa ha poi precisato che tale norma «ancora in via generale la sanzione dell’inutilizzabilità ai divieti stabiliti dalla legge», dovendosi pertanto ritenere superata «l’antica tesi che si basava su di una sorta di autonomia del diritto processuale

¹¹¹ M. NOBILI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, sub art. 191 c.p.p., coordinato da M. CHIAVARIO, vol. II, Torino, 1990, pag. 413, nota 20.

¹¹² F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 148.

¹¹³ Cass., 16 marzo 2000, Viskovic, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 2434: «Pur potendosi concordare sull’affermazione che anche la violazione di norme sostanziali possa provocare la nullità di un atto e l’inutilizzabilità di una prova [...]».

penale in relazione ai vizi della prova, che quindi possono trovare la loro fonte in tutto il *corpus* normativo a livello di legge ordinaria o superiore»¹¹⁴.

In un'altra pronuncia, sulla quale è opportuno qui soffermarsi, la Corte a Sezioni Unite è nuovamente tornata sul tema del prove illecite, questa volta effettuando rilievi più specifici e, come vedremo, inequivocabili.

Il caso concerneva un giudice che, chiamato a deporre come testimone in un processo penale, aveva rivelato il segreto della camera di consiglio. A tal proposito, in linea con l'orientamento tradizionale, si affermava che l'art. 201 c.p.p. vieta al pubblico ufficiale di rivelare il segreto d'ufficio, ma non impedisce al giudice o al pubblico ministero di acquisire la dichiarazione, ancorché penalmente illecita.

Sul punto la Corte è intervenuta, osservando in primo luogo che l'art. 201 c.p.p. impone ai titolari del segreto d'ufficio un obbligo di astensione dal deporre, distinguendosi dal corrispondente art. 351 del codice Rocco, il quale sanciva una semplice facoltà di astensione, nonché dall'attuale art. 200 c.p.p., che riconosce la facoltà di non deporre ai titolari del segreto professionale.

La Corte ha però dichiarato non condivisibile l'orientamento secondo cui «chi parla essendo obbligato a tacere commette un reato, ma la testimonianza vale» sul rilievo che la prova penalmente illecita non può considerarsi inutilizzabile se non è la legge a vietarne l'assunzione. A tal proposito, la Corte considera infatti ravvisabile un divieto nello stesso art. 201, essendo questo modellato nella forma di uno specifico divieto; inoltre ha precisato che se si considera la «genericità e omnicomprensività della formulazione del comma 1° dell'art. 191, la prova [...] oltre che illecita è anche invalida»¹¹⁵.

¹¹⁴ Cass., sez. un., 24 settembre 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 29.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3300 con nota di F. Peroni, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., in tema di segreto d'ufficio.*

Beninteso, anche a considerare non sussistente un divieto probatorio all'interno dell'art. 201, la prova frutto di un illecito penale, rappresentato in questo caso dalla rivelazione di segreto d'ufficio, non può essere utilizzata nel processo.

Da queste affermazioni la Corte dimostra così di voler prendere le distanze dall'orientamento negativo, precedentemente esaminato, ricollegando la sanzione dell'inutilizzabilità alle prove illecite anche in assenza di una specifica norma processuale. Gli effetti che tale pronuncia può avere sul processo penale sono significativi e senz'altro suscettibili di riflettersi al di là del caso esaminato: in quanto frutto di reato, potrebbero risultare inutilizzabili anche i documenti acquisiti mediante un furto o, per quello che a noi interessa maggiormente, le cose sequestrate in esito ad una perquisizione arbitraria *ex art. 609 c.p.* In relazione a quest'ultimo profilo, data la complessità del tema e la sua rilevanza nell'economia del presente lavoro, riteniamo opportuno compiere un rinvio al capitolo 2, in cui tratteremo più nel dettaglio il rapporto tra perquisizione e sequestro, prendendo in considerazione anche i possibili profili di illiceità concernenti l'attività di ricerca e scoperta di una fonte di prova.

Tornando alla pronuncia esaminata, l'orientamento più vicino al brocardo "male captum bene retentum" ha sottolineato come l'interpretazione suggerita dalle Sezioni Unite, rischia di aprire la strada all'inutilizzabilità delle prove non soltanto penalmente illecite, ma anche di quelle acquisite mediante un illecito civile o amministrativo. Il che farebbe sorgere un fondato dubbio di legittimità costituzionale, posto che fra l'interesse all'accertamento del fatto di reato, costituzionalmente rilevante e indubbiamente compromesso da una più estensiva previsione di limiti probatori, e quello non sempre costituzionalmente rilevante, tutelato dalla legge civile o amministrativa, sarebbe il secondo a prevalere¹¹⁶.

Si è inoltre precisato che – in linea con le argomentazioni già qui riferite in termini generali – all'obbligo "soggettivo" di non deporre, gravante sul testimone, non corrisponde un

¹¹⁶ Sul punto, si veda B. LAVARINI, *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Dir pen. proc.*, pag. 900.

divieto “oggettivo” di acquisizione della testimonianza, ma solo il divieto di costringere il teste a renderla, sicché se la deposizione è volontaria, la relativa acquisizione non deve essere preclusa¹¹⁷.

Non si può negare tuttavia che la soluzione avvalorata dalle Sezioni Unite trova un certo riscontro nel dato positivo, sia pure ad altro riguardo (ossia fuori dal campo del segreto di Stato). Si consideri in particolare il nuovo art. 240 c.p.p. (modificato dal decreto legge 22 settembre 2006, n. 259 e poi convertito in legge 20 novembre 2006, n. 281), che ha introdotto una disciplina in materia di intercettazioni illegali, in aggiunta a quella relativa ai documenti contenenti dichiarazioni anonime. Il comma 2°, in particolare, individua una nuova categoria di materiali costituiti da documenti, supporti, atti concernenti dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi al traffico telefonico e telematico, *illegalmente* formati o acquisiti, nonché da documenti formati attraverso la raccolta *illegale* di informazioni. I primi sono il risultato di attività illecita di spionaggio, i secondi sono invece frutto di attività di c.d. dossieraggio, consistente nella raccolta, in un unico documento, di informazioni carpite mediante abusivo accesso a banche dati o comunque illegittimamente acquisite, commettendo reati di interferenza illecita nella vita privata o in violazione di specifiche discipline sui segreti¹¹⁸.

Di tali atti è vietato estrarre copia in qualsiasi forma e il loro contenuto è inutilizzabile. Inoltre, il pubblico ministero deve disporre l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto e, entro quarantotto ore, deve chiedere al giudice per le indagini preliminari di deliberarne la distruzione all'esito di una udienza in camera di consiglio con contraddittorio facoltativo.

¹¹⁷ Tale opinione è sostenuta da F. CORDERO, *Procedura penale* (1991), cit., pag. 691.

¹¹⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale* (2010), cit., pag. 350.

Dall'altro lato, l'art. 240 comma 6° c.p.p. prevede che il giudice nel verbale di distruzione, dia atto dell'avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione *illecita* dei documenti e degli atti di cui al comma 2°, nonché delle modalità e dei mezzi usati, oltre che dei soggetti interessati, omettendo qualsiasi riferimento agli stessi.

Sul punto, vale la pena sottolineare che la distruzione dei *dossier* illegali è prevista anche se essi costituiscono «corpo del reato», a differenza di quanto è stabilito in relazione ai documenti anonimi del comma 1° dell'art. 240 c.p.p. È questo un profilo di particolare rilievo anche a fronte del diverso orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel *leading case*¹¹⁹, che esamineremo nel secondo capitolo.

Si tratta, a ben vedere, di un importante intervento normativo, approvato sull'onda di uno scandalo giudiziario dovuto ad una inchiesta su casi di spionaggio telefonico e dossieraggio abusivo effettuati nell'ambito di una nota società di telecomunicazioni. Si erano infatti scoperti numerosi casi di violazioni di sistemi di sicurezza dovute alle ripetute intromissioni di estranei, ma anche di alcuni dipendenti¹²⁰. La finalità dichiarata della suddetta normativa era quella di bloccare la fuga di informazioni e il rischio di processi mediatici che avrebbero prodotto effetti catastrofici, soprattutto nei confronti delle potenziali vittime dei reati di indebita ingerenza nella vita privata¹²¹. Tuttavia, si rileva come non fosse nelle intenzioni del legislatore tanto colpire i soggetti che avevano posto in essere quella condotta, quanto evitare che il “frutto” dell'attività illecita potesse trovare spazi di utilizzazione in sede processuale¹²².

Quello che a noi interessa, in questa sede, è soltanto sottolineare come lo stesso legislatore abbia voluto escludere valore probatorio anche alle prove raccolte illecitamente o

¹¹⁹ Cass., sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 3268.

¹²⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 94.

¹²¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 94.

¹²² F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 66.

«illegalmente». Non è controvertibile che il riferimento terminologico alla “prova illegale” finisca per travalicare i confini della c.d. prova illegittima. Eppure il legislatore sembra essere intervenuto con la decretazione d’urgenza poi convertita in legge proprio per affermare una forte istanza di legalità in ambito probatorio. Conferme in tal senso arrivano dal dato letterale: l’art. 240 comma 6° c.p.p. stabilisce che il giudice nel verbale di distruzione dia atto dell’*illecita* acquisizione o detenzione dei documenti, supporti e atti richiamati dal comma 2°; gli stessi che il legislatore qualifica come *illegali*¹²³. Di qui il rilievo circa l’esistenza di un’assonanza legislativa tra prova illecita e prova illegale.

In definitiva, la sanzione “rafforzata” dell’inutilizzabilità di cui all’art. 240 c.p.p. presuppone la violazione di un divieto di legge che può rintracciarsi all’interno di una norma penale sostanziale. Vengono in gioco in questo caso le norme penali che sanzionano l’illecita formazione, acquisizione o raccolta di informazioni “private” o “segrete” di cui all’articolo 615-*bis* ss. c.p., ma anche la normativa che disciplina l’acquisizione, raccolta e formazione di dati, prevista dal codice *privacy* (decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196)¹²⁴.

5. Inutilizzabilità e “prove incostituzionali”.

La questione relativa alla configurabilità della c.d. prova incostituzionale, per il fascino e l’ambiguità evocati dalla peculiare nomenclatura, da sempre costituisce un punto critico in materia di inutilizzabilità perché mette il sistema probatorio dinanzi ai suoi limiti strutturali e al tempo stesso perché espone interi settori del diritto delle prove a soluzioni casistiche

¹²³ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 111.

¹²⁴ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 114: « A ben vedere, lo scopo dell’intervento è stato quello di introdurre nel processo penale una norma che sanzionasse con la inutilizzabilità, oltre alla violazione delle fattispecie incriminatrici poste a tutela della riservatezza, anche le trasgressioni previste dalla recente disciplina relativa a tale bene giuridico. La stessa descrizione del materiale e delle condotte rilevanti, effettuata dall’art. 240 comma 2° c.p.p., è palesemente modellata sul codice *privacy*».

variamente giustificate¹²⁵. In proposito si è già rammentato che una linea interpretativa illustre, tributaria alla giurisprudenza nordamericana, richiamava tale categoria per escludere ogni prova formata o acquisita in violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. Si è inoltre ricordato come tale linea interpretativa abbia ricevuto un certo avallo in una nota sentenza della Corte Costituzionale, laddove si è stabilito che «le attività compiute in dispregio dei diritti fondamentali 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»¹²⁶.

Da tale pronuncia, tutt'ora considerata una pietra miliare nella storia della giurisprudenza della Consulta, è scaturita la categoria della prova incostituzionale. Con tale espressione si intende alludere a quella «prova assunta con modalità lesive dei diritti fondamentali del cittadino garantiti dalla Costituzione»¹²⁷.

Tale nozione peraltro, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, è stata più volte confusa con quella di prova illecita, benché quest'ultima presupponga la violazione di una norma penale sostanziale, mentre la prima la violazione di norme sancite dalla Costituzione¹²⁸.

¹²⁵ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 150.

¹²⁶ C. cost., 6 aprile 1973, n. 34.

¹²⁷ La definizione è di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche illegittime*, in *Giur. cost.*, 1973, pag. 341.

¹²⁸ Tale tesi è sostenuta da L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1549: «Quella categoria concettuale assorbe in una sintesi superiore, ben potendo condividere i caratteri dell'una o dell'altra, 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)». A sostegno della parziale autonomia concettuale tra le due categorie G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova*, cit., pag. 507: «Per un verso, un comportamento illecito potrebbe non essere ritenuto incostituzionale (testimonianza estorta con inganno), mentre un comportamento elusivo di garanzie costituzionali potrebbe non essere ritenuto illecito (omesso deposito della perizia). Per altro verso, può darsi una parziale sovrapposizione, nel senso che il concetto di illiceità della prova può configurarsi come specificazione di quello di incostituzionalità, o viceversa, a seconda delle prospettazioni. La scelta dell'angolo visuale comporta l'analisi, riferita all'ambito del processo penale, della possibilità o no che situazioni giuridiche soggettive costituzionali possano essere lese con comportamenti leciti».

Premesso ciò, è bene chiarire, fin dalle prime battute, che la tematica in oggetto non conosce una soluzione di diritto positivo, essendo tuttora materia interamente affidata al dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Spetta dunque all'interprete stabilire se e in che misura risulti ammissibile una prova, la cui acquisizione è avvenuta attraverso un'attività lesiva della sfera di libertà del cittadino¹²⁹.

Si tratta, come vedremo, di operare un corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico alla repressione dei reati e l'interesse alla tutela delle garanzie individuali, riconosciute dalla Costituzione e, al tempo stesso, di riconoscere portata precettiva e non meramente programmatica a tali norme¹³⁰.

A questo punto, si può partire dicendo che la questione in oggetto è stata per lungo tempo terreno di scontro tra due modi antitetici di concepire il procedimento probatorio: da un lato, una concezione "liberista" secondo cui tutte le prove che il codice non vieta devono considerarsi ammissibili; dall'altra, una concezione che rovescia l'idea-guida, stabilendo che laddove si incida su un diritto inviolabile e manchi una norma "permissiva", la ricerca probatoria è vietata¹³¹.

Secondo il primo orientamento, la validità di una prova deve essere verificata assumendo come parametro soltanto le norme processuali, atteso che i principi costituzionali non possono

¹²⁹ V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pag. 66

¹³⁰ A tal proposito CAPRIOLI ricorda che, nel primo caso, il vaglio di costituzionalità della norma processuale verrebbe ad operare come condizione di ammissibilità della prova analogamente a quanto avviene negli ordinamenti di *common law*, nei quali sono vigenti le *exclusionary rules*, inerenti alla violazione del *fairness of proceeding*. Nel secondo caso, si escluderebbe che una norma costituzionale possa produrre per via diretta effetti sulla vicenda processuale, in specie probatoria. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit., pag. 236. Si è anche detto che quest'ultima impostazione sarebbe l'unica compatibile con «il modello accentrato di giustizia costituzionale italiana»; sicché laddove ci si trova dinanzi ad un'acquisizione probatoria costituzionale illegittima, non vi sarebbe soluzione se non quella di attendere una declaratoria di incostituzionalità poiché ciò che si pone in contrasto con le disposizioni costituzionali non è la prova, ma la specifica norma processuale. C. MARINELLI, *Le "intercettazioni di immagini" tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, pag. 1270.

¹³¹ A. CAMON, *Le riprese visive*, cit., pag. 1206

trovare diretta applicazione¹³². Ciò significa che, in assenza di una norma interposta che tuteli il divieto costituzionale, non è possibile sanzionare l'atto di acquisizione dell'elemento di prova che rimarrà utilizzabile nel processo¹³³.

Per converso, l'orientamento più garantista muove dal rilievo che la disciplina probatoria, nel collocarsi in una zona di confine tra *substance* e *procedure*, finisce per acquistare un valore sovraordinato, impedendo che si generino in termini processuali contrasti afferenti le forme, le modalità e il procedimento di assunzione della prova, e in termini sostanziali contrasti afferenti il procedimento di formazione, la genuinità e l'acquisizione della prova¹³⁴. Ciò significa che norme probatorie con i correlativi divieti si possono rintracciare anche al di fuori del codice di rito, a maggior ragione nelle ipotesi in cui le modalità di formazione, ammissione e assunzione della prova si pongano in contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio che la Costituzione riconosce e assicura ad ogni individuo¹³⁵.

¹³² È questa la tesi sostenuta da F. CORDERO, *Procedura penale* (1987), cit., pag. 925, il quale afferma testualmente che «l'ammissibilità della prova si giudica secondo la legge comune e la validità della legge comune secondo la Costituzione»; ciò non tanto per questa, in astratto, «non possa contenere norme immediatamente operative di situazioni giuridiche o percettive», quanto perché, in concreto non ne contiene. ID, *Tre studi*, cit., pag. 153-154: «i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa; ma s'incorre in un salto logico, quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunga al punto di rifiutare, come processualmente irrilevante, ogni dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive».

¹³³ Secondo GALANTINI, poiché né la norma penale né la norma costituzionale possono fungere da contenitore di divieti ed atteso che i principi fissati dalla Costituzione vanno soltanto a proiettarsi a taluni divieti ad essi ispirati, ne consegue che l'illiceità può produrre effetti sanzionatori solo quando si converta in illegittimità processuale. N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pag. 699-700,

¹³⁴ L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1548.

¹³⁵ V. GREVI, nel commentare la pronuncia della Consulta n. 34 del 1973, afferma: «A ben vedere, il problema affrontato dalla Corte Costituzionale non è che un aspetto del problema di fondo dell'intero processo penale, imperniato sull'alternativa fra l'esigenza di raggiungere in ogni caso l'accertamento della verità e l'esigenza di assicurare, nel corso di tale accertamento, il rispetto delle libertà individuali garantite dalla legge. [...] La Corte ha nettamente riconosciuto carattere prioritario a questo secondo interesse, dando specifico rilievo all'esigenza di legalità che presiede al processo, particolarmente quando si tratti di osservanza della Costituzione. Ciò significa [...] un deciso rafforzamento del principio di legalità della prova anche a livello costituzionale, nel senso che le norme costituzionali dettate a tutela dei diritti inviolabili dell'individuo – e, quindi, nei loro aspetti “procedurali”, a tutela del suo diritto di difesa – devono assumersi come il primo parametro per la verifica della legalità degli atti di acquisizione probatoria. [...] La regola di esclusione delle prove “incostituzionali” affonda le sue radici [...] nella stessa consacrazione costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, intesa quale presidio contro

Beninteso, a prescindere dalla qualificazione dell'illecito e indipendentemente dalla presenza di specifici divieti enunciati nelle norme processuali si considera incostituzionale qualsiasi prova acquisita in contrasto con le garanzie fondamentali sancite dalla Carta Costituzionale nell'ambito del processo "equo" e "giusto"; sicché tutto ciò che la contrasti o la vanifichi è destinato ad essere colpito dalla medesima sanzione, purché idonea a privare di ogni effetto nel processo la prova viziata¹³⁶.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, si è discusso su un eventuale recepimento a livello legislativo della categoria della prova incostituzionale. Ciò sul rilievo che il *Progetto al nuovo codice di procedura penale* richiama esplicitamente la sentenza della Corte Costituzionale n. 34 del 1973, riconoscendo l'insufficiente tutela apportata dalla precedente normativa in ambito probatorio. Non va dimenticato infatti che l'intervento della Consulta era stato necessario sotto la vigenza del codice Rocco, in quanto mancava nel settore delle prove una sanzione che garantisse una tutela più pregnante rispetto alla nullità.

Tuttavia, come abbiamo ricordato in precedenza, non risulta così chiaro il significato e la portata dell'espressione «divieti stabiliti dalla legge» di cui all'art. 191 c.p.p. Di conseguenza, come per le prove illecite, si rende necessario tornare su tale disposizione per sciogliere quest'ulteriore nodo esegetico, seppur attraverso argomentazioni in parte diverse.

A tal proposito, in primo luogo, si è sottolineato che l'ampiezza stessa della formulazione di cui all'art. 191 c.p.p. non consente letture riduttive del vocabolo «legge», e che la norma costituzionale, seppur fonte sovraordinata, non può non essere considerata una legge. In caso contrario, si arriverebbe infatti all'assurdo di ritenere rilevante, ai fini della legittimità

il pericolo di condotte illegali provenienti non solo dai privati, ma soprattutto dagli organi dello Stato». V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, cit., pag. 341.

¹³⁶ A tal proposito, COMOGLIO invoca il tenore dell'art. 13 comma 3° Cost., norma che postula una sanzione così radicale, prevedendo la piena caducazione di effetti per quei provvedimenti provvisori di restrizione della libertà personale che l'autorità di polizia è legittimata a adottare in casi eccezionali e tassativi di necessità o di urgenza e che l'autorità giudiziaria non convalida entro 48 ore dalla comunicazione. L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1548.

probatoria, un divieto probatorio derivante da norme ordinarie, ed irrilevante quello che trae origine da uno specifico comando costituzionale posto a tutela di un diritto inviolabile¹³⁷.

Con soluzione analoga a quella accolta in tema di prove illecite, si è affermato in dottrina un orientamento che riconosce ancora l'esistenza della categoria delle prove incostituzionali, applicando ad esse la sanzione dell'inutilizzabilità. Si è sottolineato in proposito che l'art. 191 c.p.p. è norma in grado di comprendere tali prove attraverso una lettura estensiva dell'espressione «legge», facendovi rientrare anche la Carta fondamentale¹³⁸. A ciò si è aggiunto che il «divieto», cui fa riferimento l'art. 191 c.p.p. quale presupposto per l'applicazione dell'inutilizzabilità, è rinvenibile all'interno delle norme costituzionali che sanciscono l'invulnerabilità di alcuni diritti dell'individuo, ammettendo limitazioni nei soli «casi» e «modi» stabiliti dalla legge¹³⁹. In altre parole, laddove un atto acquisitivo risulti lesivo di un diritto fondamentale e non sia espressamente regolato dal legislatore nei «casi» e «modi», questo va considerato vietato, quindi inutilizzabile *ex art.* 191 c.p.p.

A tale impostazione si oppone l'orientamento negativo, il quale ribadisce che la Carta fondamentale rappresenta una tavola di valori che trova concreta attuazione a livello legislativo, stante la sua inidoneità a costituire fonte diretta di divieti processuali. Pertanto, la semplice violazione di un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato non comporta *ex se* l'inutilizzabilità del dato probatorio in assenza di una fonte legislativa che commini tale

¹³⁷ P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1548.

¹³⁸ G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., pag. 163, secondo il quale «[i]nterpretare la formula dell'art. 191 comma 1° c.p.p. nell'orizzonte esclusivo delle norme processuali rischia di circoscrivere, con una ingiustificata esegesi riduttiva, la portata del precetto legislativo, che appartiene, invece, ben più ampia e confluyente verso la protezione dell'essenza della prova».

¹³⁹ G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., pag. 165, afferma che «[n]el solco di questa impostazione l'inutilizzabilità va vista come la trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto, sì che la rappresentazione formale ed esplicativa più idonea che la contrassegna sotto il profilo assiologico – sia pure sinteticamente e con tutta l'inevitabile dose di genericità ed approssimazione implicita in ogni schematica generalizzazione – è quella di giudizio di riprovazione per l'illegalità costituzionale della prova».

sanzione. Si rende così necessaria una norma interposta che dia tutela al divieto costituzionale, rendendo applicabile in caso di trasgressione l'art. 191 c.p.p.¹⁴⁰.

La problematica relativa al riconoscimento delle prove incostituzionali è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza. In proposito, si è già accennato alla storica pronuncia della Corte Costituzionale¹⁴¹. Ad essa veniva chiesto di valutare la compatibilità della disciplina delle intercettazioni di conversazioni telefoniche rispetto al bene della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, riconosciuto dall'art. 15 Cost.

In quell'occasione la Corte, pur ammettendo la legittimità di tale disciplina, individuò nella norma costituzionale un preciso limite all'uso processuale di prove ottenute in spregio alle garanzie poste a tutela del diritto fondamentale. In particolare, essa ritenne che facendo valere a carico dell'interessato, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa e motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria sarebbe rimasta gravemente compromessa la libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost. Di conseguenza, un diritto riconosciuto e garantito come inviolabile dalla Costituzione sarebbe rimasto esposto a gravissima menomazione¹⁴².

Per queste ragioni, la Corte ricavava dall'art. 15 Cost. un vero e proprio divieto all'impiego processuale delle prove ottenute in spregio del precetto risultante dal comma 2° del medesimo testo.

Il principio è stato ribadito in un'altra pronuncia di poco successiva all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. La Corte ha infatti affermato che «non possono

¹⁴⁰ Secondo GALANTINI, «[p]remesso quindi che né la norma penale né la norma costituzionale possono fungere da contenitore di divieti e che, se mai, i principi fissati dalla Costituzione vanno soltanto a proiettarsi in taluni divieti ad essi ispirati, parrebbe doversi ribadire che l'illiceità può produrre effetti sanzionatori solo quando si converte in illegittimità processuale». N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pag. 699-700.

¹⁴¹ C. cost., 6 aprile 1973, n. 34.

¹⁴² C. cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit., pag. 337.

validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo»¹⁴³.

Il caso concerneva l'utilizzo nel processo di tabulati telefonici acquisiti, nel corso delle indagini preliminari, dal pubblico ministero senza le particolari garanzie previste dalla disciplina sulle intercettazioni telefoniche in ordine ai presupposti e ai limiti di ammissibilità e utilizzabilità. Alla Corte Costituzionale veniva chiesto quindi di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 266 ss., per contrasto con l'art. 15 Cost., nella parte in cui limitano alle sole operazioni di intercettazione del contenuto delle comunicazioni le garanzie procedurali, escludendo dalla sfera di tutela i tabulati telefonici.

In linea con il *dictum* del 1973, la Corte ha ricordato come all'interno delle disposizioni costituzionali – segnatamente dell'art. 15 Cost. – è fissato, seppur in forma non esaustiva, quel livello di garanzie minime della persona cui il legislatore è tenuto a dare attuazione, regolando i «casi» e «modi» in cui ammettere eventuali limitazioni dei diritti fondamentali. L'assenza di una puntuale disciplina che soddisfi tali requisiti rende ogni acquisizione probatoria, compiuta in violazione dei diritti sanciti dalla Costituzione, non consentita e, dunque, inutilizzabile.

Nella caso in esame la Corte, al fine di colmare la lacuna codicistica che avrebbe imposto di dichiarare sempre inutilizzabili le acquisizioni dei tabulati effettuate senza le garanzie richieste dall'art. 15 Cost., ha ritenuto che uno strumento idoneo allo scopo poteva rinvenirsi nell'art. 256 c.p.p. Tale norma, nel disciplinare il sequestro di documenti coperti da segreto professionale o d'ufficio poteva essere applicata all'ente gestore del servizio pubblico di telefonia, dando così attuazione per via legislativa alle garanzie di libertà e segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. Sotto questo profilo, la Corte ha ritenuto

¹⁴³ C. cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 731.

soddisfatto il livello minimo di garanzie richiesto dalla norma costituzionale per il tramite dell'art. 256 c.p.p., che esige la presenza di un atto dell'autorità giudiziaria e un'adeguata motivazione in ordine ai fini probatori concretamente perseguiti¹⁴⁴.

Merita un cenno anche la successiva pronuncia della Corte Costituzionale in tema di sequestro di scritti formati dall'imputato come appunti per facilitare la difesa durante l'interrogatorio¹⁴⁵. Nel caso di specie, due giorni dopo l'assunzione di un interrogatorio, il pubblico ministero ordinava la perquisizione della cella in cui si trovava la persona sottoposta alle indagini al fine di rintracciare e sequestrare alcuni appunti che questo si era preparato prima dell'interrogatorio. Si voleva in questo modo verificare se in detta documentazione fossero riportate circostanze diverse da quelle verbalmente riferite dall'indagato. Chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di riesame avverso il provvedimento di sequestro, il Tribunale sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 103 comma 6° c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di sottoporre o sequestrare gli scritti dell'indagato che servivano come appunti per facilitare la difesa negli interrogatori.

In quell'occasione, la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, precisando che il provvedimento di perquisizione e sequestro avrebbe dovuto essere annullato «non soltanto in applicazione delle norme che disciplinano la perquisizione ed il sequestro probatorio, ma anche per l'incidenza di principi costituzionali qui immediatamente applicabili in forza di un'interpretazione *secundum Constitutionem* degli artt. 247 e 253 c.p.p.»¹⁴⁶. La Corte ha infatti ricordato che tanto la perquisizione quanto il sequestro, non avendo ad oggetto nè il corpo di reato nè cose pertinenti al reato, sono da considerare

¹⁴⁴ In un'altra pronuncia, la Corte ha ribadito che la disciplina applicabile all'acquisizione dei "tabulati" era da rinvenirsi nell'art. 256 c.p.p., sia pure considerato un rimedio "di fortuna", nell'attesa che il legislatore provvedesse a disciplinare in modo organico la materia. C. cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 27 ss.

¹⁴⁵ C. cost., 18 giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 284.

¹⁴⁶ C. cost., 18 giugno 1998, n. 229, cit., pag. 285.

illegittimamente disposti; sicché ove l'interessato non avesse provveduto ad attivare il riesame, i documenti sequestrati sarebbero comunque risultati inutilizzabili per la parte concernente la tutela del diritto alla difesa personale, trattandosi di prove illecitamente acquisite. Non era dunque necessario, secondo la Corte, intervenire attraverso una sentenza additiva per colmare una presunta lacuna normativa, atteso che il provvedimento era di per sé contrario alle regole del processo e direttamente lesivo di principi costituzionali.

Veniamo così ad un'altra interessante pronuncia, questa volta in materia di prelievi ematici coattivi. Nel caso di specie, la Consulta era chiamata a valutare la legittimità dell'art. 224 comma 2° c.p.p. nella parte in cui consentiva al giudice per le indagini preliminari di disporre coattivamente – in sede di incidente probatorio per l'esecuzione di perizia ematologica – il prelievo ematico nei confronti dell'indagato senza determinare con carattere di tassatività i «casi» e i «modi» in cui era possibile procedere a tale prelievo. Sul punto il Giudice delle leggi ha rilevato che il prelievo ematico coattivo comporta una restrizione della libertà personale, tutelata dall'art. 13 Cost., rendendosi per ciò stesso necessaria una puntuale tipizzazione dei «casi» e «modi» in cui tale libertà può essere compressa e ristretta, in forza della riserva assoluta di legge. La Corte ha poi aggiunto che la generica disciplina dell'art. 224 comma 2° c.p.p. non permette di individuare i casi e i modi di eventuali operazioni peritali idonee a determinare una lesione della libertà personale.

Sulla base di ciò, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 224 comma 2° c.p.p. nella parte in cui consente misure restrittive della libertà personale finalizzate all'esecuzione della perizia, in particolare il prelievo ematico coattivo, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi e i modi in cui esse possono essere adottate. Tali misure sono da considerare vietate fino a quando il legislatore non interverrà attraverso una puntuale disciplina.

Preme tuttavia rilevare che con la sentenza in oggetto, la Corte si è discostata dalla tesi secondo la quale le prove incostituzionali risultano di per sé inutilizzabili, essendo rinvenibile all'interno delle norme costituzionali un divieto probatorio direttamente applicabile nel processo. Essa ha invece accolto l'orientamento secondo il quale, in assenza di una norma "interposta" che disciplini nei casi e nei modi un'attività limitativa dei diritti inviolabili – facendo emergere un divieto probatorio *ex art. 191 c.p.p.* – tali atti devono considerarsi "consentiti".

Per questa ragione, la Corte sarebbe intervenuta mediante declaratoria di incostituzionalità della norma impugnata, anziché limitarsi ad una mera sentenza interpretativa di rigetto. Non si è mancato di sottolineare in dottrina che la pronuncia della Corte è stata in parte determinata dalla posizione del diritto vivente, fermamente orientato a ritenere ammissibili i prelievi coattivi, pur in mancanza di una specifica regolamentazione. Di fronte a tale situazione interpretativa, il Giudice delle leggi ha dovuto quindi ricorrere allo strumento della declaratoria di incostituzionalità per mettere un punto fermo in materia¹⁴⁷.

Il tema delle prove incostituzionali e del regime processuale da applicare ad esse è stato più volte affrontato anche dalla Corte di Cassazione, che ha tendenzialmente riconosciuto l'operatività dell'art. 191 c.p.p. a fronte della lettura estensiva della locuzione «divieti stabiliti dalla legge»¹⁴⁸. Ha infatti dichiarato che all'interno della categoria delle prove sanzionate dall'art. 191 c.p.p. rientrano non soltanto le prove oggettivamente vietate, ma anche le prove acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla legge e, a maggior ragione quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Quest'ultima ipotesi sarebbe dunque 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,

¹⁴⁷ A. CAMON, *Le riprese visive*, cit., pag. 1210.

¹⁴⁸ G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011, pag. 158.

riconosciuti, cioè come intangibili dalla Costituzione. Non sarebbe pertanto necessaria una specifica norma processuale interposta, poiché il divieto di acquisizione è rinvenibile all'interno delle norme costituzionali ed è sanzionato dall'art. 191 c.p.p.

Sul punto occorre richiamare un'importante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in materia di acquisizione dei tabulati del traffico telefonico¹⁴⁹. Dal punto di vista teorico, le Sezioni Unite, in linea con il *dictum* della Corte Costituzionale¹⁵⁰, hanno ribadito che una prova incostituzionale è anche inutilizzabile in base all'art. 191 c.p.p.

A sostegno di ciò, la Corte ha precisato che «rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p., non solo quelle prove oggettivamente vietate, ma anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati in modo specifico dalla Costituzione, come nel caso degli artt. 13, 14 e 15, in cui la prescrizione dell'inviolabilità attiene a situazioni fattuali di libertà assolute, di cui è consentita la limitazione, solo nei casi e nei modi previsti dalla legge»¹⁵¹.

Dal punto di vista tecnico, le Sezioni Unite hanno poi accolto l'interpretazione della Corte Costituzionale, che considera applicabile in materia di tabulati telefonici la disciplina dell'art. 256 c.p.p. relativa al sequestro di documenti coperti da segreto. Si è voluto in questo modo “salvare” tali acquisizioni, ritenendo soddisfatte le garanzie minime richieste dall'art. 15 Cost.

¹⁴⁹ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, cit., pag. 465.

¹⁵⁰ C. cost., 11 marzo 1993, n. 81.

¹⁵¹ Il problema risulta in parte superato, giacché la materia rinviene una specifica regolamentazione nel codice della *privacy* (art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, mod. da ultimo dal d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005 n. 155) che regola espressamente sia i dati relativi al traffico telefonico sia quelli relativi al traffico telematico, esclusi i contenuti delle comunicazioni. Per un approfondimento, C. CONTI, *L'accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 180 ss.

In altre due pronunce¹⁵² – seppur in via incidentale – le Sezioni Unite hanno ribadito che l'art. 191 c.p.p. è applicabile anche alle prove incostituzionali, trattandosi di «prove come tali colpite dalla patologia irreversibile dell'inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempra divieti espliciti al loro impiego nel procedimento»¹⁵³.

Un discorso a parte va fatto in relazione all'ammissibilità delle videoriprese nel processo penale, trattandosi di una tra le questioni più controverse in materia di prova incostituzionale. In particolare, è con riferimento alle videoriprese effettuate in luoghi di privata dimora che il tema della prova incostituzionale è stato oggetto di plurimi interventi giurisprudenziali e di un ampio dibattito scientifico.

Per sgomberare il campo da possibili equivoci, è bene dunque chiarire che non sussistono dubbi in ordine alla legittimità delle riprese video di fatti accaduti in un luogo pubblico o aperto al pubblico. In relazione a questi si ritiene non venga in questione alcuna lesione dei diritti costituzionali, sicché l'atto è da considerarsi utilizzabile talora alla stregua di una prova atipica *ex art. 189 c.p.p.*, talaltra come prova documentale *ex art. 234 c.p.p.*

Consolidata in giurisprudenza è altresì l'opinione secondo cui sono utilizzabili le videoregistrazioni di comportamenti aventi carattere comunicativo avvenuti in luoghi di privata dimora; trattandosi, infatti, di captazioni di comunicazioni, sia pure in forma non verbale, esse sono assoggettate alla disciplina delle intercettazioni tra presenti *ex art. 266 comma 2° c.p.p.*¹⁵⁴.

¹⁵² Si allude a Cass., sez. un., Sala, cit., pag. 3268; Cass., sez. un. 8 maggio 2000, D'Amurri, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 2595.

¹⁵³ Cass., sez. un., 8 maggio 2000, D'Amurri, cit., pag. 2596.

¹⁵⁴ La distinzione tra registrazioni di atti comunicativi e non comunicativi si deve a Cass. Sez. VI, 10 novembre 1997, Greco, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 1188. In quell'occasione, la Suprema Corte affermò che le video-riprese domiciliari costituiscono una nuova forma di intercettazione. D'altronde, l'art. 226-*quinquies* del codice abrogato, poneva un divieto, pena la nullità insanabile, di tener conto di notizie o immagini procurate con indebite intromissioni nel domicilio. Ciò non era confermato nel nuovo codice, sicché in dottrina si riteneva implicita l'ammissibilità di tali strumenti. Riconduce le riprese degli atti comunicativi all'interno della disciplina prevista per le intercettazioni ambientali *ex art. 266 comma 2° c.p.p.*, C. cost. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, pag.

Opinioni contrastanti si registrano invece in ordine all'ammissibilità delle videoriprese di comportamenti non comunicativi che si svolgono in luogo di privata dimora, attività investigativa che va coordinata con la tutela della riservatezza del domicilio apprestata dall'art. 14 comma 1° Cost., nonché dagli artt. 614 e 615 *bis* c.p..

Un primo orientamento ha fatto rientrare le registrazioni di atti comunicativi all'interno della disciplina delle intercettazioni ambientali attraverso una interpretazione analogica. Per quanto riguarda le registrazioni di atti non comunicativi, vale a dire quegli atti non diretti alla intenzionale trasmissione di messaggi, l'orientamento in questione, pur considerandole un mezzo atipico di ricerca della prova, ha ritenuto l'art. 189 c.p.p. inidoneo a soddisfare le garanzie minime richieste dall'art. 14 Cost. Ne consegue che le registrazioni di atti non comunicativi effettuate in ambienti privati sono inutilizzabili, stante il limite «insormontabile» sancito dalla Costituzione¹⁵⁵.

2176. Ad ogni modo, la distinzione tra atti comunicativi e non comunicativi, se in teoria appare chiara, nella pratica solleva diversi dubbi. Parte della dottrina ritiene sufficiente, per poter configurare un atto comunicativo, una condotta che attesti un «minimo di relazione dialogica tra i soggetti ripresi»; per altri, invece, è necessario un comportamento finalizzato a trasmettere un messaggio tramite simboli, gesti o espressioni fisiognomiche. Tutti gli altri comportamenti dovrebbero ritenersi non comunicativi. Non è chiaro tuttavia dove devono collocarsi quegli atti costituiti da parole o gesti non rivolti ad alcuno, ma comunque espressione di un pensiero. Un ulteriore problema è costituito dal fatto che la telecamera, anche se piazzata con lo scopo di riprendere solo i comportamenti comunicativi, non è in grado di selezionare questi ultimi. La soluzione consiste dunque nell'obbligatoria distruzione delle registrazioni di atti non comunicativi, ma la lesione della libertà domiciliare risulta già avvenuta. Per un approfondimento, G. TABASCO, *Corte Costituzionale e video riprese di condotte non comunicative: ancora dubbi e perplessità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, pag. 241;

¹⁵⁵ Cass., 10 novembre 1997, Greco, cit., pag. 1188. Il caso riguardava captazioni visive effettuate di nascosto dalla polizia giudiziaria all'interno dell'abitazione di una persona indagata per il reato di associazione a delinquere finalizzata al traffico degli stupefacenti. L'operazione era stata realizzata dagli investigatori previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, ed in base al provvedimento attuativo del pubblico ministero. A causa dell'elevato numero dei soggetti che frequentavano l'appartamento, si era ritenuta necessaria l'installazione congiunta di microspie e di strumenti di ripresa visiva che consentissero l'individuazione dei partecipanti al traffico illecito. Intervenuta quale giudice dell'impugnazione nel corso del procedimento incidentale *de libertate*, la Corte ha affrontato la problematica, distinguendo le riprese visive concernenti atti comunicativi da quelle aventi ad oggetto comportamenti non diretti alla trasmissione del pensiero. Il giudice di legittimità ha così assimilato le captazioni visive intradomiciliari alle intercettazioni ambientali per la parte in cui attestavano lo scambio di messaggi tra persone, in qualunque modo realizzato, in viva voce o tramite gesti. Per tutto il resto, cioè in relazione alla captazione di mere immagini di comportamenti non volti a comunicare si è negata l'applicazione del regime normativo concernente le intercettazioni e si è così statuita l'inutilizzabilità delle relative immagini. Per un approfondimento, G. DI PAOLO, *“Tecnologie del controllo” e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008, pag. 200.

Un secondo orientamento, “tagliando corto” sui possibili distinguo tra atti comunicativi e non, ha considerato la videoregistrazioni domiciliari alla stregua di uno strumento investigativo innominato. Secondo questa linea di tendenza, le riprese visive sono inquadrabili all’interno della disciplina delle prove atipiche giacché l’art. 189 c.p.p. è applicabile sia ai mezzi di ricerca della prova che ai mezzi di indagine non previsti dalla legge. I risultati di tali riprese rientrano invece all’interno della disciplina prevista per le prove documentali, vale a dire dell’art. 234 comma 1° c.p.p. Ne discende che materiali ottenuti dalle riprese visive, compresi quelli raccolti in ambienti tutelati dall’art. 14 Cost., sono utilizzabili purché sia rispettato il livello minimo di garanzie consistente in un atto motivato dell’autorità giudiziaria¹⁵⁶.

In definitiva, l’art. 189 c.p.p., nel combinato disposto con la disciplina della prova documentale, consente l’ingresso nel processo di tale mezzo di ricerca della prova, a prescindere dal fatto che la video ripresa domiciliare abbia ad oggetto comportamenti comunicativi o meno¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cass., 16 marzo 2000, Viskovic, cit., pag. 87. La Corte è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla captazione di immagini all’interno di spazi chiusi in altro un procedimento per il reato di associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti. Il problema si poneva in relazione ad alcuni filmati eseguiti di nascosto dalla polizia all’interno della *toilette* di un locale pubblico, dove si presumeva avvenisse la cessione delle sostanze stupefacenti. L’installazione della telecamera, in questo caso, era avvenuta in assenza di un qualsiasi provvedimento autorizzativo da parte dell’autorità giudiziaria, avendo la polizia agito di propria iniziativa. La Corte, dopo aver qualificato il bagno del locale pubblico come “domicilio” a norma dell’art. 14 Cost. e degli artt. 614 e 615-*bis* c.p., ha dichiarato l’inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto. Preme rilevare che la Corte ha colto l’occasione per inaugurare un nuovo indirizzo interpretativo, affermando che i risultati delle riprese domiciliari costituiscono prove atipiche e sarebbero utilizzabili se eseguite in osservanza del livello minimo di garanzie previsto dall’art. 14 Cost., vale a dire l’atto motivato dell’autorità giudiziaria. Si è così passati da un’apertura minima ad un’apertura totale nei confronti dello strumento investigativo in esame, essendo posta quale unica condizione di ammissibilità l’atto motivato dell’autorità giudiziaria. In dottrina vedi G. DI PAOLO, “*Tecnologie del controllo*” e *prova penale*, cit., pag. 202 ss.

¹⁵⁷ L’indirizzo della Corte di Cassazione ha ottenuto diverse critiche in dottrina. Si è sottolineato, in particolare, che la dissociazione tra l’attività di ripresa e i suoi risultati rende contraddittorio il duplice riferimento agli artt. 189 e 234 c.p.p. «non solo perché una categoria escluderebbe l’altra, rendendo impossibile l’ibridazione, ma anche in quanto la formazione del filmato nell’ambito dell’attività di indagine renderebbe inconfidente il richiamo alla prova documentale, impedendo di collocarlo tra gli atti del procedimento». G. DI PAOLO, “*Tecnologie del controllo*” e *prova penale*, cit., p. 204. In quanto atti del procedimento, le videoriprese non possono essere ricomprese nella categoria dei documenti, perché questi costituiscono prova formata al di fuori del procedimento.

Richiamiamo, infine, il terzo orientamento, che ha fatto rientrare le videoriprese di comportamenti non comunicativi, eseguite nel domicilio, all'interno della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni di cui all'art. 266 c.p.p.¹⁵⁸.

Come era prevedibile, la questione è stata sottoposta alla Corte Costituzionale e alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Quanto alla prima, occorre anzitutto richiamare una sentenza interpretativa di rigetto con la quale si è voluto tracciare un significativo inquadramento alla materia¹⁵⁹. A tal proposito, il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 189 e 266-271 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 14 Cost., nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti, nei luoghi di privata dimora, alle videoriprese effettuate nei medesimi luoghi.

In quell'occasione, il Giudice delle leggi, pur argomentando a sostegno della legittimità costituzionale delle videoriprese eseguite in ambito domiciliare, ha fissato una serie di importanti linee guida per risolvere la controversa problematica. Ad essa veniva chiesto, in primo luogo, se la captazione di immagini dovesse essere considerata una forma di limitazione alla inviolabilità del domicilio diversa ed ulteriore rispetto a quelle previste dall'art. 14 Cost.

Infine, veniva esclusa la possibilità di inquadrare le videoriprese fra le prove atipiche. Si rileva, a tal proposito, che l'art. 189 c.p.p. ammette la prova atipica solamente se essa, oltre a risultare idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti, non pregiudichi la libertà morale della persona. Le videoriprese realizzate nel domicilio, allora, proprio perché lesive della libertà domiciliare non possono risultare inammissibili. Peraltro, dovendo la prova atipica essere ammessa dal giudice, dopo aver sentito le parti sulle modalità di assunzione della prova, ed atteso che le videoriprese costituiscono prova precostituita sulla quale non è logicamente possibile garantire un contraddittorio anticipato delle parti, esse non potrebbero essere ricondotte alla previsione dell'art. 189 c.p.p. L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, pag. 96.

¹⁵⁸ Cass. pen., 1 dicembre 2003, Puggioni, in *CED* n. 228274.

¹⁵⁹ C. Cost., 24 aprile 2002, n. 135, cit., pag. 2176. Il caso concerneva un procedimento avente ad oggetto delitti di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione. In esso il giudice per le indagini preliminari aveva autorizzato – anche ai sensi dell'art. 266 comma 2 c.p.p., qualora il luogo fosse rientrato negli ambienti coperti dalle garanzie di cui all'art. 614 c.p. – l'intercettazione di comunicazioni tra presenti all'interno di un locale notturno. L'operazione era stata effettuata attraverso una micro-telecamera e gli esiti erano stati quanto mai fruttuosi, atteso che i dati visivi raccolti riproducevano rapporti sessuali fra le ballerine e i clienti.

Una linea interpretativa aveva infatti posto in rilievo che l'art. 14 Cost., nel menzionare solamente le ispezioni, le perquisizioni e i sequestri, finiva per escludere le videoriprese dalla sfera applicativa di tale norma. Si sosteneva pertanto che l'inviolabilità prevista dalla disposizione sovraordinata rendesse prevalente l'interesse alla tutela del domicilio su qualsiasi interferenza (pubblica) diversa da quelle normativamente ammesse, costituendo queste ultime un *numerus clausus*¹⁶⁰.

A tale conclusione non è pervenuta la Corte Costituzionale, la quale per contro ha affermato che il catalogo delle attività processuali descritte nell'art. 14 comma 2° Cost. idonee a recare pregiudizio non deve essere considerato tassativo, essendo suscettibile di ampliamento. In proposito, ha precisato che gli atti ivi richiamati – ispezioni, perquisizioni, sequestri – costituiscono limitazioni dell'inviolabilità «storicamente radicate e positivamente disciplinate» all'epoca della redazione della Costituzione.

In definitiva, tale elencazione non può dirsi tassativa dal momento che il legislatore costituzionale non poteva prevedere forme d'intrusione del domicilio divenute attuali per effetto dei progressi tecnologici successivi.

Sulla scorta di tali argomentazioni, la Corte Costituzionale ha proclamato la legittimità delle captazioni di atti comunicativi all'interno del domicilio, ritenendo che le stesse non sono vietate in modo assoluto dalla norma costituzionale ricordata.

Una volta riconosciuta l'ammissibilità *in abstracto* delle videoriprese nel domicilio, il Giudice delle leggi ha provveduto ad una puntuale qualificazione giuridica delle stesse, così da individuare la disciplina processuale ordinaria regolante i «casi» e i «modi». A tal proposito, nel richiamare la distinzione fra le riprese di atti comunicativi e le riprese di atti non comunicativi, ha ricollegato le prime alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni fra

¹⁶⁰ Così G. AMATO, Commento all'art. 14, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Rapporti civili, Artt. 13-20, Bologna-Roma, 1977, 62.

presenti, ponendo in rilievo che la differenza consiste nello strumento tecnico di intervento, rappresentato da riprese visive di messaggi. In questo modo, però ha finito per spostare il parametro normativo di riferimento del giudizio di legittimità costituzionale dall'art. 14 all'art. 15 Cost., potendo così giustificare l'applicazione analogica delle garanzie normative della disciplina in tema di intercettazioni ambientali, dettate a presidio della inviolabilità, della libertà e riservatezza di ogni forma di comunicazione. Viceversa, la captazione di immagini non comunicative costituisce, secondo la Corte, una limitazione del domicilio priva di una espressa regolamentazione legislativa.

La Corte ha poi aggiunto che tale attività potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie dell'art. 14 Cost., ferma restando, per l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l'opportunità di un riesame complessivo della materia.

La Corte non ha tuttavia chiarito quali siano le conseguenze giuridiche di un'eventuale captazione di immagini non comunicative in ambito domiciliare. Essa infatti si è limitata a dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, affermando la riconducibilità delle video riprese, di per sé non vietate in maniera assoluta dalla Carta Costituzionale, alla disciplina delle intercettazioni tra presenti, laddove le operazioni in esame abbiano ad oggetto un'operazione di trasmissione di messaggi tra più soggetti.

Tale reticenza ha indotto una parte della dottrina a negare valore probatorio alle videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi captati in ambito domiciliare, facendo riferimento alla categoria della prova incostituzionale. Si tratterebbe infatti di prove che comportano una violazione del diritto all'intimità domiciliare non espressamente regolata, nei suoi casi e modi, dal legislatore ordinario¹⁶¹. Accogliendo tale lettura, la Corte avrebbe dovuto

¹⁶¹ Così CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e "intercettazione per immagini"*, cit., pag. 2197; G. DI PAOLO, *"Tecnologie del controllo" e prova penale*, cit., pag. 213; A. TABASCO, *Corte costituzionale e video riprese di condotte non comunicative: ancora dubbi e perplessità*, cit., pag. 238.

quindi dichiarare l'inutilizzabilità di tali captazioni, in quanto logica conseguenza della ritenuta incostituzionalità di quello strumento investigativo.

Dall'altro lato, si è autorevolmente rilevato che «finché l'art. 189 non sia dichiarato illegittimo “nella parte in cui” non esclude prove ottenute con interferenze indebite nella vita privata domestica, niente osterà all'uso processuale del documento fotografico o cinematografico [...]. Corte Costituzionale 24 aprile 2002 nega che dall'art. 14 comma 2° sia arguibile un divieto istruttorio»¹⁶².

Nella complessità del quadro interpretativo così delineato, sono successivamente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel tentativo di fornire un contributo innovativo proteso a colmare la lacuna normativa in materia¹⁶³. Se, da un lato, si è accolta l'interpretazione che riconduce alla disciplina delle intercettazioni tra presenti l'attività di captazioni di comportamenti comunicativi; dall'altro, in relazione alle videoriprese di comportamenti non comunicativi, i Giudici di legittimità hanno ribadito, in primo luogo, che tali riprese non subiscono limiti di sorta nel caso in cui abbiano ad oggetto fatti e accadimenti avvenuti in spazi pubblici, ossia in luoghi ove non si dispiega alcuna attività costituente manifestazione della vita privata e rispetto ai quali il soggetto agente non è titolare di uno *ius excludendi alios*. Esse infatti rientrano tra gli atti di indagine atipica della polizia giudiziaria o del pubblico ministero, e non richiedono un provvedimento dell'autorità giudiziaria, potendo essere eseguiti *motu proprio* in sede di investigazioni preliminari. Pertanto sarà applicabile, in questo caso, l'art. 189 c.p.p., relativo all'ammissione di prove non previste dalla legge.

¹⁶² F. CORDERO, *Procedura penale* (2006), cit., pag. 855.

¹⁶³ Cass. sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 6. Nel caso in esame, il pubblico ministero aveva autorizzato l'esecuzione di operazioni di ripresa visiva all'interno di un locale pubblico in cui si sospettava avvenisse un'attività di sfruttamento della prostituzione. Le telecamere erano state in grado di riprendere anche quanto avveniva all'interno dei *privés* posizionati all'interno del locale, in cui i clienti si appartavano abitualmente con le ragazze. La sezione rimettente, ritenendo che tali luoghi fossero protetti dall'art. 14 Cost., chiedeva alle Sezioni unite di pronunciarsi sull'ammissibilità o meno di tali riprese, non rientranti nella categoria degli atti comunicativi.

Quanto ai luoghi non pubblici, la Corte ha invece ripreso la distinzione già proposta da altra pronuncia delle sezioni semplici, tra «luogo adibito a privata dimora» o domicilio e «spazi riservati»¹⁶⁴. Muovendo da questa angolazione, la Corte, pur ammettendo una certa difficoltà nel circoscrivere la nozione di domicilio in senso penalistico, ha precisato che, per un verso, l'art. 14 Cost. accoglie un concetto di domicilio più ampio di quello desumibile dall'art. 614 c.p.; per l'altro, esso non può esser esteso fino a comprendere qualsiasi luogo dove sono tutelate la riservatezza e l'intimità delle persone che vi accedono. Di conseguenza, ciò che caratterizza il domicilio non è soltanto il diritto del titolare di escludere terzi soggetti, ma anche l'esistenza di una «stabile relazione» che intercorre tra il luogo e la persona che se ne serve, così che il primo rimanga connotato dalla personalità del secondo, sia o meno questi presente¹⁶⁵. Sotto questo profilo, solo il carattere di stabilità può trasformare un luogo in un domicilio nel senso di fargli acquistare un'autonomia rispetto alla persona che ne ha la titolarità e rendere operativo il precetto costituzionale.

Ne discende che, secondo la Corte di Cassazione, sono «luoghi riservati», ma privi del carattere di stabilità necessario ad attribuire loro la natura di privata dimora, le *toilettes* dei pubblici esercizi o le salette in locali pubblici, i c.d. *privés*, rispetto ai quali non è pertanto efficace la tutela apprestata dall'art. 14 Cost. Ad essi non si applica quindi la disciplina delle intercettazioni, essendo sufficiente un rinvio all'art. 189 c.p.p., ferma restando la necessità di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

Per quanto riguarda le videoriprese effettuate nei luoghi di privata dimora, la Corte, in linea con la precedente pronuncia della Consulta, ha ribadito che, in assenza di una espressa disciplina legislativa dei «casi» e dei «modi» dell'intrusione, si debbano considerare non consentite. Ed è proprio in relazione al regime giuridico da applicare ai risultati

¹⁶⁴ Cass., 10 gennaio 2003, Mostra, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 1305.

¹⁶⁵ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, Prisco.

probatori di tali videoriprese che la Corte fornisce un'interpretazione inedita. In particolare, dopo aver ribadito con fermezza che l'art. 191 c.p.p. riguarda in linea di principio le prove tipiche e non atipiche, ha ritenuto prospettabile in ordine alle videoriprese effettuate nel domicilio una valutazione in termini di ammissibilità ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

Ad avviso della Corte, non è pertanto necessario risolvere in via preliminare la questione relativa all'applicabilità della sanzione dell'inutilizzabilità con riguardo alle prove incostituzionali o illecite, giacché la soluzione passa attraverso l'interpretazione dell'art. 189 c.p.p. che, ai fini dell'ammissione di una prova atipica, esige che su di esso non emergano dubbi di legittimità delle attività compiute per acquisirla materialmente al processo. È opportuno quindi interrogarsi sulla loro ammissibilità, prima ancora che sulla loro utilizzabilità¹⁶⁶.

A tal proposito, le Sezioni Unite sottolineano che «se si fa corretta applicazione dell'art. 189, le videoregistrazioni acquisite in violazione dell'art. 14 Cost., devono considerarsi inammissibili». Tale norma infatti, nel combinato disposto con l'art. 190 comma 1° c.p.p. – che impone al giudice di escludere le «prove vietate dalla legge» – «presuppone logicamente la formazione lecita della prova e soltanto in questo caso la rende ammissibile».

Si deve pertanto concludere che «i risultati di tali riprese non possono essere acquisiti come prova atipica e, come logico corollario, che tale criterio di giudizio è destinato ad orientare in senso negativo la valutazione che, come nel caso in esame, il giudice è chiamato ad esprimere in merito alla possibilità di “utilizzare” siffatto materiale probatorio nella fase procedimentale».

Il passaggio conclusivo delle Sezioni Unite offre una serie di interessanti spunti di riflessione. In primo luogo, si chiarisce una volta per tutte l'effettiva portata applicativa dell'art. 189 c.p.p.,

¹⁶⁶ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, Prisco. Si afferma che «[...] non possono considerarsi ammissibili come prove atipiche le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi effettuati in ambito domiciliare [e] non occorre però prendere posizione sul dibattito relativo agli effetti che la violazione delle norme costituzionali di garanzia può avere sull'attività probatoria prevista dal codice di rito, né stabilire se la sanzione dell'inutilizzabilità attenga solo alla violazione dei divieti stabiliti dalla legge processuale o riguardi anche la violazione di norme costituzionali o di altri rami dell'ordinamento e segnatamente di quello penale (come per le intrusioni nell'ambito domiciliare potrebbe prospettarsi con riferimento all'art. 615-bis c.p.)».

norma pensata in origine dal legislatore quale organo respiratore al fine di consentire un adattamento automatico del processo all'evoluzione scientifica.

Guardando al suo contenuto, tale norma riconosce l'ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge, purchè idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti, senza pregiudicare la libertà morale della persona. Spetta al giudice, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova, provvedere all'ammissione. Fuori da tali ipotesi, le prove atipiche sono vietate.

Essa rientra tra le disposizioni generali del Libro terzo in materia di prova e, pertanto, si applica sia ai mezzi di prova che ai mezzi di ricerca della prova; sicché si ritiene superata l'obiezione dottrinale secondo la quale l'art. 189 c.p.p. non si applicherebbe agli atti di indagine preliminare, stante l'impossibilità di configurare quel contraddittorio preventivo richiesto dalla norma, che consiste nella previa audizione delle parti in ordine alle modalità di assunzione della prova prima che il giudice, con ordinanza, decida sulla richiesta di ammissione¹⁶⁷.

Tale obiezione può essere infatti agevolmente superata attraverso una interpretazione adeguatrice della norma stessa: ove venga in rilievo un mezzo di ricerca della prova atipico, anziché ricorrere ad un contraddittorio anticipato sulla sua ammissione nel corso delle indagini preliminari, è sempre possibile realizzare nel dibattimento un contraddittorio successivo sulla utilizzabilità degli elementi acquisiti¹⁶⁸. Il che trova un'ulteriore conferma nella pronuncia delle

¹⁶⁷ L'opinione è di G. RICCIO, *Presentazione*, in A. FURGIELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, pag. XII. Dello stesso avviso GALANTINI: «nel caso in cui l'atto sia già stato compiuto, la norma non potrebbe operare, in quanto essa non pare riferirsi alla prova preconstituita che debba essere introdotta nel processo, bensì alla prova che deve essere ammessa "sentite le parti sulle modalità di assunzione"». N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 213.

¹⁶⁸ Così G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., pag. 45. L'opinione è sostenuta anche da CAMON: «[...] la norma opera in due modi diversi: rispetto alle prove da formare nel dibattimento, il giudice dovrà sentire le parti affinché queste propongano le modalità acquisitive ritenute preferibili; l'organo giurisdizionale poi stabilirà il procedimento d'assunzione tenendo conto dei vari suggerimenti. Invece, rispetto alle conoscenze (atipiche) raccolte, nella fase delle indagini preliminari [...] il contraddittorio dibattimentale fra le parti non potrebbe evidentemente servire da ausilio al giudice, per guidarlo nel fissare le regole di un procedimento d'assunzione... già esaurito: in tal caso, il dibattito sulle modalità di formazione della prova assumerebbe il senso di una valutazione ed eventualmente di una critica del procedimento seguito dagli investiganti: ove il giudice, sulla base delle argomentazioni delle parti, si convincesse che l'*iter* d'assunzione non garantisce un risultato probatorio attendibile sotto il profilo gnoseologico, rifiuterebbe l'ammissione della prova, ritenendola non "idonea ad assicurare

Sezioni Unite, laddove si riconosce l'ammissibilità come prove atipiche delle videoriprese di comportamenti non comunicativi effettuate dalla polizia in luoghi pubblici o esposti al pubblico¹⁶⁹.

Detto ciò, è da ritenersi superato anche l'orientamento che interpreta l'art. 189 c.p.p. – nella parte in cui statuisce che le prove non disciplinate dalla legge non debbano violare la «libertà morale» – come norma che preclude l'accesso alle prove incostituzionali al processo.

Come ribadito dalla dottrina penalistica più accreditata, la libertà morale si considera lesa ogniqualvolta l'individuo sia posto nell'impossibilità di agire liberamente. Si tratta infatti di una applicazione del principio generale, stabilito dall'art. 188 c.p.p., secondo cui non possono essere utilizzati tecniche o metodi probatori «idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

In tal senso, la libertà morale corrisponde alla libertà di autodeterminazione, intesa come facoltà critica di scelta. Manca, invece, un riferimento alla sfera fisica dell'individuo. L'apparente omissione è giustificata dalla circostanza che la libertà personale, intesa come libertà da coercizioni fisiche è già adeguatamente tutelata dalle norme sovraordinate dalla Carta Costituzionale.

In definitiva, il riferimento alla libertà morale risulta pregnante e peculiarmente autonomo nella misura in cui garantisce l'autodeterminazione della persona laddove vengano utilizzati mezzi di persuasione occulta che però non violano l'integrità fisica del soggetto, ma incidono sulla sua libertà di scelta. In questo senso, l'art. 189 c.p.p. fissa un limite assoluto all'ammissibilità di ogni dato conoscitivo assunto in dispregio della dignità umana.

l'accertamento dei fatti". Solo così si potrebbe "adattare" ad un atto a sorpresa una norma – l'art. 189 – che intesa alla lettera sembrerebbe richiedere un contraddittorio anticipato». A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine*, cit., pag. 1195. Vedi anche C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 160; L. FILIPPI, *L'home watching*, cit., pag. 92.

¹⁶⁹ Cass. sez. un., 28 luglio 2006, Prisco.

Pertanto, ad un primo approccio, il limite della libertà morale previsto dall'art. 189 c.p.p. non pare idoneo ad escludere l'ingresso processuale di mezzi di prova o di ricerca della prova atipici e lesivi dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Occorre peraltro tenere presente che la Costituzione, nel momento in cui riconosce taluni diritti inviolabili, impone una riserva assoluta di legge in ordine ai «casi» e ai «modi» attraverso i quali i diritti possono essere limitati. Con questo, non si vuole ipotizzare l'incostituzionalità dell'art. 189 c.p.p. nella misura in cui consentirebbe l'ingresso di prove atipiche lesive dei diritti fondamentali senza regolare i casi e i modi dell'assunzione probatoria¹⁷⁰. In realtà, proprio perché tale norma non contiene simili indicazioni, si ritiene la stessa inadatta ad ammettere acquisizioni probatorie lesive dei diritti fondamentali. Lo impone peraltro un'interpretazione conforme alla Costituzione¹⁷¹. Ciò trova conferma nella pronuncia delle Sezioni Unite, laddove si stabilisce che una corretta interpretazione dell'art. 189 c.p.p. rende inammissibile una prova atipica acquisita in violazione dell'art. 14 Cost.

Pertanto, l'art. 189 finisce per assumere «[...] le sembianze di una disposizione a due volti, che ammette e respinge, accoglie ed esclude: da un lato una norma “d'apertura” che fa entrare nel processo strumenti conoscitivi non regolati; dall'altro una norma “di chiusura” che sbarra la strada ad ogni procedimento probatorio»¹⁷².

Tuttavia, le Sezioni Unite, pur dando atto della problematica, non hanno preso una posizione netta sul tema delle prove incostituzionali. È questa la principale critica che viene posta, giacché si ritiene che la Corte, pur qualificando le riprese visive come «attività che la legge vieta», non ha poi specificato la “legge” a cui fare riferimento¹⁷³.

¹⁷¹ G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., pag. 62.

¹⁷² Cass. sez. un., 28 luglio 2006, Prisco.

¹⁷³ G. DI PAOLO, *“Tecnologie del controllo” e prova penale*, cit., pag. 222: «In sostanza il giudice di legittimità si astiene dal prendere posizione tanto sulla questione dell'attuale validità del sistema delle “prove incostituzionali”, quanto sui dubbi interpretativi correlati all'art. 191 c.p.p. e, in particolare, sulla questione se i divieti probatori a cui

Posto che tale parametro di liceità non è rinvenibile all'interno del codice di rito, si deduce che questo possa essere rintracciato solamente nella Costituzione, più precisamente nell'art. 14; con la conseguenza che, per stabilire l'inammissibilità delle riprese domiciliari di atti non comunicativi, si devono richiamare comunque i precetti costituzionali, facendo riemergere la questione relativa alla prova incostituzionale¹⁷⁴.

Beninteso, per quanto la polemica sulle prove incostituzionali possa sembrare logora, perché irrigidita in una contrapposizione tra schieramenti, che ha esplorato fino in fondo ogni argomento a supporto di una determinata posizione, si rende inevitabile una scelta: «quali siano le ricadute processuali della violazione d'un precetto di rango costituzionale è questione che non può essere aggirata»¹⁷⁵.

fa riferimento tale disposto siano soltanto quelli previsti nelle norme processuali, oppure possano essere desunti anche dai precetti costituzionali o da altri rami dell'ordinamento (come quello penale)».

¹⁷⁴ Così A. CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e dubbi nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 1560; G. DI PAOLO, "Tecnologie del controllo" e prova penale, cit., pag. 225-226: «Nel complesso sembrerebbe che la Corte ricolleggi l'illiceità di tali strumenti investigativi alla violazione delle garanzie costituzionali, in quanto le operazioni di ripresa realizzerrebbero una compressione della libertà domiciliare in mancanza di una specifica disciplina normativa, invece resa necessaria dalla riserva di legge di cui all'art. 14 Cost. [...] Quale che sia la fonte dell'illiceità, resta il fatto che interpretando l'art. 189 c.p.p. nel senso di escludere che la prova atipica possa consistere in (o essere frutto di) un'attività "vietata dalla legge", le Sezioni Unite hanno finito per sancire la rilevanza processuale, tramite la "mediazione" dello stesso art. 189, a parametri extraprocessuali, di diritto sostanziale o di livello costituzionale. Il che [...] sembra difficilmente conciliabile con l'atteggiamento di *self-restraint* [...] posto che una simile operazione ermeneutica comporta quel "passaggio di piani" – dalla Costituzione al codice di rito, oppure dal diritto sostanziale al diritto processuale – che si era detto di voler evitare».

¹⁷⁵ A. CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale*, cit., pag. 1561. Dello stesso avviso, TABASCO: «[...] il Supremo Collegio allarga la nozione di atipicità e ritiene che il mezzo di prova possa considerarsi atipico solamente laddove esso non sia basato su una attività che la legge vieta. In altri termini, il divieto posto dall'art. 14 Cost. costituisce, di per sé, una forma di disciplina delle videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi effettuate in ambito domiciliare, pertanto esse non possono essere acquisite come prove atipiche, ovvero non possono fare ingresso nel quadro conoscitivo del giudice ai sensi dell'art. 189 c.p.p. Tuttavia, in tal modo, si ripresenta il tema della prova incostituzionale che Sezioni Unite volevano accantonare. Allorché venga affermato che le riprese domiciliari a carattere non comunicativo siano proibite, e, pertanto, inammissibili, sarà necessario stabilire quale sia la fonte del divieto. Essa viene individuata nell'art. 14 Cost., che "disciplina" la materia. Quindi, la Carta fondamentale è fonte diretta della illegittimità dell'attività di videoregistrazione in ambito domiciliare, poiché proibisce l'attività medesima. Il tema della prova incostituzionale, a questo punto, non appare affatto accantonato». G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., pag. 152, nota 23.

In questo quadro sembra inserirsi una recente pronuncia della Corte Costituzionale, emanata a seguito di un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Varese a mezzo della quale si è nuovamente sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 266 comma 2° c.p.p. per contrasto con gli artt. 13, 14 e 15 Cost., nella parte in cui non estende la disciplina delle intercettazioni tra presenti a qualsiasi captazione di immagini in luoghi di privata dimora¹⁷⁶.

La Corte Costituzionale, nel ribadire l'indirizzo tracciato con la precedente sentenza del 2002, ha confermato l'inammissibilità delle riprese di comportamenti non comunicativi effettuate all'interno del domicilio. A parere del Giudice delle leggi, in mancanza di una norma che consenta e disciplini l'attività investigativa nel domicilio, soddisfacendo la riserva di legge e di giurisdizione che l'art. 14 comma 2° Cost. richiede, l'intrusione visiva deve ritenersi vietata, in quanto lesiva dell'inviolabilità nel domicilio, come stabilito dal comma 1° dello stesso articolo; mentre i risultati di tali riprese vanno considerati inutilizzabili.

È evidente la presa di posizione della Corte sul tema delle prove incostituzionali. Essa, infatti, ritiene che nel momento in cui un precetto fondamentale riconosce come inviolabili alcuni diritti del cittadino, ammettendo limitazioni nei «casi» e nei «modi» stabiliti dalla legge, per ciò stesso tale precetto individua dei veri e propri divieti probatori. Nell'affermare ciò, la Corte richiama il suo precedente storico, nella parte in cui stabilisce che le «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»¹⁷⁷. Ne consegue che gli atti probatori acquisiti in violazione dei diritti fondamentali sono vietati e i risultati, come abbiamo visto, sono inutilizzabili.

¹⁷⁶ C. cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, pag. 957-958. Nel caso di specie la polizia, nel corso di un'indagine in materia di stupefacenti, aveva effettuato una serie di riprese visive all'interno di un'abitazione utilizzando una videocamera collocata su un edificio adiacente all'abitazione stessa e puntata sul davanzale di una finestra.

¹⁷⁷ C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, cit., pag. 328.

In definitiva, alla luce delle pronunce fin qui esaminate, emerge il tentativo da parte della giurisprudenza di supplire all'inerzia del legislatore, offrendo una regolamentazione in tema di videoriprese che tenga conto dei limiti e divieti stabiliti dalla Costituzione. Muovendo da questa angolazione, l'orientamento maggioritario ritiene che laddove si voglia introdurre nel processo una prova non prevista dalla legge, è necessario anzitutto valutare se questa possa rientrare all'interno della disciplina che regola una prova tipica, ricorrendo a un'interpretazione analogica che non sia *in malam partem*. Ove questo non risulti possibile, occorre allora verificare se a tale prova si possa applicare l'art. 189 c.p.p., fermo restando che tale disposizione non consente l'impiego di prove lesive dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione. L'art. 189 c.p.p. rimane infatti una norma priva di indicazioni in merito ai «casi» e «modi» che consentono eventuali limitazioni dei diritti inviolabili. Lo suggerisce un'interpretazione conforme a Costituzione.

Ne discende che la prova, in questo caso, è incostituzionale e i risultati non possono essere utilizzati nel processo. A conferma di ciò, non è necessario tuttavia questionare sulla diretta operatività o meno delle norme costituzionali o sull'effettiva portata applicativa dell'art. 191 c.p.p. (di cui la Corte Costituzionale nell'ultima sentenza qui analizzata non fa menzione) poiché è già implicito nel sistema il principio che vieta l'utilizzo di acquisizioni probatorie lesive dei diritti fondamentali, in assenza di una specifica «norma permissiva». Abbiamo visto in precedenza che l'attuale assetto codicistico è ispirato al principio di legalità probatoria e non consente al giudice di esercitare il libero convincimento oltre i confini della valutazione, così da giustificare la libera acquisizione di ogni conoscenza utile al raggiungimento della verità.

CAPITOLO SECONDO

INVALIDITÀ DERIVATA IN MATERIA DI PROVE? RAPPORTO FRA PERQUISIZIONE E SEQUESTRO.

1. “Male captum bene retentum” e teoria dei “frutti dell’albero avvelenato”

introduzione al problema, origini storiche e spunti comparatistici.

Nel precedente capitolo abbiamo tracciato un quadro generale dell’istituto dell’inutilizzabilità, cercando di definire la natura, l’oggetto e i limiti della sua applicazione. Nel far ciò, siamo partiti dall’individuazione delle principali norme che regolano l’istituto, soffermandoci poi su alcune questioni interpretative rimaste irrisolte nell’attuale disciplina.

Abbiamo quindi cercato di definire la natura dell’inutilizzabilità, mettendo a confronto i due principali orientamenti che si sono formati su questo tema: da un lato, chi considera l’inutilizzabilità una forma di invalidità dell’atto processuale, paragonabile alla nullità; dall’altro, chi considera l’inutilizzabilità una semplice regola di condotta rivolta al giudice, che ricorda l’inammissibilità del codice previgente.

Abbiamo poi chiarito il significato e la portata di alcune espressioni utilizzate dal legislatore negli artt. 191 e 526 comma 1° c.p.p. La qual cosa ci ha permesso di sottolineare che l’inutilizzabilità si applica non solo in presenza di divieti di ammissione, ma anche di assunzione, in tutte le fasi del procedimento.

Si è inoltre sottolineata la poliedricità dell’istituto, elencando le diverse *species* di inutilizzabilità e i loro limiti di applicazione. Il che ha messo in rilievo la necessità di elaborare una serie di criteri di individuazione dei divieti probatori, nelle ipotesi in cui il legislatore non ha espressamente indicato la sanzione dell’inutilizzabilità. Sul punto la Corte di Cassazione a

Sezioni Unite ha precisato che divieti di legge non sono soltanto quelli espressamente indicati dal legislatore, ma anche quelli derivanti dalla mancanza di condizioni o presupposti che consentono di rendere operativa una fattispecie probatoria.

Infine, si è ricordato che la tematica concernente l'utilizzabilità delle prove presenta delicati problemi di raccordo con altri rami dell'ordinamento, in particolare con le norme penali sostanziali e le norme costituzionali; si discute infatti se siano rinvenibili divieti probatori all'interno delle norme extraprocessuali. Abbiamo quindi verificato se l'art. 191 c.p.p. può essere interpretato in modo tale da comprendere anche le prove illecite e incostituzionali, riportando i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto delineatisi.

Non ci resta, a questo punto, che affrontare un'ultima questione: se nell'attuale assetto normativo è rinvenibile una norma che disponga in merito al fenomeno della propagazione del vizio. Ci si chiede, in particolare, se all'interno del codice del 1989 vi siano tracce di un possibile recepimento dell'istituto dell'inutilizzabilità derivata.

A tal proposito, si è già avuto modo di ricordare che tale problematica ha visto contrapporsi in dottrina e in giurisprudenza due opposti schieramenti: da un lato, chi nega la possibilità che tra acquisizioni probatorie si possa instaurare un vincolo di dipendenza giuridica tale da consentire all'illegittimità dell'una di incidere sull'altra, accogliendo quindi la tesi del "male captum bene retentum"; dall'altro, chi afferma che anche le acquisizioni probatorie possono entrare a far parte di un complesso procedimento, esattamente come accade per gli atti processuali, cosicché eventuali vizi di un atto a contenuto probatorio possono influire su quelli successivi, minando se del caso l'intero procedimento. Abbiamo visto che quest'ultimo orientamento si rifà alla nota teoria dei "frutti dell'albero avvelenato", prendendo spunto dagli interessanti rilievi offerti dalla giurisprudenza nordamericana degli anni '20.

Beninteso, in questo capitolo ci occuperemo del fenomeno della propagazione del vizio nel campo probatorio. Nel far ciò, partiremo da una breve analisi delle due soluzioni proposte,

ponendo in rilievo come la contrapposizione tra “male captum bene retentum” e teoria dei “frutti dell’albero avvelenato” nasconda in sé radici più profonde. Essa infatti si colloca all’interno di un più ampio dibattito incentrato sul tema dell’ammissibilità delle prove illecite e incostituzionali nel processo penale.

Si è visto nel precedente capitolo che già sotto il codice Rocco, dottrina e giurisprudenza si erano confrontate a più riprese sul tema dell’acquisizione delle prove frutto di un contegno illecito. In quell’occasione, abbiamo ricordato che l’orientamento maggioritario attribuiva rilevanza processuale a tali prove, facendo leva su una incontrovertibile autonomia tra processo e sostanza, tra valutazioni di inammissibilità e di illiceità. Si sottolineava infatti che ogni limitazione in tema di ammissibilità e uso della prova può essere fatta «sulla base di criteri endoprocessuali, fuori da ogni riferimento a paradigmi di diritto sostanziale»¹⁷⁸. Di conseguenza, la diagnosi di ammissibilità e rilevanza della prova non può che svolgersi nel rispetto delle norme processuali, esplicitamente formulate dal legislatore, ovvero enucleabili dal sistema. Pertanto, l’inammissibilità di un apporto istruttorio, sorretta da un contegno illecito, non può costituire «il risultato di una reazione dell’ordinamento alla condotta *contra jus*», stante l’assenza «d’un singolo limite probatorio più o meno esplicito»¹⁷⁹.

A tali conclusioni erano pervenuti anche i commentatori d’oltre confine. La questione infatti aveva fornito materia per un’accesa disputa tra i processualisti tedeschi della prima metà del secolo: c’era infatti chi riteneva non configurabile un rapporto di corrispondenza tra le due valutazioni, partendo dall’assunto che i fenomeni del processo si risolvono in un mondo chiuso, separato dal diritto sostanziale; sicché il ricorso stesso al concetto di «conformità al diritto»,

¹⁷⁸ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 149

¹⁷⁹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 149

estraneo al diritto processuale, non è sufficiente a far discendere l'inammissibilità di un atto processuale dall'illiceità dello stesso¹⁸⁰.

Su questa posizione si attestava anche la giurisprudenza inglese, affermando la rilevanza processuale di una prova, a prescindere dall'origine lecita o illecita, purché risultassero osservati i requisiti di *relevancy* e *admissibility*¹⁸¹. In proposito, si invocava il c.d. principio di acquisizione, a fronte del quale l'ammissione di una prova non può essere in alcun modo influenzata dall'illiceità o illegittimità del mezzo attraverso il quale la parte che se ne avvale l'abbia in concreto ottenuta; prevale, infatti, l'esigenza di ricerca della verità, intesa come fine primario del processo e, pertanto, la questione di inammissibilità può eventualmente porsi qualora l'attività illecita abbia contribuito a «mutare artificiosamente la realtà delle cose, fuorviando il giudice dalla sua fedele ricostruzione»¹⁸².

Detto ciò, all'interno di questo dibattito veniva affrontata anche la questione dell'incidenza delle prove illecite sulle acquisizioni successive. Si discuteva, in particolare, sulla possibilità di rendere applicabile nel campo probatorio il principio sancito dall'art. 189 comma 1° del codice Rocco, in base al quale «la nullità di un atto, quando è dichiarata, rende nulli quelli consecutivi che da esso dipendono».

Il problema veniva posto soprattutto in relazione al rapporto tra perquisizione e sequestro. Ci si chiedeva infatti se fosse ammissibile il sequestro preceduto da una perquisizione illegittima o illecita, cioè compiuta in violazione di una norma processuale o una norma penale sostanziale.

La questione veniva lucidamente affrontata in uno degli scritti che più ha influenzato la dottrina negli sviluppi successivi, trovando peraltro un ampio riscontro

¹⁸⁰ J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, pag. 291

¹⁸¹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 155.

¹⁸² Per un approfondimento, L.P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, in *Studi nelle scienze giuridiche sociali*, XXXIX, Pavia, 1967, pag. 271

in sede giurisprudenziale. Ci si riferisce al noto saggio¹⁸³ di Franco Cordero sul tema delle prove, in cui è stato compiutamente esaminato il rapporto tra perquisizione e sequestro e da cui è disceso il fortunato brocardo latino: "male captum bene retentum".

Con tale espressione l'autore ha inteso affermare la non operatività del meccanismo dell'invalidità derivata di cui all'art. 189 comma 1° del codice Rocco, sul rilievo che tra i due atti non vi è alcun vincolo di dipendenza giuridica, per cui l'illegittimità del primo non può incidere sul secondo. Di conseguenza, sono sequestrabili le cose oggetto di precedente perquisizione illegittima o illecita.

Sul punto torneremo più approfonditamente nei prossimi paragrafi. Ci interessa qui rilevare che il principio in oggetto ben si presta a quel modo di pensare il processo orientato alla ricerca della verità, che favorisce l'acquisizione del dato conoscitivo avente utilità euristica, a prescindere dalle modalità con cui questo è stato raccolto, e riconosce in capo al giudice il più ampio esercizio del libero convincimento, travalicando i confini della valutazione. Sotto questo profilo, il "male captum bene retentum" sembra affermare l'esistenza di una vera e propria *servitus iustitiae* cui assoggettare qualsiasi porzione di materiale idoneo a fornire al giudice un contributo conoscitivo, prescindendo da ogni altra considerazione di ordine tecnico-giuridico¹⁸⁴.

Sul fronte opposto, una parte della dottrina italiana, prendendo spunto da una prassi emersa all'inizio del secolo scorso e progressivamente consolidatasi nella giurisprudenza delle corti nordamericane, assumeva un approccio diverso al tema delle prove illecite, nonché alla loro incidenza sulle acquisizioni successive.

La necessità di sollecitare un'inversione di tendenza in ordine al problema della utilizzabilità processuale dei risultati dell'attività investigativa poco ortodossa era avvertita da

¹⁸³ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 156.

¹⁸⁴ R. MAGI, *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, in *Arch. pen.*, 1992, pag. 70.

questa parte della dottrina che, nel denunciare la tendenziale bulimia conoscitiva del giudice in forza del libero convincimento, mirava a ricercare soluzioni più garantiste.

Considerata la natura dei beni aggrediti, nonché l'esigenza di salvaguardare l'attendibilità del dato conoscitivo nel rispetto dei diritti costituzionalmente riconosciuti, si è pensato in un primo momento di porre un freno al libero convincimento del giudice, allargando i confini normativi dell'invalidità della prova, sul rilievo che l'illiceità dell'atto acquisitivo non possa giustificare l'utilizzo a fini decisori dell'eventuale risultato¹⁸⁵.

Tale orientamento negava infatti alle prove illecitamente acquisite una qualsiasi rilevanza processuale, riconoscendo un principio di corrispondenza tra sostanza e processo, tra inammissibilità e illiceità. Il giudizio di ammissibilità e rilevanza delle prove – si affermava – non può prescindere dal rispetto delle norme extraprocessuali e, in particolare, delle norme penali sostanziali.

Successivamente, sulla scia dell'esperienza nordamericana – nell'ambito della quale, anche in virtù del disposto del IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, la giurisprudenza aveva elaborato un'autonoma nozione di *unconstitutionality* degli elementi di prova *illegally obtained*¹⁸⁶ – tale orientamento dottrinale rafforzava la propria posizione, riconoscendo all'interno della Costituzione italiana divieti probatori direttamente applicabili nel processo penale e limitativi del potere di ammissione del giudice.

¹⁸⁵ A tal proposito, P. NUVOLONE scriveva che «il diritto processuale ha una sua autonomia, ma l'ordinamento giuridico non è fatto a compartimenti stagni; e quindi gli istituti processuali ricevono la loro qualificazione anche da altri rami dell'ordinamento giuridico» P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, cit., pag. 474. Tale argomentazione veniva accolta – seppur in modo parziale – dallo stesso F. CORDERO, il quale ammetteva come fosse implicita l'esistenza di un potere-dovere del giudice di ignorare le prove, il cui procedimento acquisitivo appariva inficiato da violenza morale. F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 152.

¹⁸⁶ R. MAGI, *Atti di investigazione e invalidità derivata*, cit., pag. 73, Vale la pena richiamare ancora una volta la sentenza del caso *Weeks v. United States* (1914) in cui la Corte Suprema americana arrivò ad affermare l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione del IV Emendamento della Costituzione; sicché da tale norma, la Corte Suprema ha poi dedotto l'esclusione processuale delle prove acquisite in violazione dei predetti diritti dell'individuo. Pertanto, nell'ottica del bilanciamento tra opposti interessi rilievo costituzionale – rappresentati dalla repressione del crimine e dalla tutela dei diritti dei singoli – la Corte Suprema ha finito per privilegiare quest'ultima, accogliendo la soluzione più liberale.

Il problema dell'utilizzabilità delle prove nel processo veniva così affrontato, facendo leva su alcuni precetti costituzionali, in particolare sugli artt. 13, 14 e 15 Cost. Con la conseguenza che ogni prova che l'organo giudiziario o un privato si fosse procurato attraverso una condotta lesiva di un diritto costituzionalmente garantito, per ciò stesso sarebbe risultata inammissibile¹⁸⁷.

A sostegno di ciò, veniva richiamata la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 34 del 1973 in cui, come abbiamo visto, si affermava il principio secondo cui le attività compiute in dispregio fondamentali diritti del cittadino «non possono essere assunte di per sè a fondamento e a giustificazione di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito». Più precisamente la Corte Costituzionale sottolineava che «il principio enunciato dall'art. 15 Cost. sarebbe [rimasto] gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente». Aggiungeva poi che ove ciò fosse avvenuto «un diritto riconosciuto e garantito come inviolabile dalla Costituzione sarebbe [stato] esposto a gravissima menomazione»¹⁸⁸.

Tale pronuncia veniva richiamata dall'orientamento più garantista non soltanto perché la Corte Costituzionale ammetteva la diretta applicabilità delle norme costituzionali nel

¹⁸⁷ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 153-154. L'autore ricorda che tale soluzione veniva accolta da una parte della dottrina tedesca, che dall'articolo 1 del *Bonner Grundgesetz*, in base al quale «la dignità dell'uomo è intangibile», faceva discendere un divieto probatorio che sbarrava la strada alle fonti extraprocessuali. H. SENDLER, in particolare, ravvisava in essa un'inesauribile sorgente extraprocessuale di valutazioni di inammissibilità. In un altro passaggio, F. CORDERO non accoglie però questo orientamento: «Si sa che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa; ma s'incorre in un salto logico quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunga al punto di rifiutare, come processualmente irrilevante, ogni dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive [...] Se tali prove siano o meno ammissibili, è quesito che esige d'essere risolto in base a un'interpretazione sistematica delle norme processuali, salvo poi verificare se la disciplina di cui è ricostruito l'assetto non confligga con i principi della Costituzione».

¹⁸⁸ C. cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit., pag. 338 ss.

processo penale, ma anche perché in essa veniva riconosciuta l'inefficacia probatoria di tutti i risultati, compresi quelli derivanti in via indiretta da condotte lesive dei diritti del cittadino¹⁸⁹.

Da ciò si deduceva che la Corte Costituzionale, già sotto la vigenza del codice Rocco, avesse recepito l'istituto dell'invalidità derivata, in particolare nelle ipotesi in cui il vizio del primo atto probatorio assumeva rilevanza costituzionale.

A tali conclusioni era peraltro pervenuta la giurisprudenza nordamericana, la quale aveva finito per estendere l'operatività del IV e V Emendamento della Costituzione, relativamente alla libertà di autoincriminazione e perquisizione illegali, escludendo dal valutabile non soltanto i risultati probatori derivanti da condotte lesive dei diritti costituzionali dei cittadini in via diretta, ma addirittura quelli di indiretta derivazione, efficacemente chiamati "fruits of poisonous tree"¹⁹⁰.

Sotto questo profilo, «si assumeva come – al pari di una "pianta velenosa", di cui non è commestibile frutto alcuno – qualunque dato anche indiretto, circostanziale o indiziario, acquisito a seguito di un atto "incostituzionale" di ricerca della prova [...] fosse radicalmente inutilizzabile ad ogni effetto»¹⁹¹.

L'origine di tale riflessione si rinveniva, in particolare, nella sentenza *Silverthorne Lumber co. vs United States* del 1920¹⁹², in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva rilevato

¹⁸⁹ L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1550. Con riferimento al rapporto tra perquisizione e sequestro, parte della dottrina negava qualsiasi valore probatorio al sequestro conseguente ad un'attività perquisente illecita, desumendo l'esistenza di un esplicito divieto *ad hoc* dai principi generali dell'ordinamento, segnatamente dagli artt. 13 e 14 Cost. G. AMATO, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, sub art. 14, pag. 29.

¹⁹⁰ G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto d'incostituzionalità della prova nel processo penale*, cit., pag. 510-511.

¹⁹¹ L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1559, nota 70.

¹⁹² 251 U.S. 385-392, 40 S.Ct. 182, 64 L. Ed 319. Nella specie, alcuni documenti contabili erano stati illegittimamente sequestrati alla società *Silverthorne Lumber*. Tali documenti erano stati restituiti e successivamente era stata ordinata l'esibizione coattiva. La Corte Suprema ritenne l'ordine illegittimo e affermò che «l'essenza della disposizione che vieta l'acquisizione della prova in un determinato modo non è soltanto che quella prova non sarà utilizzata dinanzi alla Corte, bensì proprio che tale prova non venga utilizzata affatto». In tale occasione, la Corte Suprema degli Stati Uniti concluse che l'inutilizzabilità derivata aveva lo scopo di rafforzare le regole di esclusione.

come l'estromettere i prodotti immediati e non escludere quelli mediati avrebbe potuto incoraggiare la polizia ad eseguire atti illegittimi, nella speranza di scoprire prove nuove che, sebbene non deducibili nel processo, avrebbero permesso di individuarne altre, suscettibili di essere poste a carico dell'imputato¹⁹³. A sostegno di ciò, la Corte Suprema aveva precisato che una piena tutela dei diritti fondamentali imponeva l'esclusione non soltanto della prova acquisita attraverso la violazione degli stessi, ma anche e soprattutto delle prove di colpevolezza la cui scoperta fosse stata agevolata da quanto emerso precedentemente attraverso la prova illegittima. Si rischiava, infatti, estromettendo i soli prodotti immediati, di incoraggiare la polizia ad eseguire atti illeciti che non sarebbero stati deducibili nel processo, ma che avrebbero consentito di scoprire nuove prove da utilizzare contro l'imputato.

Tuttavia, dopo aver enunciato il nuovo principio di diritto, la Corte Suprema si era preoccupata di tratteggiare i limiti di operatività dello stesso, affermando che l'inutilizzabilità derivata non avrebbe colpito i dati acquisiti attraverso una fonte indipendente dalla prova viziata (teoria dell'*independent source*)¹⁹⁴. Ciò significa che, in mancanza di un nesso di dipendenza causale tra le prove, ovvero nell'ipotesi in cui i fatti oggetto della prova illegittima sono provati da altre fonti, non si verifica alcuna trasmissione del vizio.

Nel successivo caso *Nardone v U.S.* del 1939¹⁹⁵, cui si collega la celebre metafora dei "frutti dell'albero avvelenato", escogitata dal giudice Frankfurter, la Corte Suprema giungeva ad un'ulteriore mitigazione del principio dell'*independent source*; laddove, infatti, la fonte non è indipendente, ma non per questo risulta eziologicamente collegata alla fonte primaria, si affermerebbe l'attenuazione del nesso causale tra prove (*attenuated connection*), escludendo in questo modo la propagazione del vizio.

¹⁹³ Per un approfondimento vedi C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 353 ss.

¹⁹⁴ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 354.

¹⁹⁵ 308 U.S. 338, 60, S.Ct. 266, 84 L. Ed. 307.

Merita un richiamo anche la pronuncia del caso *Nix. v. Williams* del 1984¹⁹⁶, da cui è nata la teoria del “ritrovamento inevitabile”. In poche parole, se la prova reperita attraverso un atto illegittimo sarebbe stata ugualmente scoperta, e l'accusa dimostra che la stessa si sarebbe potuta ottenere in un modo alternativo e legittimo, l'utilizzabilità di questa non verrebbe compromessa, stante l'inevitabilità della sua scoperta¹⁹⁷.

Va infine rilevato che nell'attuale momento storico – dopo che ai *trends* garantistici degli anni '60 si sono via via sostituite, con il variare della composizione e degli orientamenti ideologici della Corte Suprema, tendenze più conservative e rigorose, nella lotta al crimine – sembrano prevalere i tentativi di restringere in più direzioni gli effetti “a cascata” della teoria dei frutti dell'albero avvelenato¹⁹⁸.

Sono sempre più numerosi i temperamenti che assicurano l'utilizzabilità delle prove male acquisite, ogni qual volta dalle modalità concrete della ricerca e dell'acquisizione emergano elementi come la sostanziale irrilevanza dell'illecito perpetrato, l'eventuale buona fede dei perquisenti nella violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti (caso *Massachusetts v. Sheppard*)¹⁹⁹, nonché la già citata inevitabilità di un'acquisizione altrimenti legittima delle stesse prove²⁰⁰.

¹⁹⁶ 467 U.S. 431, 104, S.Ct. 2501, 81 L. Ed. 2d 377. Nel caso di specie, l'imputato contestava la possibilità di rendere note alla giuria risultanze probatorie incontestabili nella loro materialità, ma rinvenute dalla polizia attraverso una confessione irrituale. La Corte Suprema degli Stati Uniti, dopo aver accertato che tale confessione aveva violato il diritto costituzionale alla difesa dell'imputato a norma del VI Emendamento, passò ad analizzare la più complessa questione relativa all'impiego a fini di prova delle risultanze rinvenute a seguito della confessione. Fu in tale occasione che la Corte affermò la regola del “inevitable discovery”, assoggettando così la teoria dei “frutti dell'albero avvelenato” ad una eccezione per il caso in cui la fonte di prova sarebbe stata ugualmente rinvenuta, indipendentemente dalla confessione estorta. Per un approfondimento vedi anche S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, in *Studi in onore di M. Pisani*, II, *Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Milano, pag. 365 ss.

¹⁹⁷ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 357-358.

¹⁹⁸ L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1560

¹⁹⁹ 468. U.S. 981. La polizia aveva condotto perquisizioni basandosi su un mandato, successivamente dichiarato invalido. La Corte affermò che laddove la polizia fa ragionevole affidamento sulla legittimità del proprio operato, la

Ciò non toglie che la teoria in oggetto ha ricevuto consensi anche in Italia e, in particolare, da quella dottrina che, come abbiamo visto, considerava i modi di reperimento e apprensione del dato conoscitivo non meno importanti dei relativi risultati.

In definitiva, la contrapposizione tra “male captum bene retentum” e teoria dei “frutti dell’albero avvelenato” è nata all’interno di un dibattito risalente, incentrato sull’ammissibilità nel processo penale delle prove illecite e incostituzionali. Si è visto che sul tema si sono delineati due opposti orientamenti. Da un lato, chi considera processualmente irrilevante il fatto che una prova sia stata acquisita a fronte di un contegno illecito, atteso che le norme penali sostanziali introducono regole comportamentali e non dei veri e propri limiti al potere istruttorio; sicché, in caso di violazione, i responsabili sono sottoposti a sanzioni penali e disciplinari, ma non per questo ai risultati delle loro illecite acquisizioni è precluso l’ingresso nel processo, salvo vi siano norme che dispongano espressamente in tal senso. Tale orientamento risolve poi in senso negativo la questione dell’invalidità derivata, accogliendo la tesi del “male captum bene retentum”, incoraggiando così l’acquisizione da parte del giudice di ogni risultato conoscitivo utile, a prescindere dalle vicende che ne hanno consentito se non favorito il reperimento. Il tutto a pregiudizio dei diritti e delle garanzie dell’imputato, poste in secondo piano dalla pressante esigenza di accertamento del reato, nonché di ricerca della verità materiale del processo.

Per contro, l’orientamento più garantista riequilibra gli interessi in gioco, affermando che il giudizio di ammissibilità e rilevanza delle prove non può prescindere dall’osservanza di norme extraprocessuali, comprese quelle penali sostanziali. In secondo luogo, prendendo spunto da una prassi invalsa nella giurisprudenza nordamericana all’inizio del secolo scorso,

sanzione dell’inutilizzabilità derivata è inadeguata. Ovviamente è necessario che l’affidamento si fondi su ragioni oggettive. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 361.

²⁰⁰ L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1560.

risolve in senso positivo la questione dell'invalidità derivata in base all'articolo 189 comma 1° del codice Rocco, accogliendo la tesi dei “frutti dell'albero avvelenato”. Tale posizione sembra peraltro rafforzata alla luce di una importante pronuncia della Corte Costituzionale del 1973, nella quale si afferma l'inutilizzabilità – per così dire – “rafforzata” di tutte le acquisizioni probatorie in contrasto con norme costituzionali. Come vedremo, il contrasto non pare superato nemmeno con l'entrata in vigore del codice del 1989, sicché molte delle considerazioni qui esposte, a sostegno dell'una e dell'altra tesi, hanno mantenuto la loro attualità, pur all'interno di un quadro normativo differente.

2. Il problema dell'invalidità derivata alla luce del

“nuovo” istituto (inutilizzabilità).

Nelle pagine precedenti abbiamo visto che il problema delle prove frutto di attività illecita veniva affrontato, sotto il codice Rocco, richiamando il concetto di invalidità derivata. Con tale espressione si alludeva al principio secondo cui il vizio di un atto a contenuto probatorio può trasmettersi agli atti successivi, in forza di un collegamento necessario e non meramente occasionale. Si riteneva infatti che la perfezione di un atto dovesse essere esaminata non soltanto in relazione ai requisiti concomitanti al suo sorgere, ma anche avendo riguardo agli altri presupposti che avevano contribuito alla sua realizzazione, vale a dire quel «fatto o quei fatti che necessariamente devono precedere l'atto in questione»²⁰¹.

²⁰¹ G. CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*, Milano, 1972, pag. 79.

La disposizione di riferimento era l'art. 189 comma 1° del codice Rocco, in base al quale «la nullità di un atto, quando è dichiarata, rende nulli quelli consecutivi che da esso dipendono». Pertanto un atto, di per sé conforme alla fattispecie astratta di riferimento, poteva diventare invalido in via derivata, in quanto dipendente da un precedente atto nullo.

Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, discussa era la possibilità di applicare agli atti aventi contenuto probatorio l'art. 189 del codice Rocco. La qual cosa richiedeva anzitutto di dimostrare l'esistenza di quel vincolo di «dipendenza» tra atti probatori, richiesto dalla norma.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere insufficiente il semplice rapporto di anteriorità cronologica. Si sottolineava infatti che il legislatore aveva appositamente scelto la locuzione «atti consecutivi» in luogo di atti «successivi» quasi a sottolineare l'esigenza di un legame più stringente rispetto a quello cronologico²⁰².

Si era così avanzata l'ipotesi secondo cui l'atto in sé viziato dovesse costituire la premessa logica e giuridica di quelli successivi²⁰³. A tal fine, si riteneva che dalla motivazione del provvedimento di emanazione dell'atto successivo potesse emergere l'influenza esercitata dal precedente atto invalido²⁰⁴.

Sul fronte opposto, c'era chi riteneva il requisito della motivazione non sufficiente a sancire il vincolo di dipendenza giuridica tra i due atti. Questo, infatti, poteva realizzarsi soltanto con riferimento «a quegli atti necessari del procedimento l'uno dei quali è condizionato dal valido compimento dell'altro»²⁰⁵. L'orientamento in questione traeva le sue premesse dalla nota distinzione tra «atti propulsivi del procedimento», che «ineriscono a guisa

²⁰² F. CAVALLARI, *Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali penali*, in *Arch. pen.*, 1959, pag. 197.

²⁰³ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. 1, Napoli, 1961, pag. 738.

²⁰⁴ P. FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1984, pag. 1986.

²⁰⁵ F. CORDERO, *Procedura penale* (1971), cit., pag. 594.

di elementi necessari nella sequela procedimentale»²⁰⁶ e «atti di acquisizione probatoria», i quali «pur inserendosi nel procedimento non ne costituiscono altrettanti immancabili stati progredienti»²⁰⁷.

Beninteso, soltanto nel primo caso la nullità di un atto comportava la nullità dei successivi, dovendo questi essere rinnovati a partire dal punto in cui si trovava l'atto invalido²⁰⁸.

Nel secondo caso, si escludeva invece un'automatica propagazione del vizio, in quanto – si affermava – «l'invalidità di una prova non pregiudica gli atti successivi»²⁰⁹; d'altronde, «l'assenza d'un nesso di dipendenza giuridica tra l'uno e l'altro induce ad escludere un automatico propagarsi della nullità», sicché «il dato istruttorio irrualmente assunto non è passibile d'essere utilizzato agli effetti della decisione, ma non vizia il seguito dell'attività probatoria»²¹⁰.

A questo punto, chi estendeva l'invalidità derivata alle acquisizioni probatorie si poneva un ulteriore interrogativo in ordine al tipo di invalidità che avrebbe colpito l'atto successivo. Da un lato, c'era chi riteneva che gli atti compiuti successivamente al verificarsi di una causa di inammissibilità sarebbero stati investiti da nullità²¹¹; dall'altro, chi riteneva applicabile la regola prevista dall'art. 189 del codice Rocco, in base alla quale l'invalidità «si trasmette nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore»²¹². In tal caso, a trasmettersi

²⁰⁶ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., pag. 694.

²⁰⁷ F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, pag. 253.

²⁰⁸ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., pag. 694-695 «L'imperfezione dell'uno implica l'invalidità dei successivi, in forza del nesso di necessaria correlazione tra i componenti della serie effettuale del procedimento: in un caso del genere il rimedio, si tratti di nullità assolute o relative consiste nel ricondurre il processo al punto della sequenza nel quale si è inserito l'atto invalido».

²⁰⁹ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., pag. 697

²¹⁰ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., pag. 698.

²¹¹ T. DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, 1938, pag. 151.

²¹² G. CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*, cit., pag. 80.

sarebbe stata la nullità assoluta, intermedia o relativa, a seconda che l'atto colpito direttamente dall'imperfezione fosse stato inficiato da nullità assoluta, intermedia o relativa²¹³.

Come anticipato, la questione non pare risolta nemmeno in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989. Se, da un lato, il legislatore ha introdotto, in materia probatoria, la nuova sanzione dell'inutilizzabilità, dall'altro, nulla ha disposto in ordine al fenomeno della propagazione del vizio. Esso rimane invece regolato dall'art. 185 comma 1° c.p.p., norma che nella sua formulazione ricorda il previgente art. 189 in materia di nullità derivata.

A parte questo, non si può negare che, con l'entrata in vigore del nuovo codice, qualcosa sia cambiato. È nato un nuovo istituto che garantisce la legalità in ambito probatorio e, in particolare, l'osservanza delle regole dei divieti probatori dettati dal legislatore, ricorrendo a uno strumento sanzionatorio rigido (rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento, anche *ex officio*).

Pare dunque opportuno aprire una riflessione sulle caratteristiche del nuovo istituto – che certamente lo distinguono dalla nullità con particolare riguardo alle caratteristiche che possono avere incidenza sul problema che ora interessa (“propagazione” del vizio). Ciò ci permetterà di comprendere se è stato in qualche modo recepito dall'ordinamento vigente l'istituto dell'inutilizzabilità derivata. A tal fine, è necessario partire dal concetto stesso di inutilizzabilità del quale già abbiamo parlato nel primo capitolo, seppur sotto un diverso profilo.

Si è visto che, secondo alcuni, si tratterebbe di una regola di condotta posta in capo al giudice, che rileva a fini decisori; secondo altri, si tratterebbe invece di una forma di invalidità dell'atto processuale (a contenuto probatorio) al pari della nullità.

Tale distinzione potrebbe sembrare a prima vista meramente definitoria. In realtà, come abbiamo ricordato nel capitolo 1, essa non è priva di effetti pratici anche in relazione al tema

²¹³ G. CONSO, V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, pag. 640.

che qui interessa. Si è visto infatti che chi accoglie la prima nozione di inutilizzabilità è portato ad escludere il fenomeno della propagazione del vizio in materia probatoria, recependo la tesi del “male captum bene retentum”; diversamente, chi aderisce alla seconda nozione di inutilizzabilità, si avvicina di più alla tesi dei “frutti dell’albero avvelenato”, ammettendo, in linea di principio, l’istituto dell’inutilizzabilità derivata.

Beninteso, secondo il primo orientamento l’inutilizzabilità non costituisce propriamente un vizio dell’atto assimilabile, quanto all’operatività, alla nullità. Essa infatti ricorda l’inammissibilità del codice previgente, limitandosi pertanto a segnalare l’esercizio da parte del giudice di un potere non riconosciuto dalla legge.²¹⁴ Diversamente la nullità, in quanto vizio di un atto processuale, attiene a casi in cui un potere *legittimo* sia stato esercitato irritualmente. A conferma di ciò, viene sottolineato il fatto che l’atto nullo è efficace fino a quando non venga annullato, potendo in questo caso essere sempre rinnovato²¹⁵. Del resto, volendo tornare alla precedente distinzione, le acquisizioni probatorie, a differenza degli atti propulsivi, proprio per la loro natura di materiali *ad iudicandum*, si collocano «al di fuori di quel cerchio chiuso di elementi dalla cui necessaria correlazione scaturisce la figura minima del procedimento», sicché l’unico effetto giuridico percepibile è dato dal «dovere del giudice di non tener conto di quel certo dato probatorio, in sede di motivazione della sentenza»²¹⁶.

Ne consegue che la violazione di un divieto probatorio rende la prova inutilizzabile e, dunque, “sterile”, non potendo questa fondare legittimamente alcun giudizio o decisione²¹⁷. Ciò non toglie che la sua imperfezione non sia contagiosa o si trasmetta alle acquisizioni successive.

²¹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, (1991), cit., pag. 61.

²¹⁵ F. CORDERO, *Procedura penale* (1991), cit., pag. 73.

²¹⁶ F. CORDERO, *Procedura penale* (1991), cit., pag. 1057.

²¹⁷ N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 67.

Si ritiene infatti che la prova illegittimamente appresa e quella successivamente rinvenuta «non sono enti dei quali si possa dire che uno dipende giuridicamente dall'altro: il filo che li collega risiede in un atteggiamento psicologico degli inquirenti, del quale il diritto si disinteressa»²¹⁸. In altre parole, tra gli atti a contenuto probatorio può intercorrere al massimo un legame di tipo psicologico del quale l'ordinamento non si interessa.

Ciò che conta infatti è il *dictum*, il cui controllo si compie in base alle ragioni indicate nella motivazione, mentre non ha alcun rilievo che il giudice abbia riflettuto sulla prova inammissibile, in quanto acquisita in modo irregolare. Sotto questo profilo, il precetto normativo si considera osservato ogniqualvolta l'elemento spurio non figuri tra le premesse del sillogismo secondo cui la sentenza motiva sul tema del giudizio storico²¹⁹.

A parte questo, il secondo argomento a sostegno della tesi negativa si rinviene nell'assenza all'art. 191 c.p.p. di una previsione analoga a quella indicata all'art. 185 comma 1° c.p.p., in base al quale «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo». Da ciò si deduce che il vizio che affligge la prova anteriore non si trasmette a quella successiva, anche laddove si ammetta un qualche legame giuridico tra i due atti. Vedremo che in più pronunce la Corte di Cassazione, ma anche la Corte Costituzionale dimostra di accogliere questa interpretazione, negando così la configurabilità dell'inutilizzabilità derivata.

Veniamo così al secondo orientamento, che considera l'inutilizzabilità una forma di invalidità, volta a impedire al giudice di assumere una prova a presupposto di un atto del procedimento, comprendendo in questo modo anche i provvedimenti immotivati e inoppugnabili.

²¹⁸ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 141-142

²¹⁹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 143.

Si ritiene infatti che il concetto di relazione, espresso nel termine “inutilizzabilità”, non possa essere limitato al piano decisorio, nonostante questo possa sembrare lo spazio privilegiato dal legislatore all’art. 526 c.p.p.²²⁰. A sostegno di ciò, si afferma inoltre che l’inutilizzabilità racchiuda al suo interno un duplice divieto, accompagnato da una duplice sanzione: da un lato, essa «impone di qualificare *contra legem* pure gli atti successivi che, “utilizzando” le prove viziato, per ciò stesso violano la seconda proibizione»²²¹; dall’altro, essa estende gli effetti della sanzione non soltanto all’atto probatorio viziato, ma anche al momento logico-giuridico conseguente²²², andando così a colpire l’atto che erroneamente e illegittimamente abbia usato quella anteriore conoscenza.

Emerge, in questo modo, l’attitudine dell’inutilizzabilità a “proiettarsi in avanti”, andando a incidere non soltanto sull’atto probatorio viziato, ma anche sugli atti successivi. Il legame non è psicologico, ma giuridico, ammettendo la contaminazione del vizio in tutti quei casi in cui la prova successiva non sarebbe stata scoperta senza la prova inutilizzabile. Occorre infatti valutare di volta in volta se l’atto probatorio viziato abbia rappresentato la *condicio sine qua non* per il reperimento delle altre prove, cioè se essa abbia fornito «un contributo decisivo, in mancanza del quale non sarebbe stato possibile pervenire alla loro acquisizione», oppure se «le nuove prove sarebbero state reperite anche senza gli spunti offerti dalla prova illegittima o addirittura siano state reperite utilizzando un’altra fonte»²²³.

²²⁰ N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 85.

²²¹ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 642

²²² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 642: Si tratterebbe infatti di «una sanzione dell’atto a natura probatoria che tuttavia si sposta e punta direttamente a disciplinare anche il momento logico-giuridico conseguente, ossia l’atto col quale erroneamente e illegittimamente si usi quell’anteriore conoscenza».

²²³ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1972, pag. 196.

Allo stesso modo, si ritiene inevitabile la propagazione del vizio ogniqualvolta la prova inutilizzabile rappresenti il presupposto logicamente necessario e non cronologicamente occasionale della successiva prova. D'altronde l'inutilizzabilità, sotto il profilo genetico, è riconducibile alla difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo, mentre sotto l'aspetto funzionale, è riferibile al procedimento assuntivo dalla prova²²⁴. Il che giustifica la diversa operatività e *ratio* che sta dietro la "derivazione" nell'ambito dell'inutilizzabilità, giacché questa si ritiene non abbia senso di esistere se non viene correlata agli atti successivi²²⁵.

È implicito pertanto che il difetto si trasmetta agli atti successivi e che l'inutilizzabilità impedisca di valutare una prova anche nel corso successivo del procedimento, stante il divieto insanabile di porre la stessa come presupposto, a tutti gli effetti, degli atti che ne possono derivare.

Secondo tale orientamento, non convince nemmeno il richiamo letterale all'art. 185 c.p.p. In primo luogo perché questa norma non sembra escludere dal novero degli atti suscettivi di essere dichiarati nulli quelli di natura probatoria. L'art. 185 comma 4° c.p.p. infatti si limita ad escludere tra i possibili effetti di una declaratoria di nullità concernente un'acquisizione probatoria soltanto la regressione di cui al comma 3° c.p.p.²²⁶. Ciò significa che il legislatore, eccettuata la parte relativa alla regressione, fa salve le altre disposizioni dell'art. 185 c.p.p., ammettendo l'operatività del fenomeno dell'invalidità derivata anche in materia di prove, fermo restando che non è sufficiente una successione a carattere cronologico o temporale, ma è necessario un rapporto di dipendenza.

²²⁴ G.L. VERRINA, *Approccio riduttivo della Corte di cassazione alla categoria della inutilizzabilità derivata*, in *Giur. it.*, 1998, pag. 3.

²²⁵ G.L. VERRINA, *Approccio riduttivo della Corte di cassazione alla categoria della inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 4.

²²⁶ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 159

Beninteso, se si ammette formalmente la nullità derivata in ambito probatorio, non si capisce per quale motivo non si debba riconoscere la trasmissione del vizio, allorché venga in gioco la più severa forma di patologia della prova²²⁷.

A sostegno dell'orientamento che stiamo considerando si pone anche chi afferma che il diffondersi del vizio sia sempre realizzabile quando la prova antecedente è incostituzionale, e cioè quando dalle modalità di formazione, acquisizione o assunzione emerge un contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio, che la Costituzione riconosce ad ogni individuo²²⁸. Ne avevamo parlato nel precedente paragrafo, richiamando la sentenza della Corte Costituzionale del 1973, da cui emergerebbe il riconoscimento di una inutilizzabilità "rafforzata" della prova ottenuta attraverso intercettazioni illegittime e di quegli atti successivi che trovano giustificazione e fondamento nei risultati dell'intercettazione²²⁹. D'altronde, negare la propagazione dell'inutilizzabilità a tutti gli atti in rapporto di dipendenza con l'atto antecedente viziato significherebbe perpetuare indebitamente l'effetto probatorio di un'attività che deve invece ritenersi "inesistente", con il rischio di aggirare i divieti probatori. Ne discende che l'impiego del "prodotto mediato" di una intercettazione illegittima costituisca aggravamento della lesione arrecata all'inviolabile diritto alla segretezza delle comunicazioni²³⁰.

²²⁷ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 322

²²⁸ L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1548. Tale soluzione non è condivisa da CORDERO, il quale sostiene che i precetti costituzionali possano riversarsi ed interagire nel procedimento penale solo a patto che gli stessi si siano tradotti in divieti processuali espressi, poiché, in omaggio ad una *two-step interpretation*, l'ammissibilità della prova deve essere giudicata secondo la legge comune, mentre è la legge comune a dover essere vagliata secondo la Costituzione. F. CORDERO, *Procedura penale* (1987), cit., pag. 975. Lo stesso autore in un precedente scritto aveva affermato: «si sa che i precetti costituzionali rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa; [...] si incorre in un salto logico quando si postula che la reazione dell'ordinamento giunta al punto di rifiutare, come processualmente irrilevante, ogni dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive; [...] né diremmo si possa colmare lo iato con l'assunto, di palese impronta politica, secondo cui la tutela del *subditus* si ridurrebbe entro angusti limiti, se non fosse elevato un argine ad ogni acquisizione probatoria costituente il prodotto di un episodico illecito. [...] Se tali prove siano o meno ammissibili è quesito che esige d'essere risolto in base ad un'interpretazione sistematica delle norme processuali, salvo poi verificare se la disciplina di cui si è ricostruito l'assetto, non confligga con i principi della Costituzione» F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 154.

²³⁰ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, pag. 224.

Esiste infine un orientamento che si colloca su una posizione intermedia. Esso risolve il problema dell'inutilizzabilità derivata, avendo riguardo al tipo di divieto che è stato violato in origine²³¹. Si afferma infatti che, laddove sia previsto un divieto probatorio nell'*an* (che concerne una regola di ammissibilità), l'illegittimità si protrae fino a colpire la prova successiva, ancorché acquisita secondo il modello legale.

Si richiama in proposito l'esempio dell'art. 63 c.p.p., in base al quale l'uso a fini probatori delle dichiarazioni autoindizianti è colpito da inutilizzabilità che si trasmette agli atti successivi. In questo caso, ad essere violata è proprio una regola di ammissione della prova, posta a fondamento del diritto di difesa e a garanzia dell'attendibilità dell'accertamento. Tale violazione, secondo l'orientamento intermedio, finisce per alimentare il germe dell'inutilizzabilità, la cui capacità di riprodursi è direttamente proporzionale all'ultrattività dell'offesa agli interessi tutelati²³².

Viceversa, quando a venire in gioco è un divieto nel *quomodo*, l'inutilizzabilità derivata non si realizza. Viene richiamata, a titolo esemplificativo, la disciplina della perquisizione presso gli uffici dei difensori, prevista dall'art. 103 c.p.p. In questo caso, mentre l'art. 103 comma 1° c.p.p., è norma che impone un divieto nell'*an* laddove individua i presupposti per il rituale compimento della perquisizione negli uffici dei difensori, determinando per ciò stesso l'invalidità del sequestro contestuale, l'art. 103 comma 4° c.p.p., nel fornire prescrizioni sul

²³¹ La tesi è di GALANTINI: «[l]a verifica circa l'incidenza della violazione della regola di esclusione non solo rispetto alla prova acquisita direttamente, ma anche a fronte di quella "ulteriore", spetta [...] all'interprete che non può esimersi dal considerare la diversità delle situazioni riconducibili ai vari divieti e, nel contempo, non può prescindere dall'assumere quale parametro valutativo il criterio della perpetuarsi della violazione. Si sostiene che l'accertamento circa l'inutilizzabilità della "seconda prova" deve far capo al tipo di divieto violato originariamente, nonché al sostanziale permanere dell'illegittimità pur a fronte di una prova posteriormente acquisita secondo il modello legale». N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 89.

²³² N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 94.

modus procedendi opera a supporto del precedente disposto, esaurendo la sua funzione all'interno della fattispecie stessa, senza alcuna propagazione del vizio²³³.

Dagli esempi qui riportati sembrerebbe che quando la prova è inammissibile il vizio si trasmette necessariamente agli atti ulteriori; diversamente, quando la prova ammissibile è stata semplicemente “male assunta”, non si realizza alcunché.

Si tratta in realtà di conclusioni che difficilmente possono trovare una applicazione indiscriminata, considerata la varietà delle fattispecie previste dal codice. Sul punto, l'orientamento intermedio richiama l'ipotesi dell'art. 188 c.p.p., norma questa che tutela la libertà morale della persona nell'assunzione della prova. È evidente come, pur integrando la norma un divieto nel *modus procedendi*, non si possa negare, ad esempio, l'estensione degli effetti negativi di una confessione estorta alla prova acquisita successivamente²³⁴ (Su questo profilo torneremo nel capitolo 3 quando parleremo dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo nel *caso Gäfgen*).

Si rende pertanto necessario in questi casi un riscontro relativo al «carattere sostanziale (e non formale) dell'interesse garantito dal disposto sul *modus procedendi* da cui discende la necessità di mantenere la tutela in via progressiva (sugli atti successivi)»²³⁵.

In definitiva, secondo l'orientamento intermedio, l'individuazione del tipo di divieto, nonché dell'interesse tutelato da quest'ultimo rappresentano dei validi strumenti che consentono all'interprete di verificare se una fattispecie specifica ammetta o meno la propagazione del vizio. Il che si rende soprattutto necessario in tutti quei casi in cui il legislatore non renda esplicite le conseguenze della declaratoria di inutilizzabilità sulle acquisizioni successive.

²³³ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 93

²³⁴ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 91

²³⁵ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 92.

**3. Inutilizzabilità derivata e diverse tipologie d'uso
dell'atto viziato (uso a fini decisorii, a fini investigativi, come fondamento
di altri atti probatori)**

Abbiamo visto che il concetto di inutilizzabilità derivata indica tutte quelle ipotesi in cui si verifica la trasmissione del vizio da un atto probatorio ad uno successivo. La materia non trova apposita disciplina all'interno del codice di rito, essendo il risultato di una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Nonostante la copiosa letteratura formatasi sul tema, non esistono attualmente soluzioni pacifiche né in merito alla sua astratta configurabilità, né in relazione alla sua portata applicativa. Certo è che quanto più forti si fanno le esigenze di accertamento, minore è lo spazio che si riconosce alla forza "contaminatrice" del vizio; in particolare, laddove è in gioco la necessità di conservare dati di particolare utilità euristica. Spetta dunque all'interprete l'arduo compito di fornire un provvisorio inquadramento dell'istituto, in attesa di un intervento riformatore da parte del legislatore.

3.1. Uso a fini decisorii.

L'opera di delimitazione della sfera operativa dell'istituto si rende peraltro necessaria, se si considerano i possibili abusi cui un'interpretazione eccessivamente ampia può portare. Sotto questo profilo, in primo luogo, si ritiene non configurabile il fenomeno della propagazione del vizio nell'ipotesi in cui un provvedimento decisorio si fondi su prove inutilizzabili. Pensiamo alla sentenza, all'ordinanza che applica la custodia cautelare oppure al decreto che dispone il giudizio. L'ipotesi è quella in cui l'inutilizzabilità non sia stata rilevata,

né eccepita per tempo e si ponga così la necessità di farla valere *ex post*, cioè dopo che l'atto è stato impiegato nella motivazione.

La questione assume rilievo soprattutto laddove il provvedimento decisivo faccia uso effettivo della prova inutilizzabile. D'altronde, anche ad ammettere che l'atto probatorio abbia un'inidoneità causale a trasmettere ad altri atti la sua invalidità, pare difficile contestare che dall'erroneo utilizzo di una prova, salvo sia del tutto superflua al fine del decidere, si determini un vizio della motivazione che su di essa si fonda.

A tal proposito, secondo un primo orientamento, verrebbe in gioco una invalidità derivata, stante il rapporto di consequenzialità tra la prova viziata e il provvedimento basato sulla stessa²³⁶. Di conseguenza, il provvedimento sarebbe colpito da nullità assoluta²³⁷. Secondo questo orientamento, pur dovendosi escludere un'automatica propagazione del vizio d'inutilizzabilità probatoria sugli atti successivi, non si può in alcuni casi non ravvisare un nesso di dipendenza giuridica rilevante tra il provvedimento decisivo e la prova non utilizzabile.

Si rende pertanto necessario accertare caso per caso se i dati probatori desumibili dall'atto colpito da inutilizzabilità abbiano influito in modo determinante sulla formazione del convincimento del giudice; qualora infatti l'esito della verifica sia di segno positivo, è lecito ritenere che trovi applicazione il congegno dell'invalidità derivata.

Si è obiettato che una prova inutilizzabile non possa propagare il suo vizio al provvedimento decisivo sotto forma di nullità assoluta. A tal proposito, a dispetto della considerazione che l'invalidità dell'atto susseguente debba necessariamente essere della stessa specie di quello che colpisce l'atto direttamente viziato²³⁸, si ritiene che non avrebbe senso dal punto di vista logico ancor prima che giuridico qualificare come inutilizzabile un atto appartenente alla

²³⁶ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 643.

²³⁷ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 160.

²³⁸ G. CONSO, *Il concetto e la specie*, cit., pag. 80

categoria dei provvedimenti²³⁹. Di qui la conclusione per cui la decisione basata sulla prova non utilizzabile sarebbe in via derivata affetta da nullità assoluta, nella quale si convertirebbero gli effetti del vizio originario. In quest'ottica, il difetto di motivazione dovuto al fatto che si è tenuto conto di un dato probatorio che una norma impone di ignorare, rappresenterebbe la “spia” di un'invalidità derivata²⁴⁰.

Va precisato inoltre che l'analisi della motivazione rappresenta solo uno degli strumenti per effettuare la diagnosi del vizio, atteso che l'inutilizzabilità della prova può determinare in via derivata la nullità assoluta anche di quei provvedimenti rispetto ai quali non vige un autentico obbligo di motivazione. È il caso del decreto che dispone il giudizio fondato su prova *contra legem*²⁴¹.

A tale impostazione tuttavia si oppone l'orientamento prevalente, che considera il provvedimento decisorio basato su prove inutilizzabili affetto da invalidità a titolo originario e non da invalidità derivata²⁴². Posto che il giudice non avrebbe dovuto porre alla base di una sua decisione prove inutilizzabili, si ritiene che il vizio in questione integri un motivo di impugnazione²⁴³.

Beninteso, il provvedimento basato sulla prova inutilizzabile è aggredibile con lo specifico rimedio ordinariamente esperibile avverso i vizi di tale atto. Ciò significa che in relazione al decreto che dispone il giudizio non sarà esperibile alcun rimedio, trattandosi di

²³⁹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 160-161.

²⁴⁰ V. GREVI, *Nemo tenetur se detergere*, cit., pag. 363.

²⁴¹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 160.

²⁴² F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pag. 245.

²⁴³ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 55.

un provvedimento immotivato e inoppugnabile, né sarà possibile alcuna regressione, come affermato dall'orientamento precedente²⁴⁴.

Si tratterà semmai di verificare se la prova illegittima sia stata effettivamente acquisita nel successivo dibattimento, trovando in tal caso applicazione le comuni norme in materia di inutilizzabilità²⁴⁵. In altre parole, si dovrà verificare in dibattimento a quale uso venga sottoposto l'atto irrituale che ha fondato precedentemente il decreto²⁴⁶.

Per quanto riguarda invece l'ordinanza che applica la custodia cautelare, si ritiene che questa potrà essere sottoposta al riesame o ricorso *per saltum*, o ancora ad appello, se il vizio è fatto valere dal pubblico ministero. Allo stesso modo, la sentenza può essere impugnata con l'appello o ricorso per cassazione²⁴⁷.

In definitiva, il vizio che affligge la sentenza o il provvedimento decisorio emesso sulla base di prove inutilizzabili non realizza un'ipotesi di invalidità derivata, trattandosi semmai di un effetto diretto della inutilizzabilità. Il provvedimento fondato su prove inutilizzabili è esso stesso privo di stabilità e aggredibile con gli appositi strumenti concessi

²⁴⁴ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., pag. 199. L'autore sottolinea come, accogliendo l'orientamento in questione, si rischierebbe di far rifluire il processo al punto in cui è stato compiuto l'atto invalido, ponendo nuovamente il giudice dell'udienza preliminare di fronte all'alternativa tra il rinvio a giudizio e il non luogo a procedere, con il rischio di consentire al medesimo un sindacato sul merito del decreto, in aperto contrasto con le scelte compiute dal legislatore. D'altronde, l'art. 429 c.p.p., tra i vari requisiti, contempla la semplice indicazione *sommatoria* delle fonti di prova e dei fatti cui essi si riferiscono (lett. *d*), escludendo che la sua violazione possa dar luogo a nullità. Quest'ultima è infatti prevista *ex art.* 429 comma 2° del codice di procedura penale nel caso in cui l'imputato non sia indicato in modo non certo, ovvero se manca o è insufficiente l'indicazione di uno dei requisiti previsti dalle lett. *c*) e *f*) dell'art. 429 comma 1° c.p.p.

²⁴⁵ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 139.

²⁴⁶ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 269: «D'altronde, consentire un ritorno alla fase preliminare costituirebbe peraltro una deviazione della struttura stessa del procedimento, mentre il criterio dell'effettiva acquisizione e utilizzazione dibattimentale della prova illegittima può rivelarsi sufficiente, tenendo conto che, in ogni caso, è la sentenza di merito che si deve guardare nella prospettiva dei rimedi alla violazione dei divieti».

²⁴⁷ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 139.

dall'ordinamento²⁴⁸. Di conseguenza, non si ha inutilizzabilità derivata allorché la trasmissione del vizio avvenga tra atti non omogenei, venendo semmai in rilievo un difetto di motivazione dell'atto successivo²⁴⁹.

3.2. (Segue): uso a fini investigativi.

Chiarito che nell'ipotesi di un provvedimento decisorio fondato su prova inutilizzabile non si verifica alcun contagio, allo stesso modo, si ritiene non configurabile l'inutilizzabilità derivata con riguardo all'uso a fini investigativi dell'atto probatorio viziato.

Si ritiene, in particolare, che il contenuto di una intercettazione telefonica inutilizzabile possa valere come notizia di reato, dando impulso a ulteriori indagini delle quali il giudice può tener conto per la valutazione del quadro probatorio²⁵⁰.

Sul punto la giurisprudenza ha rilevato che il divieto di utilizzabilità del contenuto di una intercettazione telefonica illegittima opera come elemento di prova (ai fini dell'affermazione

²⁴⁸ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 255.

²⁴⁹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 92. L'autore precisa che l'inutilizzabilità, colpendo la prova, impedisce che la stessa realizzi la propria funzione naturale, che è quella di costituire l'unico sapere processuale sulla base del quale deve essere adottata una decisione; laddove si viola il divieto d'uso e si emette una decisione utilizzando le prove vietate, l'errore si sconta però sulla validità della motivazione. La situazione non denota quindi la trasmissione del vizio da un atto ad un altro, ma più semplicemente l'effetto dell'indebito utilizzo di una prova vietata. Benché l'ipotesi prospettata rientri in astratto nel fenomeno nella propagazione di un vizio, è da escludersi un'eventuale riconducibilità all'istituto dell'inutilizzabilità derivata.

²⁵⁰ Cass., 10 febbraio 2004, Mache e altri, in *Cass. pen.* 2005, pag. 3945, con nota di N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*. In precedenza, la Corte Costituzionale ha affermato che il divieto *ex art. 270 c.p.p.* non preclude la possibilità di dedurre notizie di reato dai risultati delle intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di altro procedimento. È questa infatti l'unica interpretazione che assicuri il rispetto dell'art. 112 Cost., consentendo al pubblico ministero di vagliare la fondatezza della notizia di reato acquisita al fine delle proprie determinazioni, in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale (C. Cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 649 ss.). Sul punto anche F. CORDERO, *Procedura penale* (1995), cit., pag. 746: «i divieti formulati dagli art. 270 comma 1° e 271 c.p.p. concernono l'uso istruttorio dei materiali captati, ma a fini investigativi vengono sempre utili, anche come veicolo di eventuali *notitiae criminis*».

della responsabilità) o come indizio (ai fini dell'adozione di una misura cautelare), senza precludere l'utilizzo a fini investigativi²⁵¹. Il che si pone in linea con il precedente orientamento, secondo cui la sanzione dell'inutilizzabilità, nel rispondere ad una logica decisoria e procedimentale, mira a impedire che i risultati viziati di un mezzo di ricerca della prova possano essere impiegati in qualunque sede per basarvi una richiesta, un'istanza, una decisione. E poiché vi è difficoltà a ricondurre l'iscrizione della notizia di reato alla categoria della decisione²⁵², così come alla categoria del procedimento²⁵³, si arriva a concludere che tale preclusione non impedisce l'uso investigativo²⁵⁴.

In altre parole, non dovrebbe porsi alcun profilo di inutilizzabilità per gli atti della parte pubblica che, pure illegittimamente ottenuti, siano finalizzati esclusivamente a consentire ulteriori attività endoprocedimentali; sicché, se da un lato, non opera l'inutilizzabilità, dall'altro è da escludere il ricorso all'istituto dell'inutilizzabilità derivata, stante la difficoltà ad individuare nell'attività investigativa, condotta in piena libertà dal pubblico ministero, quel collegamento immediatamente vincolante tra l'atto precedente e l'atto successivo che giustifica l'esclusione anche della seconda prova²⁵⁵.

²⁵¹ Cass., 4 febbraio 2003, *Hazardhi*, n. 9689, in *CED* n. 225367.

²⁵² G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1993, pag. 30. L'autore sottolinea, in particolare, che dalle disposizioni *ex artt.* 335 e 347 c.p.p. emerge come, salvo eccezioni, tutte le notizie di reato debbano essere registrate, a prescindere dal loro grado di fondatezza, essendo irrilevante la loro procedibilità o l'esistenza di una preclusione, ininfluenza l'astratta punibilità della persona indicata come autore del reato.

²⁵³ G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative.*, cit., pag. 30. L'autore rileva che, allo stesso modo, difetterebbe l'appartenenza della notizia di reato alla sequenza del procedimento penale. A dimostrarlo è l'inapplicabilità stessa alle notizie qualificate di reato della disciplina dettata per gli atti del procedimento, dalle prescrizioni circa la loro redazione in lingua italiana, al regime delle nullità, fino alle norme sulla restituzione in termini *ex art.* 175 c.p.p. e sulla sospensione feriale di cui all'articolo 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 7.

²⁵⁴ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, *Monteleone*, cit., pag. 2913.

²⁵⁵ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, pag. 138.

Si ritiene infatti che la sequenza degli atti dell'accusa, da un punto di vista meramente oggettivo, sia il più delle volte classificabile esclusivamente in forza di meri collegamenti temporali e, talvolta, neppure in base a quelli²⁵⁶. Se poi si riflette in ordine alla nuova struttura della fase delle indagini che, in quanto preposta alla ricerca degli elementi di prova, comporta che non sempre l'atto successivo a quello che si assume illegittimo abbia una diretta valenza probatoria a fini decisori, nel senso di costituire un atto immediatamente utilizzabile dal giudice, le differenze sono ancora maggiori²⁵⁷.

Tale soluzione non è condivisa da un orientamento minoritario che, pur non parlando di inutilizzabilità derivata, suggerisce di distinguere l'ipotesi in cui il contenuto di una intercettazione telefonica illegittima costituisca uno spunto investigativo, utile ad acquisire eventualmente una valida *notitia criminis*, dall'ipotesi in cui esso stesso rappresenti una *notitia criminis*, come tale suscettibile di obbligatoria immediata iscrizione nel registro *ex art. 335* comma 1° c.p.p., dando quindi origine ad un procedimento probatorio²⁵⁸.

In altre parole, secondo tale orientamento, le informazioni acquisite mediante intercettazione illegittima dovrebbero essere utilizzabili unicamente quale dato di partenza per lo svolgimento di autonoma attività di ricerca ed apprensione diretta di una notizia di reato "qualificata" da parte degli organi inquirenti. Diversamente opinando, si verrebbe infatti ad obliterare la distinzione tra attività che si innestano sulla notizia di reato, al fine di verificarne la fondatezza, e quelle che, viceversa, sono dirette all'acquisizione delle notizie di reato, rientrando nella fase pre-procedimentale²⁵⁹.

²⁵⁶ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., pag. 138.

²⁵⁷ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., pag. 139.

²⁵⁸ N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3949.

²⁵⁹ N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit., pag. 3949.

Ciò vale anche per i divieti probatori relativi agli informatori anonimi (art. 203 c.p.p.), denunce anonime (art. 333 comma 3° c.p.p.). Da tali strumenti si ritiene possibile ricavare soltanto spunti investigativi, cioè spunti diretti ad acquisire la notizia di reato²⁶⁰. Così, ad esempio, le notizie ricevute da confidenti di polizia rimasti anonimi non possono essere acquisite e utilizzate a fini probatori, ma è pacifico che la polizia giudiziaria e il pubblico ministero possano utilizzarle per orientare le indagini finalizzate all'apprensione della notizia di reato²⁶¹. Analogamente, delle denunce anonime non può essere fatto alcun uso processuale e probatorio (salvo costituiscano corpo del reato o provengano dall'imputato), ma è indubbio che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria possano utilizzarle come «stimolo investigativo, cioè come presupposto per le investigazioni strumentali all'individuazione della formale *notitia criminis*»²⁶². Esse infatti rientrerebbero nelle c.d. «fonti spurie di informazione» con cui gli organi inquirenti entrano in contatto nella loro attività di ricerca e formazione della notizia di reato *ex art. 330 c.p.p.*²⁶³.

Qualche problema ha sollevato anche la disciplina riguardante i documenti anonimi e gli atti relativi ad intercettazioni illegali, innovata dall'art. 1 del decreto legge 22 settembre 2006, n. 259, convertito con modificazioni nella legge 20 novembre 2006, n. 281.

Ne avevamo già parlato in sede di trattazione delle prove illecite, ricordando come il legislatore abbia voluto integrare la normativa, affiancando alla previsione dell'inutilizzabilità dei documenti anonimi un procedimento diretto alla «distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi al traffico

²⁶⁰ N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit, pag. 3950

²⁶¹ G. SPANGHER, *sub art. 203*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1990, pag. 474

²⁶² Cass., 21 aprile 1998, Sambrotta, in *Giust. pen.*, 2000, pag. 105; vedi anche Cass., 8 marzo 1995, Cenoni, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1876, n. 1099, con nota di A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*.

²⁶³ G.P. VOENA, *Attività investigative e indagini preliminari*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, 1989, pag. 30.

telefonico o telematico, illegalmente formati od acquisiti», ovvero «formati attraverso la raccolta illegale di informazioni» (art. 240 comma 2° c.p.p.).

Si è discusso, in particolare, sull'eventuale utilizzo a fini investigativi di documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. In proposito, il nuovo art. 240 comma 2° c.p.p. stabilisce che i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni non possono essere riprodotti in copia in qualunque fase del procedimento ed inoltre il loro contenuto non può essere utilizzato. Dei medesimi è disposta l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto da parte del pubblico ministero. Si ricordi infine che è configurabile un'ipotesi di reato a carico di chi detenga il materiale di cui il giudice abbia disposto la distruzione.

Sul punto è intervenuta di recente la Corte di Cassazione, affermando che il contenuto di detti documenti non esclude che la loro accertata esistenza possa costituire notizia di reato, dando luogo ad attività investigative ai fini dell'eventuale esercizio dell'azione penale²⁶⁴. Secondo la Suprema Corte, ad essere precluso alla stregua dell'art. 240 comma 2° c.p.p. sarebbe unicamente l'uso del loro contenuto «a fini diversi da quello investigativo, ossia [...] come fonte di prova o indizio»²⁶⁵.

Pertanto, ove il *dossier*, ad esempio, si limiti a descrivere l'appartenenza di taluno ad un'associazione sovversiva, il suo contenuto non potrà essere speso in sede processuale come prova di tale appartenenza, ma l'accertata esistenza del medesimo potrà in ogni caso costituire notizia di reato, dando luogo ad attività investigativa²⁶⁶.

Conferme in tal senso arrivano peraltro dalla legge di conversione, che ha modificato l'originaria previsione del decreto legge nella parte in cui disponeva che il contenuto di tali

²⁶⁴ Cass., 13 marzo 2007, Mancini, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 1299..

²⁶⁵ Cass., 13 marzo 2007, Mancini, cit., pag. 1299.

²⁶⁶ C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato: dai ripensamenti del legislatore alle prime risposte della giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 1305.

documenti non potesse costituire «in alcun modo notizia di reato, né [...] essere utilizzato a fini processuali o investigativi».

Beninteso, la soppressione durante la fase di conversione di quella formula ha determinato un'inversione di rotta rispetto alla precedente scelta draconiana. La Corte di Cassazione ha peraltro rilevato come tale lettura sia più coerente con gli obiettivi di politica criminale che l'intervento in questione ha inteso realizzare. D'altronde, come rileva la *Relazione di accompagnamento*, le misure sono state introdotte con l'intento di «rafforzare il contrasto all'illegale detenzione di contenuti e dati relativi ad intercettazioni illecitamente effettuate, nonché documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni»²⁶⁷.

Esistono poi ulteriori indicatori lessicali scorrendo l'articolo della novella: l'espressione «in qualunque fase del procedimento», contenuta all'art. 240 comma 2° c.p.p., l'«avviso a tutte le parti interessate che potranno nominare un difensore di fiducia», previsto dal successivo comma 4°, nonché la lettura in dibattito - «sempre consentita» dal nuovo art. 512 comma 1-*bis* c.p.p. – dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione dei materiali sembrano potersi spiegare solo presupponendo l'avvio di un procedimento a carico dei captanti²⁶⁸.

In altre parole, è come se il divieto presupponga l'avvio del procedimento, disinteressandosi di quanto avvenuto prima dell'iscrizione della notizia nel registro di reato.

Beninteso, proprio questa interpretazione che colloca l'impiego di materiali illeciti quale notizia di reato fuori dal perimetro del divieto tracciato dall'odierno art. 240 comma 2° c.p.p. pare quella che consente di perseguire le predette finalità con la stessa efficacia, senza cioè che la protezione della riservatezza prenda il sopravvento sull'accertamento delle responsabilità dei procacciatori²⁶⁹.

²⁶⁷ Cfr. *Relazione di accompagnamento al decreto n. 259/2006*, in *Guida al dir.*, n. 39, pag. 21.

²⁶⁸ C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato*, cit., pag. 1307.

²⁶⁹ C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato*, cit., pag. 1307-1308.

3.3. (Segue): uso come fondamento di altri atti probatori.

Abbiamo visto finora che il tema dell'inutilizzabilità derivata non può essere accostato all'uso decisorio e investigativo di una prova viziata. Non ci resta che spostare l'attenzione sull'uso probatorio dell'atto viziato. A tal proposito, si è detto in precedenza che, ai fini del riconoscimento dell'inutilizzabilità derivata, l'orientamento maggioritario ritiene necessaria la sussistenza di un vincolo non meramente cronologico, bensì giuridico tra i due atti probatori. Sotto questo profilo, l'atto viziato deve costituire la premessa logica e giuridica di quello successivo.

Un possibile indicatore di tale legame, secondo alcuni, può rintracciarsi nella motivazione del provvedimento di emanazione dell'atto probatorio successivo. In realtà, il discorso è più complesso. Abbiamo visto infatti che l'orientamento maggioritario non così sia propenso a considerare rilevante ai fini dell'inutilizzabilità derivata l'eventuale trasmissione del vizio compiuta da un atto probatorio a un successivo provvedimento decisorio, essendo preferibile in questi casi parlare di effetto diretto dell'inutilizzabilità.

Diverso tuttavia è il caso in cui il contagio avvenga tra un atto probatorio e un provvedimento di acquisizione probatoria. A tal proposito, occorre distinguere a seconda che in relazione all'emanazione di quel provvedimento la legge richieda o meno una motivazione, un presupposto o riconosca espressamente un legame con un elemento di prova antecedente.

In caso affermativo, siamo di fronte ad un provvedimento "non gratuito" per la cui diagnosi è opportuno valutare non soltanto i requisiti concomitanti al suo sorgere, ma anche le eventuali acquisizioni che lo hanno preceduto o presupposti che hanno contribuito alla sua realizzazione²⁷⁰.

²⁷⁰ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 644.

In caso negativo, invece, siamo di fronte ad un provvedimento “gratuito”, in relazione al quale la legge non richiede un presupposto necessario, una motivazione, né lo ricollega ad altre prove.

Di conseguenza, l’eventuale collegamento con una precedente acquisizione non assume alcun rilievo processuale, trattandosi di un legame meramente occasionale, inidoneo a realizzare gli effetti dell’inutilizzabilità derivata. Pensiamo all’intercettazione abusiva, alla perquisizione o al sequestro vietati che hanno portato alla scoperta di un testimone o hanno determinato la necessità di un interrogatorio o di un accertamento peritale²⁷¹. Il legislatore non prevede che i provvedimenti con cui si dispone l’interrogatorio, la perizia o si ordina la testimonianza debbano fondarsi su anteriori elementi di prova, sicché l’eventuale collegamento che si instaura con il precedente atto probatorio non si considera giuridico, ma meramente occasionale²⁷².

Si parla in questi casi di «uso orientativo» che non inficia gli atti probatori successivi, ancorché rappresenti la *condicio sine qua non* di questi ultimi²⁷³.

Beninteso, il legame giuridico va ricercato in quei provvedimenti complessi che, come abbiamo anticipato, per espressa previsione normativa rinviano ad un precedente atto probatorio o sono necessariamente sorretti dalla motivazione o da un presupposto che implicitamente richiama altre acquisizioni.

Nel primo caso, il vincolo di dipendenza giuridica affiora nella stessa tipizzazione legale. È la stessa legge infatti che instaura direttamente un rapporto di pregiudizialità giuridica tra i due atti, facendo emergere una seria questione di inutilizzabilità derivata²⁷⁴.

²⁷¹ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 644.

²⁷² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 644.

²⁷³ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 644.

²⁷⁴ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 258

L'esempio normalmente riportato è quello del rapporto tra perquisizione e sequestro, il cui legame giuridico pare affiorare in particolar modo nell'art. 252 c.p.p., in base al quale «le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260» e nelle disposizioni successive. Sul punto torneremo diffusamente nelle prossime pagine, facendo una panoramica sui principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono formati sotto la vigenza del codice Rocco fino ai giorni nostri.

Nel secondo caso, la legge richiede una motivazione che rimanda ad anteriori conoscenze, sicché l'esistenza di un rapporto di mera pregiudizialità logico-naturalistica o di vera e propria pregiudizialità giuridica non può che dipendere dalla motivazione. Ciò significa che ove il provvedimento di acquisizione probatoria non faccia riferimento ad una informazione ottenuta attraverso il precedente dato viziato, si ritiene che la causalità tra i due atti rimanga a livello naturalistico e/o psicologico, non assumendo pertanto alcuna rilevanza giuridica²⁷⁵.

Di conseguenza, il problema dell'inutilizzabilità derivata non si pone, a meno che la motivazione non appaia apodittica²⁷⁶; se, viceversa, la motivazione fa riferimento all'informazione inutilizzabile perché oggettivamente questa costituisce l'unica giustificazione e non è possibile motivare altrimenti, il problema della trasmissione del vizio assume rilievo giuridico.

Pertanto, l'espresso riferimento alla prova inutilizzabile formalizza e rende giuridicamente rilevante il nesso tra i due atti probatori, come peraltro confermato da autorevole dottrina che sottolinea che la trasmissione del vizio tra due atti probatori può avvenire soltanto qualora il successivo appartenga alla categoria dei provvedimenti che debbono obbligatoriamente

²⁷⁵ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 259.

²⁷⁶ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 259.

enunciare le ragioni della loro motivazione, al punto da far emergere l'eventuale influenza esercitata dal precedente atto sul convincimento giudiziale²⁷⁷.

A tal proposito, pensiamo a una perquisizione domiciliare posta in essere sulla base di una informazione inutilizzabile della quale non fa alcun riferimento la motivazione²⁷⁸. Un altro esempio riportato è quello dell'intercettazione compiuta sulla base di anonimi, confessioni estorte o testimonianze inutilizzabili²⁷⁹. In questo caso è il legislatore a subordinare *ex art. 271 comma 1° c.p.p.* l'ammissione con decreto motivato di tale mezzo di ricerca alla sussistenza di "gravi indizi" *ex art. 267 comma 1° c.p.p.*, rendendo implicito il rinvio a precedenti elementi conoscitivi.

Beninteso, ove l'atto anteriore risulti colpito da inutilizzabilità, l'atto successivo (provvedimento) non sarà colpito da mera nullità relativa *ex art. 125 comma 3° c.p.p.*, prevalendo così il vizio più grave²⁸⁰.

Vale la pena infine richiamare alcune ipotesi in cui la legge considera una determinata acquisizione non già come base di un successivo provvedimento ammissivo, ma come "componente" e "strumento" per un successivo procedimento di formazione di un'altra prova²⁸¹. Ciò vale, ad esempio, per le dichiarazioni indizianti invalide secondo l'art. 63 c.p.p. e per la confessione estorta *ex artt. 188 e 64 comma 2 c.p.p.*

²⁷⁷ P. FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, cit., pag. 1986

²⁷⁸ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., pag. 258, nota 12.

²⁷⁹ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 645.

²⁸⁰ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 645.

²⁸¹ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 645.

Tali dichiarazioni, infatti, rendono invalide pure le eventuali dichiarazioni ulteriori che – conseguendo alla contestazione in tal senso illegittima – da esse vengono a dipendere²⁸².

Abbiamo così definito l'oggetto dell'inutilizzabilità derivata, distinguendolo dagli altri fenomeni di propagazione del vizio, insuscettivi di assumere rilievo processuale o diversamente qualificati e, di conseguenza, sanzionati dal legislatore.

Non ci resta, a questo punto, che spostare l'attenzione sulla problematica relativa al rapporto tra perquisizione e sequestro, in ordine alla quale dottrina e giurisprudenza, già sotto il vigore del codice Rocco, si sono maggiormente confrontate.

4.1. Il rapporto fra perquisizione e sequestro: “male captum bene retentum”

o propagazione del vizio? Breve premessa.

Dopo aver analizzato l'istituto dell'inutilizzabilità derivata, cercando di definire l'oggetto e i limiti della sua applicazione, è giunto il momento di spostare l'attenzione sul tema che più ha visto in dottrina e in giurisprudenza tale riflessione svilupparsi.

Come più volte ricordato, è in relazione al rapporto tra perquisizione e sequestro che si è sviluppato, già sotto la vigenza del codice Rocco, un acceso dibattito in ordine all'ammissibilità dei risultati frutto di attività perquisente illecita.

La questione si poneva per lo più in relazione alle prove acquisite a seguito di una perquisizione disposta in forza di un decreto non motivato o senza l'osservanza delle forme stabilite dal codice, ovvero di una perquisizione eseguita *motu proprio* dalla polizia giudiziaria fuori dai casi consentiti o non convalidata successivamente dal magistrato²⁸³.

²⁸² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., pag. 645-646.

²⁸³ Sul punto, F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pag. 1132.

In tali casi, oltre alla violazione di norme processuali, si configurava una violazione delle norme penali sostanziali, sicché il problema veniva posto anche in relazione all'illiceità della perquisizione. A tal proposito, venivano richiamati l'art. 609 c.p. che incrimina il fatto del pubblico ufficiale che esegue una perquisizione, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, l'art. 615 c.p. che punisce una perquisizione locale arbitraria, compiuta in violazione del domicilio e, infine, l'art. 610 c.p. che integra la violenza privata²⁸⁴

Come abbiamo più volte ricordato, oggetto di discussione non era soltanto il regime di ammissibilità delle prove frutto di attività illecita, ma anche la loro incidenza sulle acquisizioni successive. Si trattava dunque di valutare il rapporto tra una prova illegittima e illecita e una successiva prova il cui reperimento era stato agevolato.

Si è visto in precedenza che tale questione aveva costituito terreno di scontro tra due opposti schieramenti: il primo, accogliendo la tesi del "male captum bene retentum", negava in generale la configurabilità del fenomeno della propagazione del vizio nel campo probatorio, affermando con riguardo al rapporto tra perquisizione e sequestro, l'autonomia giuridica i due atti coercitivi (perquisizione e sequestro); il secondo, più vicino alla tesi dei "frutti dell'albero avvelenato", proclamava l'esistenza di un vincolo di dipendenza giuridica idoneo a rendere operativo il meccanismo dell'invalidità derivata, ciò anche sul rilievo che una perquisizione illecita si poneva in contrasto con le norme costituzionali, dovendo di questa escludersi una qualsiasi efficacia probatoria.

Il dibattito non pare aver raggiunto un definitivo punto d'approdo nemmeno con l'entrata in vigore del codice del 1989. Se, da un lato, il legislatore ha riservato un intero capo ai mezzi di ricerca della prova, facendovi rientrare una puntuale disciplina riguardante la perquisizione e il sequestro; dall'altro, nulla ha aggiunto in merito alla natura

²⁸⁴ Per un approfondimento, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, I delitti contro la persona*, Padova, 1995, pag. 375 ss.

del rapporto che lega i due atti, né in ordine alla diretta applicabilità al processo delle norme penali sostanziali e costituzionali²⁸⁵.

Sotto il primo profilo, manca una previsione specifica che chiarisca se sono sequestrabili le prove costituenti il frutto di una perquisizione compiuta in violazione di un divieto stabilito dalla legge. La questione non pare risolta neppure richiamando la nuova sanzione dell'inutilizzabilità, introdotta nel contesto della riforma del codice di rito.

Si è osservato, in proposito, che l'attuale disciplina non ha in alcun modo recepito l'istituto dell'inutilizzabilità derivata. L'art. 191 c.p.p. infatti nulla dispone a riguardo. Allo stesso modo, l'art. 185 comma 1° c.p.p., norma che riproduce il testo dell'art. 189 comma 1° del codice Rocco, ammette la propagazione del vizio con riferimento agli atti processuali affetti dal vizio di nullità.

Sul punto un diverso indirizzo ha rilevato che, assumendo un simile approccio alla problematica in esame, si rischierebbe di ravvisare in ambito probatorio una continuità normativa tra i due codici, smentita dai numerosi rilievi che abbiamo fatto nel primo capitolo. Non dimentichiamo infatti che il nuovo codice di procedura penale, nell'ottica di recupero della razionalità e dell'efficienza nell'amministrazione della giustizia, ha inteso reagire alle "degenerazioni giurisprudenziali" che si registravano sul terreno del libero convincimento²⁸⁶.

A tal fine, il legislatore ha posto un efficace sbarramento alla possibilità per il giudice di conoscere determinati elementi di prova, in quanto viziati o formati in una fase procedimentale priva dei caratteri del contraddittorio.

²⁸⁵ Vedi capitolo 1 par. 5 e 6 a proposito di prove illecite e incostituzionali.

²⁸⁶ R. MAGI, *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, cit., pag. 74

La scelta poi di affidare la tutela della legalità in ambito probatorio ad una sanzione *ad hoc*, avente caratteristiche diverse rispetto alla nullità, così come l'elaborazione di nuova concezione della prova, rivelano un importante segnale di rottura rispetto al passato.

Occorre dunque inquadrare la problematica relativa al rapporto tra perquisizione e sequestro all'interno della nuova cornice legislativa senza mai perdere di vista la vera *ratio* sottesa alla riforma del codice di procedura penale.

4.2. Cenni sulla disciplina delle perquisizioni.

Fatte queste considerazioni preliminari, riteniamo opportuno iniziare, esaminando le principali disposizioni che regolano i due mezzi di ricerca della prova; la qual cosa ci permetterà se non altro di comprendere più nel dettaglio i termini del problema e di ricercare una possibile soluzione interpretativa, tenendo conto degli importanti contributi che al tema dell'inutilizzabilità derivata dottrina e giurisprudenza finora hanno saputo offrire.

Si è detto in apertura di paragrafo che sulla controversa problematica del rapporto tra perquisizione e sequestro nemmeno il legislatore del nuovo codice sembra aver preso una posizione netta. In effetti, l'attuale disciplina non presenta, rispetto alle corrispondenti disposizioni del codice abrogato, profili rilevanti di novità, per lo meno con riguardo ai presupposti (formale e sostanziale) e alle finalità dei predetti istituti.

Si tratta pur sempre di due atti a natura coercitiva finalizzati alla ricerca e assicurazione di elementi di prova da utilizzare a fini investigativi o in giudizio.

Tuttavia, non si può negare – come la più attenta dottrina ha osservato – che con l'entrata in vigore del nuovo codice si è assistito ad un generale rafforzamento della

dimensione garantista dei predetti istituti. Tale rafforzamento si spiega in quanto il legislatore ha voluto adeguare la disciplina dei due mezzi di ricerca della prova ai principi costituzionali che tutelano la libertà personale, domiciliare (per quanto riguarda la perquisizione), ma anche la libera iniziativa economica e la proprietà privata (per quanto riguarda il sequestro).

A tal proposito, vale la pena ricordare che l'art. 13 Cost., nel sancire l'inviolabilità della libertà personale, stabilisce che «non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge» (comma 1°).

La norma prosegue attribuendo all'autorità di pubblica sicurezza «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge» il potere di adottare provvedimenti provvisori, da comunicare all'autorità giudiziaria entro 48 ore per un'eventuale convalida che, a sua volta, deve essere compiuta nelle successive 48 ore, pena la revoca del provvedimento con l'eliminazione di ogni effetto (comma 2°).

Una previsione simile la troviamo nell'art. 14 Cost., che riconosce l'inviolabilità del domicilio, ammettendo le ispezioni, perquisizioni o sequestri nei casi e modi stabiliti dalla legge, secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

Detto ciò, il legislatore del codice del 1989 ha distinto le perquisizioni personali da quelle locali, prevedendo nell'ambito del *genus* perquisizione locale la *species* perquisizione domiciliare, disciplinata dall'art. 251 c.p.p. Inoltre, conformemente a quanto disposto dagli artt. 13 comma 2° e 14 comma 2° Cost., ha stabilito che l'atto con cui l'autorità giudiziaria dispone la perquisizione è un decreto motivato (art. 247 comma 2° c.p.p.), rendendo possibile un controllo sulla legittimità del provvedimento restrittivo della libertà personale e domiciliare.

La nuova disciplina ha poi mantenuto tra le finalità della perquisizione l'individuazione ed assicurazione al processo di elementi di natura probatoria, da un lato, la necessità di procedere all'arresto dell'imputato o dell'evaso, dall'altro. Quanto alle perquisizioni personali,

l'art. 247 comma 1° c.p.p. richiede il «fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato»; nel caso di perquisizione locale, l'art. 247 comma 2° c.p.p. richiede il fondato motivo che tali cose si trovino in un determinato luogo, ovvero che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o dell'evaso.

Sul punto si è rilevato che il mutamento linguistico, avvenuto con l'entrata in vigore del nuovo codice, che ha segnato il passaggio dall'espressione «sospettare» (di cui all'art. 332 comma 1° del codice Rocco) a «ritenere», assume in sé un significato ben preciso.

La differenza terminologica lascia chiaramente intendere che per disporre la perquisizione sia necessaria la presenza di indizi concreti, non essendo sufficienti i meri sospetti²⁸⁷. Tale interpretazione è stata accolta dalla Corte di Cassazione, che ha ribadito che l'autorità giudiziaria, nel motivare il provvedimento di perquisizione, debba far leva su «indizi di un certo rilievo» convergenti nella prospettiva di accreditare la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi sulla persona o nel luogo da perquisizione²⁸⁸.

La sussistenza di indizi di un certo rilievo non è comunque sufficiente a giustificare la fondatezza del motivo della perquisizione. L'autorità deve precisare il contesto probatorio in cui lo specifico atto di indagine si colloca tramite l'indicazione sia della condotta criminosa sia delle norme violate.

Sotto il primo profilo, il decreto che dispone la perquisizione dovrà illustrare il fatto storico con gli opportuni riferimenti spaziali e temporali, in modo da determinare il *thema probandum*²⁸⁹. Ciò sul rilievo che la perquisizione non è un mezzo per acquisire la *notitia criminis*, ma uno strumento di ricerca di elementi di prova utili all'accertamento penale²⁹⁰.

²⁸⁷ D. SIRACUSANO, *Le prove*, in *Dir. proc. pen.*, I, Milano, 2011, pag. 400

²⁸⁸ Cass., 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 117

²⁸⁹ Cass., 22 febbraio 1994, Corona, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 132, m. 123. In questo caso, la Corte di Cassazione ha annullato per carenza di motivazione un provvedimento di perquisizione locale (e conseguente sequestro) emesso dal pubblico ministero, in cui si affermava procedersi per i delitti previsti dagli artt. 416 c.p., 1-2 della

Sotto il secondo profilo, la necessaria determinazione della qualificazione giuridica della condotta criminosa esige la specificazione delle imputazioni poste a fondamento dell'attività investigativa, attraverso l'indicazione, anche sommaria, delle fattispecie criminose addebitate e dei fatti specifici e concreti e attribuiti, in relazione ai quali si cercano il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti.

Infine, la motivazione deve spiegare la necessità dell'attività perquirente, strumentale al reperimento degli elementi probatori e contenere l'indicazioni delle cose da ricercare. In altre parole, deve essere posta in rilievo la relazione esistente tra l'oggetto materiale del sequestro e il reato per cui si procede²⁹¹.

Quanto al grado di specificazione dell'indicazione delle cose da ricercare, si segnalano due opzioni interpretative: da un lato, chi considera legittimo l'impiego nella parte motivazionale del decreto di perquisizione, della formula «quanto ritenuto rilevante ai fini delle indagini», laddove non sia possibile allo stato delle indagini individuare le cose oggetto dell'attività perquirente, ferma restando la determinazione del luogo o della persona su cui effettuare la ricerca²⁹²; dall'altro chi, al fine di scongiurare il pericolo di un uso improprio della perquisizione volta alla ricerca della *notitia criminis*, reputa necessaria la preventiva individuazione e la specifica indicazione delle cose da ricercare²⁹³.

Il nuovo codice non manca di individuare i soggetti titolari del potere perquisente: il giudice e il pubblico ministero. In proposito, l'art. 247 comma 3° c.p.p. consente

legge 25 maggio 1982, n. 17 senza specificare il tipo di attività illecita posta in essere nell'ambito delle associazioni criminose.

²⁹⁰ Cass., 13 marzo 1992, Casini, cit., pag. 117-118. Sul punto vedi G.M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, cit., pag. 894 ss.; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notitia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1883.

²⁹¹ Cass., sez. un., 28 maggio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 1913, m. 620.

²⁹² Cass., 30 aprile 1997, Corini e altri, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 397 ss.

²⁹³ L. IANNONE, *Sulle condizioni legittimanti la perquisizione domiciliare*, in *Cass. pen.*, pag. 1544.

all'autorità giudiziaria di procedere personalmente alla perquisizione o di disporre, previa delega, che l'atto sia compiuto da ufficiali di polizia giudiziaria.

Pur trattandosi di un "atto a sorpresa", il legislatore non esclude talune garanzie difensive. In particolare, prima di procedere alla perquisizione personale, è consegnata all'interessato una copia del decreto, con avviso della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché prontamente reperibile e idonea a intervenire come testimone agli atti del procedimento.

In ogni caso, la perquisizione personale deve essere eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto (art. 249 comma 1° c.p.p.).

Analoghe disposizioni sono dettate con riguardo alle perquisizioni locali, fermo restando che l'atto di iniziare le operazioni deve essere consegnato sia all'imputato sia a chi dispone del luogo (art. 250 c.p.p.), tenendo conto, salvo casi urgenti, dei limiti temporali previsti per lo svolgimento della perquisizione domiciliare (art. 251 c.p.p.).

Disposizioni particolari sono dettate qualora la perquisizione nel corso delle indagini preliminari venga affidata all'iniziativa della polizia giudiziaria. Si veda in proposito l'art. 352 comma 1° e 2° c.p.p., che pone i casi di flagranza ed evasione a presupposto delle perquisizioni personali o locali, operate *motu proprio* dalla polizia giudiziaria, sempre che vi sia fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse o che tali cose o tracce si trovino in un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso.

Diversamente, al fine di eseguire un'ordinanza di custodia cautelare o un ordine nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti che implicano l'arresto obbligatorio in flagranza, ovvero quando si deve procedere al fermo di una persona indiziata di delitto, la perquisizione personale o locale è disposta se, oltre ai presupposti appena descritti, sussistono particolari motivi di urgenza che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di perquisizione (art. 352 comma 3° c.p.p.).

In ogni caso, la polizia giudiziaria è tenuta – senza ritardo, e non oltre le 48 ore – a trasmettere al pubblico ministero del luogo dove la perquisizione è stata eseguita il verbale delle operazioni compiute (art. 352 comma 4° c.p.p.). Il pubblico ministero, se ne ricorrono i presupposti, nelle successive 48 ore, convalida la perquisizione.

Disposizioni particolari sono dettate anche con riguardo alla perquisizione presso gli uffici dei difensori. L'art. 103 c.p.p. tutela in via specifica la libertà e inviolabilità del domicilio professionale, ponendo alcuni limiti alle perquisizioni negli uffici dei difensori. Ai sensi dell'art. 103 comma 1° c.p.p., queste sono consentite in due ipotesi: quando i difensori o «altre persone che svolgono attività nello stesso ufficio sono imputati limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito» (lett. *a*), ovvero «per ricercare cose o persone specificamente predeterminate» (lett. *b*).

Rispetto all'ipotesi di cui all'art. 247 comma 1° c.p.p., si ritiene che in questo caso la perquisizione mira a ricercare non solo persone, ma pure cose specificamente predeterminate, in tal modo realizzando l'intento di contenere nello stretto necessario il sacrificio della libertà del domicilio professionale del difensore.

Un ulteriore limite alla perquisizione finalizzata alla ricerca di cose specificamente predeterminate è dato dal divieto di sequestro delle «carte e dei documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo costituiscano corpo del reato» (art. 103 comma 2° c.p.p.). Oltre che nell'oggetto, la perquisizione negli uffici dei difensori si contraddistingue per il soggetto legittimato a disporla, che è sempre il giudice (art. 103 comma 4° c.p.p.). Quest'ultimo può ordinare la perquisizione e procedervi personalmente oppure, nel corso delle indagini preliminari, autorizzare il pubblico ministero a procedervi.

Ulteriori garanzie sono previste dall'art. 103 comma 3° c.p.p., che stabilisce, a pena di nullità, che l'autorità giudiziaria debba avvisare il consiglio dell'ordine forense del luogo affinché

il presidente o consigliere da questo delegato possa assolvere alle operazioni e, se assiste, possa richiedere e vedersi consegnata copia del provvedimento.

Infine, un'altra norma importante da richiamare è l'art. 103 co. 7° c.p.p., in base al quale i risultati delle perquisizioni eseguite in violazione delle precedenti disposizioni sono inutilizzabili, salvo quanto previsto dal comma 3°, che – come abbiamo visto – commina la nullità per l'omesso avviso al consiglio dell'ordine forense.

Veniamo così alla disciplina del sequestro probatorio che, come emerge dalla lettura dell'art. 252 c.p.p., sembra essere consequenziale a una perquisizione che ha avuto esito positivo²⁹⁴. Tale norma dispone infatti che «Le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260».

Come vedremo, la stessa viene invocata da quella parte della dottrina che sottolinea il rapporto funzionale tra i due atti coercitivi, tale da giustificare il ricorso all'inutilizzabilità derivata ove la perquisizione risulti illegittima. Dall'altro lato, l'orientamento più vicino alla tesi del “male captum bene retentum” pone in rilievo come questa norma, nel combinato disposto con l'art. 253 c.p.p., imponga all'autorità procedente di sottoporre a sequestro i risultati della perquisizione, in particolare, il corpo del reato e le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti.

Occorre chiarire che, rispetto al codice previgente, l'attuale disciplina del sequestro non prevede un unico regime indifferenziato di coercizione reale. Il codice del 1989 ha distinto infatti varie forme di sequestro a seconda dell'oggetto e degli scopi perseguiti: da un lato, il sequestro probatorio, caratterizzato da uno scopo endoprocedurale, rientra nel libro III, titolo III, attinente ai «mezzi di ricerca della prova»; dall'altro, il sequestro

²⁹⁴ BELLANTONI pone in rilievo l'avvenuto livellamento del trattamento normativo della perquisizione e del sequestro diversamente disciplinato, invece, dal codice di rito previgente. G. BELLANTONI, voce *Perquisizioni*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, pag. 2.

preventivo, volto ad evitare il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso o agevolare la commissione di altri reati, e quello conservativo, tendente ad impedire che vengano meno le garanzie patrimoniali per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese e dei crediti dello Stato connessi al procedimento. Questi ultimi sono disciplinati nel libro IV, titolo II, riguardante le «misure cautelari». Delle tre tipologie di sequestro qui richiamate, ci interessa parlare di quello probatorio.

Il sequestro probatorio è un atto di coercizione reale teso all'assicurazione di *res* dotate di idoneità rappresentativa dei fatti oggetto dell'investigazione e del giudice, che se acquisite possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice²⁹⁵.

In base all'art. 253 comma 1° c.p.p., esso risponde ad una finalità di «accertamento dei fatti» ed ha per oggetto il «corpo del reato» e le «cose pertinenti al reato». L'art. 253 comma 2° c.p.p. definisce corpo del reato «le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso, nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, profitto o il prezzo»²⁹⁶. Si tratta, a ben vedere, di tutti quei beni che hanno un rapporto diretto ed immediato con il reato stesso, che sono acquisiti direttamente o per effetto del crimine, ovvero dati o promessi al colpevole per la sua consumazione²⁹⁷.

In ordine alla nozione di cose pertinenti al reato, il legislatore non fornisce alcun elemento definitorio. Sul punto, la giurisprudenza ha però chiarito che all'interno della

²⁹⁵ S. MONTONE, *Sequestro penale*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, pag. 253.

²⁹⁶ Mancava sotto il codice Rocco un'espressa definizione di «corpo del reato». L'art. 332 del codice previgente parlava soltanto delle «cose pertinenti al reato». Ciò nonostante, con tale termine si faceva riferimento al mezzo usato per commettere il delitto (si pensi all'arma), o all'oggetto materiale della condotta (quale il cadavere dell'ucciso) ovvero al prodotto del reato (come le monete false) o alle tracce del reato (quali i segni dello scasso). Sul punto, G. CONSO-M. BARGIS, *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, 1992, pag. 113. Secondo la giurisprudenza, il «prodotto» si identifica con la cosa creata, trasformata od ottenuta con la condotta criminosa, il «profitto» è dato dai beni o dalle utilità conseguite mediante la realizzazione del prodotto del reato; per «prezzo» si deve intendere il valore di scambio di un bene a fronte della commissione di un reato; Cass. 20 gennaio 1992, Rossi, ANPP, 1992, pag. 614.

²⁹⁷ Cass. sez. un., 3 luglio 1996, Chabni, in *Cass. pen.* 1997, pag. 971.

nozione di cose pertinenti al reato rientrano tutte le cose, mobili od immobili, che servono, anche indirettamente, ad accertare la consumazione dell'illecito, il suo autore, e le altre circostanze rilevanti ai fini di causa quali quelle inerenti alle modalità di preparazione e di esecuzione del reato ed ai suoi moventi²⁹⁸.

Non è qui possibile, per ragioni di economia espositiva, rendere conto di tutte le caratteristiche inerenti le due categorie oggetto di sequestro probatorio. Ci limitiamo a segnalare, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, che tra cose pertinenti al reato e corpo del reato intercorre un rapporto di *genus a species*²⁹⁹. Va rilevato inoltre che la sussistenza di una relazione tra l'oggetto materiale del sequestro e il reato per cui si procede deve essere evidenziata sia per le cose pertinenti al reato sia per il corpo del reato, fermo restando che in relazione a quest'ultimo la necessità appare *in re ipsa*³⁰⁰.

Detto ciò, l'idoneità rappresentativa, che abbiamo visto essere elemento strutturale sia del corpo del reato che della cosa ad esso pertinente, per giustificare l'ablazione deve essere accompagnata da un'ulteriore condizione: la necessità della *res* ai fini dell'accertamento. Si inserisce in questo quadro la disciplina della restituzione, che interviene «quando non è più necessario mantenere il sequestro a fini di prova» (art. 262 comma 1° c.p.p.).

²⁹⁸ Cass. 12 febbraio 2002, Pedron, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 970.

²⁹⁹ N. TRIGGIANI, *Ispersioni, perquisizioni e sequestri*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. II, *Prove e misure cautelari*, Tomo I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, pag. 340. La Corte di Cassazione ha precisato (con riguardo al sequestro) che la nozione di cose pertinenti al reato include, oltre al *corpus delicti* e ai *producta sceleris*, le cose che servono anche indirettamente ad accertare la consumazione dell'illecito, il suo autore e le circostanze del reato, con riferimento ad ogni possibile legame, individuabile caso per caso, tra le cose stesse e l'accertamento dell'illecito, che sia ritenuto rilevante ai fini del processo. Cass., 21 ottobre 1996, Patanè, in *CED*, n. 206639; Cass. 12 maggio 1994, Pizzarella, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, pag. 684.

³⁰⁰ Cass., sez. un., 11 febbraio 1994, Carella ed altri, in *Cass. pen.*, 1994, pag. 2913, m. 1812, con nota di F. RIGO: «In tema di sequestro probatorio, in relazione alle cose che assumono la qualifica di “corpo del reato” non è necessario fornire la dimostrazione della necessità del sequestro in funzione di accertamento dei fatti, atteso che l'esigenze probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa*. Ne consegue che i provvedimenti dell'autorità giudiziaria di sequestro e convalida del sequestro sono sempre legittimi quando abbiano ad oggetto cose qualificabili come “corpo del reato” essendo necessario e sufficiente, a tal fine, che risulti giustificata tale qualificazione, senza che occorra specifica motivazione sulla sussistenza nel concreto delle finalità proprie del sequestro probatorio».

Il che può avvenire «prima della sentenza» (art. 262 comma 1° c.p.p.) o al momento del giudicato (art. 262 comma 4° c.p.p.), quando si è esaurito lo scopo assicurativo del sequestro e quello rappresentativo della *res* sequestrata.

Quanto ai soggetti attivi, occorre rilevare che il sequestro a fini probatori, disciplinato dall'art. 253 c.p.p., può essere disposto esclusivamente dall'autorità giudiziaria, fatta salva l'ipotesi in cui alla polizia giudiziaria è consentito l'esercizio di un potere autonomo di ablazione assicurativa d'urgenza, secondo quanto dispone l'art. 354 c.p.p.

L'atto con cui l'autorità giudiziaria dispone il sequestro è il decreto motivato, a pena di nullità *ex art.* 125 c.p.p. Tra i requisiti minimi, normalmente individuati dalla giurisprudenza ai fini della legittimità del sequestro, compaiono gli estremi essenziali di tempo, luogo ed azione che delineano la fattispecie concreta, le norme che si assumono violate e una diagnosi, quantomeno sommaria, circa la necessità probatoria della *res*³⁰¹.

Un ultimo profilo che è il caso di analizzare prima di affrontare più nel dettaglio la questione dell'inutilizzabilità derivata tra perquisizione e sequestro, riguarda il regime di impugnazione dei due atti coercitivi. È opportuno infatti precisare il mezzo di impugnazione è previsto espressamente solo per il sequestro. Dispone, in proposito, l'art. 257 comma 1° c.p.p. che il decreto di sequestro può essere impugnato mediante richiesta di riesame anche nel merito. Si applicano, in questo caso, le regole previste per il sequestro preventivo dall'art. 324 c.p.p., con la possibilità di ottenere dal giudice collegiale competente la verifica circa la sussistenza delle condizioni che, nel merito ed in legittimità, possono sostenere una ablazione processuale³⁰². Avverso il provvedimento del tribunale del riesame, è dato proporre ricorso per cassazione «per violazione di legge» *ex art.* 325 c.p.p.

³⁰¹ S. MONTONE, *Sequestro penale*, cit., pag. 256.

³⁰² S. MONTONE, *Sequestro penale*, cit., pag. 260.

Discussa è la possibilità di ammettere il riesame, prendendo in considerazione anche i vizi relativi alla perquisizione che ha preceduto il sequestro. In questo modo, si consentirebbe al giudice, in sede di riesame del sequestro, di controllare anche la legittimità della perquisizione.

La questione è di non poco momento. Risolverla significa prendere posizione in ordine al rapporto che lega i due atti coercitivi e riconoscere, ove si risponda affermativamente, il fenomeno della propagazione del vizio attraverso l'istituto del riesame.

Sul punto, si sono delineati due opposti schieramenti in dottrina e in giurisprudenza: da un lato, chi invoca il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione *ex. art. 568 c.p.p.*, ponendo in rilievo come il legislatore non abbia previsto alcun rimedio in riferimento al decreto di perquisizione; dall'altra, chi preferisce interpretare estensivamente la disciplina del riesame, ammettendo il controllo di legittimità della perquisizione³⁰³.

Le Sezioni Unite della Cassazione sembrano aver aderito a quest'ultima interpretazione, precisando che il tribunale della libertà può estendere il controllo anche al decreto di perquisizione quando questo è inserito, insieme al decreto di sequestro in un "unico contesto", fermo restando che l'indagine sul primo deve essere strumentale all'accertamento circa la legittimità del secondo³⁰⁴. Ne discende che le eventuali censure attinenti alla perquisizione non possono trovare uno spazio autonomo.

Tale posizione è stata recentemente criticata da una parte della dottrina. Si sostiene, in particolare, che la stretta interdipendenza che lega i due atti rende difficile individuare un vizi del provvedimento di perquisizione, che possa dar luogo ad una autonoma censura senza riverberarsi sul sequestro. Sotto questo profilo, si ritiene più corretto affermare che se

³⁰³ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale* (2007), cit., pag. 302.

³⁰⁴ Cass., sez. un., 20 novembre 1996, Bassi ed altro, in *Cass. pen.*, 1997, pag. 1673, m. 978.

una parte del provvedimento complesso di perquisizione e sequestro presenta vizi, questi lo riguarderanno per intero³⁰⁵.

4.3. Segue: casi di inutilizzabilità in materia di perquisizione e sequestro.

Finora si è parlato dei due istituti, presi singolarmente, cercando di sciogliere i principali snodi interpretativi che l'attuale disciplina presenta. Siamo in grado, a questo punto, di entrare più nel vivo del rapporto tra perquisizione e sequestro, affrontando nel dettaglio la controversa questione dell'inutilizzabilità derivata che caratterizza i due istituti.

Sul punto, si è opportunamente rilevato che la perquisizione è un mezzo di ricerca della prova «prodromico per il compimento di altri atti processuali»³⁰⁶, essendo normalmente, ma non necessariamente e inscindibilmente collegato con il sequestro nei cui confronti mantiene una precisa autonomia. In effetti, il sequestro, benché non sempre si ricolleghi necessariamente ad una perquisizione, godendo di vita autonoma tutte le volte in cui le *res* da vincolare a fini processuali non debbono essere rilevate, fa seguito, secondo l'*id quod plerumque accidit*, ad una attività di ricerca coattiva, rappresentandone lo sbocco tipico, l'epilogo auspicato dall'autorità procedente.

Tuttavia, non c'era e non c'è tuttora conformità di vedute in ordine alla natura del rapporto che intercorre tra i due atti tipici. È possibile infatti definire in un modo o nell'altro il rapporto che lega i due atti, a seconda dell'impostazione teorica che si intende accogliere, della

³⁰⁵ G. BELLANTONI, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Foro it.*, 2000, pag. 293.

³⁰⁶ E. BASSO, *Perquisizione*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II., Torino, 1990, pag. 698.

risoluzione delle problematiche concernenti i profili motivazionali e il regime di impugnazione del provvedimento di sequestro, nonché degli eventuali aspetti patologici del nesso in parola.

I problemi, in particolare, scaturiscono dal regime sanzionatorio da ascrivere a situazioni in cui la norma violata, in materia di perquisizione, concerne la legittimazione ad eseguire la perquisizione, ovvero la mancata autorizzazione a procedere o la violazione di limiti concernenti le modalità esecutive.

Occorre dunque chiarire in quali ipotesi l'invalidità della perquisizione sia in grado di configurare il meccanismo della propagazione del vizio, andando ad incidere sul sequestro stesso. Ciò implica un richiamo alle principali disposizioni che regolano sotto il profilo patologico l'istituto della perquisizione, dando rilievo soprattutto a quelle previsioni che direttamente o indirettamente prevedono l'inutilizzabilità dei risultati.

A tal proposito, nessun dubbio si pone in relazione alle ipotesi di inutilizzabilità speciale, poiché il legislatore stesso ad indicare il regime sanzionatorio che consegue ad un'eventuale violazione delle norme. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 343 c.p.p., norma questa che vieta espressamente, a pena di inutilizzabilità, il compimento della perquisizione personale o domiciliare nei confronti di un soggetto rispetto al quale è possibile procedere solo in base ad autorizzazione. La *ratio* del divieto normativo, in questo caso, risiede nella necessità di tutelare l'imputato, in quanto rappresentante di un organo pubblico contro eventuali "azioni di disturbo" da parte del potere giudiziario.

Una seconda fattispecie di inutilizzabilità speciale è rinvenibile nell'art. 103 comma 7° c.p.p., in base al quale sono tra l'altro inutilizzabili i risultati di perquisizioni effettuate presso lo studio di un difensore in violazione delle precedenti disposizioni che regolano l'*an* e il *quomodo*. Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 103 comma 1° c.p.p. che pone dei limiti soggettivi e oggettivi a tali perquisizioni: sotto il primo profilo, ammettendole nel caso in cui i difensori o altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio, sono imputati,

limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito; sotto il secondo profilo, per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate. L'art. 103 comma 2° c.p.p. precisa poi che alla perquisizione non può conseguire il sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo costituiscano corpo del reato. Una previsione simile la ritroviamo all'art. 103 comma 6° c.p.p., laddove si vieta il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore, salvo l'autorità giudiziaria abbia il fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato. Infine, l'art. 103 comma 7° c.p.p. riconosce espressamente l'inutilizzabilità dei risultati di una perquisizione o sequestro, compiuti negli uffici dei difensori, laddove a procedervi non sia il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero autorizzato dal giudice stesso. In altre parole, si ha inutilizzabilità quando la perquisizione è compiuta dalla polizia giudiziaria che opera *motu proprio* o su delega, oppure del pubblico ministero non munito del provvedimento autorizzatorio del giudice per le indagini preliminari.

Più complessa è la questione del regime sanzionatorio da attribuire a violazioni concernenti norme in ordine alle quali il legislatore non ha previsto espressamente la sanzione dell'inutilizzabilità. Se sull'inosservanza del dovere di motivazione del provvedimento che dispone la perquisizione (artt. 247 comma 2° e 103 comma 4° c.p.p.) non sembrano esserci particolari dubbi, giacché questo lo si ricollega più o meno pacificamente al regime della nullità relativa *ex art. 181 c.p.p.*³⁰⁷, maggiori problemi sollevano le altre ipotesi, sulle quali riteniamo opportuno soffermarci, senza pretese di completezza.

A tal proposito, viene in considerazione l'art. 352 c.p.p. che disciplina l'iniziativa autonoma della polizia giudiziaria. Ci si chiede, in particolare, se l'attività della polizia

³⁰⁷ Cass., 27 dicembre 1995, Melillo, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1934, m. 1132. Pensiamo ad un decreto di perquisizione e sequestro preceduto da denuncia anonima oppure alla carenza sotto il profilo dell'imputazione, laddove l'autorità procedente si sia limitata ad un mero richiamo della fattispecie incriminatrice oppure alla mancata indicazione specifica delle cose da sequestrare.

giudiziaria compiuta al di fuori dei presupposti possa incidere sull'idoneità probatoria dei risultati, sotto il profilo dell'inutilizzabilità. Pensiamo alle tracce o ai segni pertinenti al reato rinvenuti nel corso di una perquisizione attuata in assenza di flagranza del reato. Sul punto, un primo orientamento risponde affermativamente, sostenendo che il pubblico ministero in questi casi ha l'obbligo di astenersi dal convalidare l'atto eseguito in carenza di presupposti, quando si avveda che la deviazione dal modello normativo ha generato risultati probabilmente non obiettivi. La convalida verte infatti su una puntuale verifica dei risultati, assumendo rilievo anche le modalità con cui questi sono stati ottenuti³⁰⁸.

Un secondo orientamento ritiene opinabile tale interpretazione, sul rilievo che un divieto probatorio è rinvenibile soltanto in presenza di un limite al potere istruttorio; inoltre, la norma in questione non pare tutelare i valori primari quali il diritto di difesa o l'attendibilità dell'accertamento, sicché è da escludersi anche in via indiretta l'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità³⁰⁹.

Una questione esetica ancora più complessa attiene all'individuazione delle conseguenze della mancata convalida, da parte del pubblico ministero, della perquisizione compiuta *motu proprio* dalla polizia giudiziaria. Anche su questo tema si confrontano due opposti schieramenti: da un lato, chi considera inutilizzabili i risultati della perquisizione *motu proprio* della polizia giudiziaria, successivamente non convalidata. Ciò sul rilievo che l'art. 352 comma 4° c.p.p. è norma che riproduce un divieto probatorio da ricollegare alla tutela dell'attendibilità dell'accertamento, giustificando così il ricorso alla sanzione dell'inutilizzabilità, sebbene non sia prevista espressamente³¹⁰.

³⁰⁸ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 150 ss. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 220.

³⁰⁹ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., pag. 263. P. FELICIONI, *Le ispezioni e perquisizioni*, Milano, 2012, pag. 553.

³¹⁰ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 219 ss.

Una diversa interpretazione afferma peraltro che, in questo caso, l'inutilizzabilità del verbale di perquisizione discende direttamente dagli artt. 13 comma 3° e 14 comma 2° Cost., che affermano che la perquisizione non convalidata resta priva di ogni effetto³¹¹. Le soluzioni qui richiamate sono smentite dall'indirizzo opposto rinvenibile all'interno dell'art. 352 c.p.p. alcun divieto di acquisizione probatoria, avendo la mancata convalida solamente conseguenze disciplinari e penali per i perquirenti. Si afferma, in particolare, che laddove la prova risulti ammissibile, non rilevano le modalità di esecuzione, poiché che conta veramente è il rinvenimento di una cosa che sia obiettivamente sequestrabile³¹². Inoltre il legislatore lo dice espressamente quando i risultati di un atto non convalidato non debbano essere utilizzati. Si richiama, in proposito, l'art. 267 comma 2° c.p.p., che prevede l'inutilizzabilità dei risultati di una intercettazione compiuta attraverso un decreto del pubblico ministero non convalidato dal giudice per le indagini preliminari.

Non convince nemmeno il richiamo alla previsione costituzionale richiamata, giacché la norma in questione si limita soltanto ad affermare che, ove il provvedimento comportante una limitazione della libertà personale o del patrimonio non venga convalidato, questo resta caducato e la cosa sequestrata deve essere restituita. Il che non significa che i risultati non siano ugualmente utilizzabili, malgrado l'illegittimo esperimento degli stessi³¹³.

³¹¹ L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1550.

³¹² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pag. 617.

³¹³ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pag. 644.

4. 4. *Male captum bene retentum?* Le posizioni della dottrina.

Dopo aver chiarito in quali ipotesi si può configurare l'ipotizzato meccanismo dell'inutilizzabilità derivata è giunto il momento di affrontare, muovendo da un angolo visuale più ampio, la problematica relativa al rapporto tra perquisizione e sequestro, richiamando in primo luogo i principali rilievi offerti dalla dottrina.

Si è già più volte accennato che l'orientamento negativo affonda le sue radici nella teoria del "male captum bene retentum", elaborata negli anni '60 dal giurista Franco Cordero. Diversamente, l'orientamento positivo, che ha preso forza soprattutto negli anni successivi all'entrata in vigore del codice del 1989, si ispira alla teoria dei "frutti dell'albero avvelenato", elaborata dalla giurisprudenza nordamericana negli anni '20 del secolo scorso. Di recente, si sono affacciati due orientamenti a carattere intermedio, che riconoscono l'operatività dell'istituto dell'inutilizzabilità derivata soltanto a certe condizioni.

Per quanto riguarda l'orientamento negativo, sono almeno quattro le argomentazioni che Cordero pone a sostegno della teoria del "male captum bene retentum".

In primo luogo, si sottolinea che tra i due atti non vi è alcuna relazione giuridica e, se questa c'è, viene meno in ogni caso³¹⁴. Da un lato, infatti, «l'attività del "perquisire" si risolve nella pura e semplice causazione d'un fatto – la scoperta d'una *res* o d'una persona – nel quale risiede il presupposto naturalistico più che normativo dei provvedimenti denominati sequestro, arresto, fermo e cattura»³¹⁵; dall'altro, se è vero che per sequestrare una cosa occorre essere in grado di disporne e anzitutto averla rintracciata, non è altrettanto vero che la *consecutio* tra

³¹⁴ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 159: il provvedimento acquisitivo «spezza il nesso di causalità giuridica tra l'originale contegno illecito e la disposizione della prova nel giudizio», sicché «il possesso della cosa si spoglia d'ogni timbro di antiggiuridicità».

³¹⁵ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 159.

la ricerca e il provvedimento con cui la prova è vincolata al processo sia espressione di un vincolo di dipendenza giuridica, trattandosi semmai di una pura sequenza storica³¹⁶.

Sotto questo profilo, il sequestro rappresenta dunque un mero *posterius* rispetto all'atto del perquisire, senza dipendere giuridicamente da esso.

Beninteso, tra i due atti può sussistere al massimo un nesso psicologico, intendendo con esso «l'illuminazione che ispira l'autorità giudiziaria nello svolgimento progressivo dell'attività investigativa»³¹⁷. Il che trova conferma anche nel nuovo codice, non avendo il legislatore previsto una norma che riconosca espressamente un vincolo di dipendenza giuridica tra perquisizione e sequestro; sicché può definirsi naturalistico o psicologico il legame che intercorre tra i due atti.

Il fondamento teorico di questa impostazione risiede altresì nella diversità di presupposti e nella rilevata autonomia di poteri. Perquisizione e sequestro hanno infatti diversi presupposti e differente funzione giuridica, ancorché eventualmente convergenti sul piano dei risultati. A tal proposito, Cordero rileva che la diversa disciplina relativa alla convalida dei due atti tipici porta l'autorità giudiziaria a compiere valutazioni differenti ed autonome: il modo in cui è stata eseguita la perquisizione, nel primo caso, la sequestrabilità della *res*, nel secondo caso³¹⁸.

Sulla scorta di queste considerazioni, l'autore arriva a concludere che «una ricerca illecitamente svolta [non] si risolva nella invalidità del sequestro e nell'inammissibilità della

³¹⁶ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 158.

³¹⁷ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 147: «l'attività del 'perquisire' si risolve nel mero reperimento materiale della *res*, [...] i 'frammenti' del procedimento istruttorio sono avvinti da un 'nesso psicologico', cioè dall'illuminazione che ispira l'autorità giudiziaria nello svolgimento progressivo dell'attività investigativa».

³¹⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, (2003), pag. 832. Cordero sostiene la netta distinzione tra le due convalide *ex* artt. 352 comma 4° e 55 comma 2° c.p.p. giacché mentre «convalidata o no, l'operazione dei perquisenti appartiene al passato indelebile; il sequestro, invece proietta effetti nel futuro». Già sotto la vigenza del codice Rocco, lo stesso autore affermava che: «perquisizione, sequestro, adduzione della prova non rappresentano una triade d'atti concatenati a tal segno, da rientrare nella misura d'una comune valutazione» F. CORDERO, *Tre studi*, pagg. 157-158.

prova»³¹⁹. Chi invece sostiene l'opinione contraria commette un errore di prospettiva, giacché la soggezione a sequestro d'una cosa non dipende da come gli indagati l'hanno cercata, più o meno ritualmente, ma dal fatto che cose del genere siano sequestrabili, e lo sono le "pertinenti" al reato, salvo che norme *ad hoc* generino sfere immuni³²⁰.

Sotto il primo profilo, si rileva come nulla impedisca di trattenere con un sequestro ritualmente eseguito ciò di cui il magistrato o funzionario di polizia si siano illegittimamente impossessati. Pertanto, «ove x sia obiettivamente sequestrabile, i relativi poteri non dipendono da come l'abbiano reperito: può darsi che la ricerca coattiva risulti illegittima, quanto a presupposti, persona dell'esecutore, modi [...] ma il reperto è acquisibile [...]»³²¹. D'altronde il problema giuridico, in questo caso, «non concerne il come è stato rinvenuto un oggetto, essendo semmai necessario assodare se ne sia consentita in astratto l'apprensione, a prezzo, ove occorra, dell'uso di mezzi coercitivi diretti a sopraffare l'altrui resistenza»³²².

Quanto ai possibili freni all'arbitrio dei perquisenti, si ritiene che le sanzioni previste dalla legge appaiano già un deterrente efficace. Si pensi all'art. 609 c.p., relativo alle perquisizioni ed ispezioni personali arbitrarie, all'art. 615 c.p., concernente la violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale e, infine, all'art. 299 c.p.p., che opera come sanzione disciplinare per ufficiali e agenti di polizia.

Sotto il secondo profilo, come ribadito in precedenza, per sostenere l'inammissibilità della prova raccolta attraverso una perquisizione illegittima, si ritiene necessaria la previsione di un'eccezione esplicita, vale a dire una disposizione che imponga di escludere e, in ogni caso, d'ignorare le prove illegittimamente ottenute. È il caso, ad esempio, dell'art. 103 comma 2°

³¹⁹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 158.

³²⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pag. 680.

³²¹ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 159.

³²² F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 159.

c.p.p., che espressamente esclude il sequestro di «carte e documenti» relativi alla difesa, salvo costituiscano «corpo del reato».

Tutto questo porta a concludere che il legislatore si è limitato a punire l'autore di una perquisizione illecitamente eseguita, senza tuttavia ripudiare le prove che ne rappresentano il compendio. Può sembrare una soluzione di compromesso, afferma Cordero, ma non è tanto illogica quanto potrebbe apparire³²³. Nel conflitto tra interessi dei privati e le esigenze del processo, il punto di equilibrio si può trovare in una reazione penalistica opportunamente dosata all'illecito del funzionario, sicché «bandire la prova è rimedio estremo, il cui costo vi è da temere che ecceda la misura dell'utile»³²⁴.

In definitiva, secondo l'orientamento negativo, sostenere che la scoperta frutto di attività perquirente illecita debba considerarsi *tamquam non esset*, richiamandosi alla sanzione dell'inutilizzabilità, rappresenta un argomentare «a titolo impudicamente difensivo» e al tempo stesso «un discorso fuori dal decente»³²⁵ al pulpito teorico.

Tuttavia, al di là delle pur stringenti preoccupazioni di ordine pratico che sottostanno inevitabilmente ad una tale interpretazione, appare incontrovertibile il suo distacco dal dato positivo. L'orientamento positivo, vicino alla teoria dei “frutti dell'albero avvelanto”, contesta ogni passaggio argomentativo sostenuto dal teorico del principio del *male captum*.

In primo luogo, l'orientamento negativo sembra non tener conto che il sistema probatorio è cambiato, sicché le giustificazioni adducibili all'ambiguità del codice del 1930 risultano inaccettabili nel sistema vigente.

Quanto alla supposta assenza di un legame giuridico, si ritiene che l'affermazione pecchi di un vizio di metodo costituito da una astratta generalizzazione che conduce ad una

³²³ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 159.

³²⁴ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., pag. 159.

³²⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit, pag. 681.

aprioristica negazione di un'analisi in concreto diretta a valutare i rapporti causali intercorrenti tra l'atto giuridico viziato e quello successivo³²⁶; laddove, infatti, senza la prova inutilizzabile non sarebbe stata scoperta la prova successiva, appare arduo affermare la mancanza di ogni incidenza causale della prima sulla seconda³²⁷.

A tal proposito, va rilevato che, se pure perquisizione e sequestro mantengono una loro spiccata autonomia sia nei presupposti che nelle finalità, essi risultano comunque legati da uno stretto rapporto di dipendenza causale e necessaria, logica e giuridica³²⁸. Non soltanto, infatti, secondo *l'id quod plerumque accidit*, ad una perquisizione normalmente segue un provvedimento di sequestro, ma tale provvedimento, dovendo essere motivato (art. 253 c.p.p.), non potrà che fare riferimento alle risultanze della previa perquisizione³²⁹. In questo modo, verrebbero soddisfatti i due requisiti che un'autorevole dottrina richiede affinché «un atto del processo possa dirsi giuridicamente condizionato da un precedente atto probatorio»: che l'atto successivo sia motivato e dalla sua motivazione risulti in modo chiaro l'influenza dell'atto precedente³³⁰.

L'esistenza di uno stretto rapporto di dipendenza giuridica tra i due mezzi di ricerca della prova trova anche conferma nell'art. 252 c.p.p., in base al quale «le cose rinvenute a

³²⁶ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 93.

³²⁷ F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., pag. 253.

³²⁸ E. BASSO, *sub art. 252 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1990 pag. 729.

³²⁹ E. BASSO, *sub art. 252 c.p.p.*, cit., pag. 731. Muovendo dalla premessa che fra perquisizione e sequestro non vi sia una mera dipendenza causale, ma un rapporto di dipendenza logico-giuridica, riscontrabile allorché il provvedimento motivato si riferisca «esclusivamente alle risultanze della previa perquisizione», se ne è dedotto che qualora la perquisizione sia invalida anche il sequestro «presumibilmente contagiato dalla stessa forma di invalidità che ha colpito l'atto a monte».

³³⁰ P. FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, cit., pag. 1986.

seguito di perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260».

È evidente il carattere “precettivo” della norma, che non lascia spazio alcuno ad un'eventuale scelta discrezionale dell'autorità procedente in ordine all'emanazione o meno del provvedimento di sequestro.

Non appare decisiva neppure l'osservazione secondo cui la previsione di due forme di convalida giustificerebbe l'autonomia giuridica dei suddetti atti. L'autonomia dei controlli sta semplicemente ad indicare che la legittimità della perquisizione non implica necessariamente quella del sequestro³³¹.

Per altro verso, si osserva che l'inutilizzabilità non è semplicemente una nuova sanzione processuale accanto alla categoria tradizionale della nullità, della inammissibilità e della decadenza, e quindi, un mero strumento tecnico, ma assume implicazioni di ordine etico e logico³³². Essa infatti risponde all'esigenza che l'accertamento dei fatti avvenga secondo regole ben precise e inderogabili, ossia nel modo più rigoroso e garantista. Questa esigenza non verrebbe rispettata ove si continuasse ad ammettere – escludendo la sussistenza di uno stretto rapporto funzionale tra i due mezzi di ricerca della prova – la piena validità del sequestro operato a seguito di illecita perquisizione.

Non è peraltro così pacifico come si vorrebbe far credere che il concetto di dipendenza o derivazione debba essere escluso dalla materia della prova, soprattutto nell'ipotesi in cui una

³³¹ G. BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, pag. 40. «La circostanza che i controlli su perquisizione e sequestro siano strutturalmente autonomi – oltre a presentare l'innegabile limite di concernere la sola attività di polizia giudiziaria - anziché esprimere una presunta *voluntas legis* di rottura del nesso funzionale tra i due diversi, sembra piuttosto stia semplicemente a significare che i due istituti, in quanto concettualmente differenti, vadano valutati in maniera distinta ed autonoma, nel senso che la legittimità dell'uno non implichi necessariamente anche la legittimità dell'altro». Vedi anche L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1557.

³³² G. DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in *Il nuovo processo: dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, pag. 28.

certa *res* venga ottenuta mediante una perquisizione. Siamo infatti in presenza di un rapporto più forte della mera occasionalità³³³.

Infine, mentre Cordero considera necessaria un'eccezione esplicita al principio generale del "male captum bene retentum", una diversa corrente di pensiero risolve la questione, richiamando la categoria della prova incostituzionale, vale a dire qualsiasi prova o mezzo di prova, le cui modalità di formazione, acquisizione o assunzione si pongano in contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio, riconosciute dalla Costituzione³³⁴.

Nelle pagine precedenti abbiamo visto come già sotto la vigenza del codice del 1930, parte della dottrina negava qualsiasi valore probatorio al sequestro conseguente ad un'attività perquirente illecita, desumendo l'esistenza di un esplicito divieto *ad hoc* dai principi generali dell'ordinamento, segnatamente dagli artt. 13 e 14 Cost.³³⁵. Tali norme, si affermava, avrebbero avuto «sapore di beffa» qualora la loro violazione non fosse stata accompagnata «dall'altra sanzione dell'inefficacia probatoria del materiale raccolto»³³⁶.

Alle medesime conclusioni era pervenuta la Corte Costituzionale nella più volte citata sentenza n. 34 del 1973, laddove ribadiva che «non possono validamente ammettersi in giudizio attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino»³³⁷.

Beninteso, i principi affermati sul piano delle garanzie costituzionali dall'orientamento dottrinale più risalente, ripresi e adattati alla nuova dimensione processuale, non possono che rafforzare la tesi del un rapporto non meramente cronologico, ma logico e giuridico tra

³³³ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pag. 160.

³³⁴ L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1548.

³³⁵ G. AMATO, *sub art. 14*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, pag. 29.

³³⁶ BASCHIERI-BIANCHI-D'ESPINOSA-GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949, pag. 81.

³³⁷ C. Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, pag. 338 ss.

perquisizione e sequestro³³⁸. Si ritiene infatti che il potere di sequestrare in caso di perquisizione non nasce dalla sequestrabilità della cosa, ma dal potere che autorizza quell'attività. Di conseguenza, ove la cosa non sia rinvenuta o sia ricercata illegittimamente, non si è legittimati a compiere il sequestro³³⁹.

Vale la pena infine richiamare gli orientamenti intermedi che si sono affacciato negli ultimi anni, riconoscendo l'operatività dell'istituto dell'inutilizzabilità derivata nel rapporto tra perquisizione e sequestro a certe condizioni.

In primo luogo, si sostiene che tale questione debba risolversi, avendo riguardo al tipo di divieto, al perpetuarsi o meno della sua violazione, nonché al tipo di interesse protetto. L'esempio riportato è quello dell'art. 103 comma 1° c.p.p. che, nel fissare i presupposti per il rituale compimento della perquisizione presso gli uffici dei difensori, si ritiene determini in caso di violazione l'invalidità del sequestro contestuale, ancorché eseguito su oggetti sequestrabili³⁴⁰. Si tratta infatti di un divieto concernente l'*an*, che stabilisce i requisiti di ammissibilità della perquisizione, a garanzia dei diritti di libertà del difensore e di difesa dell'imputato³⁴¹.

Diversamente si atteggia, quanto al profilo consequenziale, l'art. 103 comma 4 c.p.p. che, nel dettare prescrizioni sul *modus procedendi*, mira a potenziare l'autorità del precedente disposto disciplinante l'*an* dell'atto (art. 103 comma 1 c.p.p.), esauendo la sua funzione all'interno della fattispecie, senza quindi propagare il vizio agli atti successivi³⁴².

Beninteso, nel primo caso, l'inutilizzabilità è in grado di produrre effetti espansivi sugli atti successivi, considerato l'oggetto di tutela (divieto nell'*an*), l'interesse in gioco (diritto di libertà

³³⁸ G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, pag. 194.

³³⁹ G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., pag. 184.

³⁴⁰ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 93.

³⁴¹ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 93.

³⁴² N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 94.

del difensore e dell'imputato) e il protrarsi del vizio. Nel secondo caso, l'integrarsi di un vizio di natura formale, pur sanzionato al comma 7° dell'art. 103 c.p.p., non appare idoneo a contaminare le acquisizioni successive, essendo queste fondate pur sempre su dati ammissibili, ma imperfetti a causa di un difetto nel *modus procedendi*.

In definitiva, se la prova inammissibile trasmette i suoi vizi agli ulteriori atti di ricerca probatoria, la prova ammissibile male assunta non è in grado di produrre il medesimo effetto³⁴³.

Veniamo così al secondo orientamento intermedio, che ammette l'inutilizzabilità derivata allorché la perquisizione sia funzionalmente preordinata al rinvenimento dei beni oggetto del sequestro stesso. Ciò avviene quando il decreto di perquisizione individua in modo specifico le cose da ricercare e da apprendere, assumendo i caratteri di un provvedimento complesso, comprensivo *ab origine* del successivo sequestro. Pertanto, se durante la perquisizione si verifica l'apprensione di una *res* non indicata nel decreto, il successivo sequestro non sarà affetto da invalidità derivata³⁴⁴. D'altronde, se non si conoscono in partenza le cose da sequestrare, il decreto di perquisizione non potrà certo incorporare quello di sequestro, facendo emergere con chiarezza l'autonomia giuridica dei due atti; con la conseguenza che si dovrà escludere a priori l'eventuale trasmissione del vizio. In caso contrario, perquisizione e sequestro saranno parte integrante di un'unica fattispecie complessa³⁴⁵.

³⁴³ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pag. 95.

³⁴⁴ L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1557- 1559; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notitia criminis*, cit., 1996, pag. 1888.

³⁴⁵ A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notitia criminis*, cit. pag. 1888: «Il sequestro non seguirà la perquisizione, ma costituirà la diretta conclusione della stessa [...] [poiché] perquisizione e sequestro non sarebbero due distinti atti d'indagine, ma quasi un'unica sequenza quale fattispecie complessa».

4.5. (Segue): oscillazioni giurisprudenziali.

Dopo aver illustrato i principali orientamenti dottrinali che si sono delineati nel corso degli anni a sostegno dell'una o dell'altra teoria, non resta che esaminare più nel dettaglio l'approccio giurisprudenziale alla problematica relativa al rapporto tra perquisizione e sequestro.

Vale la pena rilevare, fin dalle prime battute, che l'*opinio* giurisprudenziale appare meno sofisticata e rigorosa nel giustificare la valida *retentio* di quanto sia stato *male captum*³⁴⁶. Le prime pronunce, infatti, si limitano ad affermare l'autonomia della perquisizione rispetto al sequestro sulla base del convincimento che tra l'atto di ricerca della prova e la sua materiale apprensione intercorre un semplice rapporto di anteriorità cronologica³⁴⁷.

È evidente in queste pronunce l'influenza di una concezione lata del libero convincimento, condivisa dall'orientamento maggioritario sotto il codice Rocco, che consente al giudice di utilizzare elementi probatori di qualsiasi specie, purché idonei a dare certezza della sussistenza dei fatti rilevanti ai fini della decisione³⁴⁸. Posto che il processo penale, a differenza di quello civile, non può appagarsi di una verità formale, ma deve tendere alla ricerca della verità reale o materiale, si riconosce al principio del libero convincimento del giudice un ambito di

³⁴⁶ P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit, pag. 1555.

³⁴⁷ Cass., 15 marzo 1984, in *Cass. pen.*, 1985, pag. 2074, n. 1361; Cass., 6 maggio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, pag. 1580, n. 1156; Cass., 22 aprile 1981, in *Cass. pen.*, 1982, pag. 1397, n. 1304; Cass., 13 febbraio 1981, in *Cass. pen.*, 1983, pag. 115, n. 80; Cass., 24 novembre 1977, in *Cass. pen.*, 1978, pag. 1409, n. 1454.

³⁴⁸ Cass. 20 giugno 1978, in *Mass. dec. pen.* 1978, m. 140.070: «l'utilizzabilità probatoria delle cose pertinenti al reato, ma non ritualmente acquisite nelle forme di legge [...] deriva dal più generale principio del libero convincimento del giudice che sta alla base del nostro sistema processuale anche per quanto riguarda la ricerca probatoria; questo principio comporta, tra l'altro, che le prove non sono soggette alla tassatività e quindi consente che il giudice possa avvalersi, salvo le eccezioni previste dalla legge, di ogni mezzo di prova ed anche di quelle prove che siano state acquisite senza l'osservanza delle formalità legali, a condizione, naturalmente che non esistano al riguardo specifici divieti».

operatività illimitata, al punto da farvi rientrare anche il principio di libertà della prova e la facoltà di avvalersi di qualsiasi elemento acquisito sia ritualmente che irritualmente³⁴⁹.

In definitiva, si ritengono utilizzabili gli elementi probatori acquisiti mediante sequestro, ancorché preceduti da perquisizione illegittima, posto che «il potere di sequestrare, in quanto riferito a cose obiettivamente sequestrabili, non dipende dalle modalità con le quali queste sono reperite, ma è condizionato dall'acquisibilità del bene e dall'insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema»³⁵⁰.

Qualche traccia di una più raffinata argomentazione si coglie invece nelle successive pronunce, anch'esse di segno negativo, emanate sotto la vigenza del nuovo codice³⁵¹. Oltre alla diversità di presupposti e di funzione giuridica dei due atti, si sottolinea che, al di fuori di specifici divieti probatori, il *corpus delicti* e le cose pertinenti al reato sono acquisibili coattivamente, sicché le eventuali irregolarità, a parte censure di carattere disciplinare o penale, non impediscono che, in attesa della successiva emissione di un valido sequestro sulla cosa, si realizzi quanto meno uno stato di fermo reale, analogo a quello che l'art. 354 c.p.p. riconosce nei poteri degli agenti di polizia giudiziaria³⁵².

³⁴⁹ Cass., 19 aprile 1971, in *Mass. dec. pen.*, 1971, m. 119.027: «nel processo penale, diversamente da quanto avviene nel processo civile, essendo in gioco interessi pubblici di altissima rilevanza che non ammettono diminuzioni o lesioni dipendenza del comportamento processuale delle parti, vige il principio della verità materiale secondo cui il giudice ha il potere-dovere di attingere dovunque la prova dei fatti e di valutarla senza alcun limite».

³⁵⁰ Cass., 5 dicembre 1994, Prisinzano, in CED Cass. 201267: «Sono utilizzabili gli elementi probatori acquisiti mediante sequestro effettuato a seguito di perquisizione illegittima, posto che il potere del sequestro, in quanto riferito a cose obiettivamente sequestrabili, non dipende dalle modalità con le quali queste sono state reperite [...] ma è condizionato unicamente dall'acquisibilità del bene e dall'insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema».

³⁵¹ P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., pag. 1555.

³⁵² Cass., 24 aprile 1991, Lionetti, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 1878: «Nessun rilievo preclusivo in tema di sequestro svolgono l'accertata illegittimità della perquisizione o la revoca di un precedente sequestro, ove vengono acquisite prove aventi caratteristiche di reità (*res delicti*) sia perché perquisizione e sequestro hanno differenti presupposti e differente funzione giuridica, ancorché eventualmente convergenti sul piano dei risultati, sia perché, al di fuori di prove che regole sostanziali e processuali escludano in modo assoluto, tutte le altre sono coattivamente acquisibili, ed eventuali irregolarità nell'acquisizione, a parte censure di carattere disciplinare o penale, non impediscono che, in

Si osserva inoltre che, rispetto a quanto accadeva nel codice previgente, la distinzione tra corpo del reato e cose pertinenti al reato appare più rigorosa con l'entrata in vigore del nuovo codice. In particolare, l'art. 253 comma 2° c.p.p. fa rientrare nella nozione di *corpus delicti* «le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso, nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo». Diversamente, secondo la giurisprudenza, per cose pertinenti al reato si deve intendere «tutto ciò che appare necessario per l'accertamento del fatto-reato, della sua consumazione, delle circostanze ovvero per l'individuazione dell'autore»³⁵³.

La distinzione, come abbiamo visto in precedenza, rileva soprattutto nel contesto del sequestro probatorio e dei suoi requisiti di legittimità giacché, nel primo caso, non è necessario dimostrare in sede di motivazione la necessità del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza di acquisizione del *corpus delicti* è in *re ipsa*. Diversamente, nel secondo caso, tale requisito rileva ai fini della legittimità del provvedimento di sequestro e della sua convalida³⁵⁴.

In altre parole, secondo questo orientamento, nessun rilievo preclusivo svolgono in tema di sequestro l'accertata illegittimità della perquisizione o la revoca di un precedente sequestro qualora vengano acquisite prove aventi caratteristica di realtà (*res delicti*).

Disattendendo all'orientamento incline ad affermare l'autonomia della perquisizione rispetto al sequestro sulla base del convincimento che tra l'*inventio* e la susseguente *adprehensio* coattiva intercorra un semplice rapporto di anteriorità cronologica, non sono mancati i primi indirizzi giurisprudenziali di segno positivo.

attesa della successiva emissione di valido sequestro, sulla cosa si realizzi quanto meno uno stato analogo a quello che l'art. 354 c.p.p. riconosce nei poteri degli agenti di polizia giudiziaria».

³⁵³ Cass., 28 settembre 1993, Latanza, in *Giust. pen.*, 1994, pag. 225.

³⁵⁴ Cass., 30 aprile 1993, Cicognani, in *Mass. Cass. pen.*, m 1993, fasc. 11, 54-m.

Si è infatti riconosciuta l'esistenza di uno stretto rapporto funzionale tra l'atto di ricerca della prova (perquisizione) e la sua materiale apprensione (sequestro), peraltro rafforzato dalla duplice operatività dell'istituto dell'inutilizzabilità: sotto il profilo genetico, cioè conseguente alla difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo; sul piano funzionale, riguardante lo stesso procedimento assuntivo³⁵⁵.

³⁵⁵ Cass., 23 maggio 1992, Casini, cit., pag. 240. Nella specie la Corte ha rilevato nel decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero la mancata indicazione delle ragioni per le quali si era ritenuto probabile che il ricorrente occultasse prove documentali rilevanti ai fini della ricostruzione storica delle modalità di vendita di un complesso edilizio (mancata indicazione dei fondati motivi), dall'altro l'omessa indicazione dell'ipotesi di reato quale presupposto giustificativo della ricerca probatoria. La perquisizione aveva avuto esito positivo, essendosi conclusa con il rinvenimento e il sequestro di alcuni documenti giudicati utili ai fini delle successive indagini. Tale fatto, secondo la Corte, non può essere ritenuto idoneo a disperdere gli effetti conseguenti al riconoscimento della insussistenza originaria delle condizioni che legittimavano il ricorso a quello specifico strumento di ricerca della prova. Sotto questo profilo, la Corte ha precisato che il conseguimento del risultato cui l'atto era predisposto non è suscettibile di rientrare nella categoria delle sanatorie generali delle nullità, posto che nel caso in esame, non ricorrono le condizioni dettate dall'art. 183 c.p.p. La mancata indicazione del reato per il quale si procedeva ed in relazione al quale era stata disposta la perquisizione finiva quindi per rendere la perquisizione inidonea al conseguimento delle finalità cui è predisposta, vale a dire l'acquisizione del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato. D'altronde non si può contestare che è la stessa nozione di "corpo del reato" e "cose pertinenti al reato" ad evocare quel rapporto di stretta connessione tra l'attività di ricerca e un determinato reato. Dall'altro lato, lo stesso sequestro penale avente finalità probatoria non può che essere funzionale rispetto all'accertamento di un determinato reato, avendo ad oggetto cose a quel reato pertinenti. Benché il procedimento di riesame del decreto di sequestro non possa trasformarsi in una sorta di accertamento preventivo della sussistenza di un reato che forma oggetto di indagine, ciò non toglie, secondo la Corte, che il potere di riesame si concreti nella possibilità di verificare la stessa sussistenza del nesso di pertinenza dell'oggetto da ricercare e da sequestrare rispetto al reato per il quale si procede. Sarebbe infatti un grave errore immaginare un potere di riesame avulso dalla concreta possibilità di verificare la stessa sussistenza del nesso di pertinenza dell'oggetto da ricercare e da sequestrare rispetto al reato per il quale si procede. La Corte ha inoltre chiarito che nel caso in esame, alcuni documenti rinvenuti nel corso della perquisizione sono stati sequestrati dagli ufficiali di polizia giudiziaria che quella perquisizione avevano eseguito, in assenza di qualsiasi decreto di sequestro da parte del pubblico ministero. Ne consegue che anche sotto questo profilo, la documentazione è stata illegittimamente acquisita agli atti del procedimento. In altre parole, i documenti rinvenuti nel corso della perquisizione e sequestrati dagli ufficiali di polizia giudiziaria (delegata ad eseguire la perquisizione) peraltro senza decreto di sequestro del pubblico ministero, sono stati illegittimamente acquisiti o gli atti del procedimento, stante il nesso funzionale tra l'atto di ricerca della prova (perquisizione) e la sua materiale apprensione (sequestro). Secondo la Corte, non è più contestabile il nesso funzionale tra i due atti coercitivi alla luce del sopravvenuto regime normativo, il quale recependo la concezione relativistica della prova, in contrapposizione a quella positivista, ha non solo reso vana ogni possibile schematizzazione, ma ha fissato una regola generale ineludibile, non soggetta ad alcuna decadenza o sanatoria, e cioè la inutilizzabilità della prova, sia sotto il profilo genetico (conseguente alla difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo) che sotto l'aspetto funzionale, riguardante lo stesso procedimento assuntivo della prova. Nella concezione positivista, ogni conoscenza acquisita e formata era valida ad ogni fine e in ogni contesto, nella concezione relativistica (dialettica o argomentativa, l'idea stessa di prova è strettamente collegata a particolari contesti di acquisizione e di uso, rilevando le modalità di formazione, i soggetti legittimati ad intervenire, la qualità giurisdizionale della procedura. In conclusione, l'ordinanza impugnata deve essere annullata senza rinvio ed analoga declaratoria va pronunciata in relazione al decreto di perquisizione emesso dalla Procura della Repubblica, con la conseguenza che tutti i

Beninteso, posto il legame funzionale tra i due atti, malgrado l'autonomia di controlli (artt. 352 e 355 c.p.p.), l'illegittimità dell'uno non può non estendersi al secondo, determinando l'inutilizzabilità probatoria delle cose sequestrate³⁵⁶.

Non sono mancate infine alcune posizioni intermedie. A tal proposito, si è sottolineata l'esistenza di un legame giuridico tra i due atti derivante dalla motivazione del provvedimento che dispone l'atto antecedente. In altre parole, ove il provvedimento che dispone la perquisizione faccia espresso riferimento nella parte motivazionale alla *res* successivamente sequestrata, l'illegittimità del primo finisce per incidere sul secondo, in virtù del legame giuridico tra i due atti instaurato³⁵⁷.

Beninteso, la previa indicazione della *res* induce a ritenere il decreto perquisizione "complesso", in quanto comprensivo *ab origine* dell'eventuale sequestro conseguente. Ciò non vale invece nell'ipotesi in cui manchi una specificazione in tal senso; sicché in questo caso, il provvedimento rimane "semplice" e non comprende il successivo sequestro³⁵⁸.

Tuttavia in altre pronunce si è affermata la non necessarietà della suddetta indicazione, sul rilievo che tale requisito può ritenersi integrato anche attraverso l'impiego della formula di stile "quanto rinvenuto" o "quanto ritenuto rilevante ai fini delle indagini" o di altre del medesimo tenore³⁵⁹. Di qui il rilievo per cui la motivazione del decreto che dispone la

documenti sequestrati nel corso della perquisizione, così come indicati nel relativo processo verbale in pari data redatto dalla sezione.

³⁵⁶ Cass., 22 settembre 1995, Caravero, cit., 1996, pag. 899.

³⁵⁷ Cass., 27 novembre 1995, Melillo, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1934: «Se, infatti, non si conoscono in partenza le cose da sequestrare, il decreto di perquisizione non incorpora quello di sequestro e l'apprensione coattiva, se posta in essere dalla polizia, deve essere convalidata. In quest'ultimo caso, l'autonomia degli atti emerge con chiarezza e non vi è spazio per la trasmissione del vizio». Dello stesso avviso in dottrina: G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, pag. 738.

³⁵⁸ Cass., 17 marzo 2000, Bega, in *CED*, n. 215566.

³⁵⁹ Cass., 15 dicembre 1994, Patocchio, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1539 ss. La Corte ha affermato che la predetta formula, "adottata con riferimento ad una precisa contestazione di reato, non è generica, né comporta un illimitato potere di sequestro" e che "nella generalità dei casi la perquisizione non può essere disposta in maniera mirata con riferimento ad una cosa specifica, ma, necessariamente, solo per la ricerca di cose pertinenti al reato non ancora

perquisizione non rappresenta il vero parametro di riferimento al fine del riconoscimento di un rapporto o vincolo di dipendenza giuridica tra i due atti.

4.6. L'intervento delle Sezioni Unite

nel caso "Sala".

La questione relativa al rapporto tra perquisizione e sequestro e alle sue implicazioni sul piano degli effetti invalidanti è stata infine risolta dalle Sezioni Unite nel *caso Sala*³⁶⁰. Nella specie, la Guardia di finanza aveva effettuato una perquisizione domiciliare senza l'autorizzazione della competente autorità giudiziaria. Non sussistevano infatti i motivi di particolare urgenza tali da giustificare la mancata acquisizione della preventiva autorizzazione del magistrato, in violazione dell'articolo 103 comma 3° d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Ciò nonostante, la perquisizione aveva portato al sequestro di circa 31 grammi di cocaina.

Il Tribunale di Modena con sentenza dichiarava l'imputato Sala Giorgio colpevole del reato previsto dall'art. 73 n. 1 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, condannandolo a tre anni di reclusione e a lire 20 milioni di multa.

In appello la condanna veniva confermata, ma ridotta ad anni due di reclusione ed a lire 18 milioni di multa. La Corte d'appello, pur riconoscendo la fondatezza dei rilievi dedotti dalla difesa in ordine alla legittimità della perquisizione eseguita senza autorizzazione

individuabili con precisione [...] e la cui individuazione ai fini del sequestro è affidata alla polizia giudiziaria sulla base del criterio, sicuramente concreto, della "rilevanza ai fini delle indagini" relative a quel determinato reato. In un altro caso, la Corte ha affermato che, ai fini della legittimità del sequestro, effettuato dalla polizia giudiziaria in esecuzione di un decreto di perquisizione e sequestro, non è necessario che le cose da sequestrare siano descritte nel provvedimento, purché sia possibile pervenire alla loro individuazione "mediante il riferimento sia alla natura del reato in relazione al quale la perquisizione era stata disposta, sia alle nozioni normative di corpo del reato e di cosa pertinente al reato (Cass., 27 maggio 1998, Melloni, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 2954).

³⁶⁰ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit., pag. 3270.

dell'autorità giudiziaria riteneva utilizzabile a fini della prova del commesso reato il sequestro della droga rinvenuta nel corso di quella perquisizione. Si aggiungeva inoltre che l'illegittimità della perquisizione non poteva diffondere i suoi effetti invalidanti sul sequestro, non esistendo tra i due istituti alcun rapporto di stretta consequenzialità giuridica, essendo questi subordinati a diversi presupposti e destinati a diverse funzioni.

L'imputato proponeva così ricorso per cassazione, lamentando la violazione dell'art. 191 c.p.p., affermando che la Corte d'appello non avrebbe dovuto utilizzare, ai fini della motivazione della decisione assunta, i risultati del sequestro in conseguenza della perquisizione illegittima. Chiedeva dunque l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata che giustificava la condanna del ricorrente utilizzando prove illegittimamente acquisite.

Il ricorso, assegnato alla sesta sezione della Corte di Cassazione veniva rimesso alle Sezioni Unite, chiamate a risolvere un contrasto di lunga data.

Quest'ultime hanno messo in chiaro, innanzitutto, la natura e la portata dell'inutilizzabilità, anche in rapporto alla nullità.

In primo luogo, hanno riconosciuto l'operatività dell'istituto sia sul piano genetico che funzionale. Sotto quest'ultimo profilo hanno chiarito che laddove il procedimento acquisitivo abbia assunto non solo connotazioni diverse da quelle consentite, ma abbia portato ad una lesione concreta e potenziale di diritti soggettivi oggetto di specifica tutela costituzionale, è inevitabile il ricorso alla sanzione più rigida, incompatibile con sanatorie o decadenza³⁶¹.

In ordine al rapporto tra nullità e inutilizzabilità, la Corte di Cassazione ha premesso che l'inutilizzabilità è un rimedio che si aggiunge, ma non assorbe lo strumento della nullità. Beninteso, pur operando nell'area della patologia della prova, si tratta di due categorie distinte

³⁶¹ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit., pag. 3270 (con nota di M. VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, pag. 3274)

ed autonome perché correlate a diversi presupposti. La nullità attiene all'inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova, tali da non porre comunque il procedimento formativo o acquisitivo al di fuori del parametro normativo di riferimento, sebbene di questo non vengano rispettati i presupposti. Diversamente, l'inutilizzabilità, oltre ad operare in presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità interviene anche per effetto di un procedimento acquisitivo, la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale. Il che trova conferma nel passaggio centrale della sentenza n. 34 del 1973 della Corte Costituzionale, la quale ha riconosciuto che i principi costituzionali sarebbero rimasti gravemente compromessi se «a carico dell'interessato potevano valere, come indizi o prove, attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino».

In definitiva, secondo le Sezioni Unite, all'interno dell'inutilizzabilità troviamo «prove oggettivamente vietate», ma anche prove formate o acquisite in violazione di diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione e, dunque, irrinunciabili.

Fatte queste premesse, la Corte di Cassazione è passata ad esaminare le questioni che più interessano in questa sede. Essa era infatti chiamata a rispondere e a chiarire in via definitiva la natura del rapporto che lega la perquisizione al sequestro e, di conseguenza, ad ammettere o meno il fenomeno della propagazione del vizio.

Al primo quesito, la Corte ha risposto confermando il *dictum* dell'orientamento positivo, che si è andato consolidando negli ultimi anni. La perquisizione, oltre ad essere un atto di investigazione diretta, è il mezzo più idoneo di ricerca di una prova preesistente. Sotto questo profilo, essa è parte integrante del complesso procedimento acquisitivo della prova, in virtù del legame strumentale tra la ricerca e la scoperta di ciò che è necessario o utile ai fini delle indagini.

Ne discende che il rapporto funzionale che avvince la ricerca alla scoperta della prova, la perquisizione al sequestro non è esauribile nell'area riduttiva di una mera consequenzialità

cronologica. La perquisizione non è infatti soltanto l'antecedente cronologico del sequestro, ma rappresenta lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro.

È un passaggio importante della sentenza, in quanto le Sezioni Unite dimostrano di aderire all'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che riconosce un nesso di pregiudizialità giuridica tra perquisizione e sequestro, arguendo dal fatto che la prima partecipa al procedimento acquisitivo della prova, in forza del rapporto di strumentalità esistente tra la ricerca e ciò che possa risultare utile alle indagini. Il legame tra i due atti non può nemmeno ridursi a mera consequenzialità logica, poiché la perquisizione, «pur nella sua autonomia strutturale e funzionale», costituisce lo strumento giuridico che consente di apprendere coattivamente la *res*.

Al secondo quesito, invece, la Corte di Cassazione non sembra rispondere in modo netto e coerente rispetto le premesse. Da un lato, infatti, sembra riconoscere in astratto l'inutilizzabilità derivata, precisando che laddove il procedimento di ricerca o acquisizione della prova sia tale da porsi in contrasto con i diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, i risultati dello stesso non possono non subire la contaminazione del vizio³⁶².

Come abbiamo visto nel capitolo 1, è forse il passaggio più indicativo della sentenza, in quanto la Corte di Cassazione sembra accogliere la teoria che aggancia la trasmissione del vizio alla categoria della prova incostituzionale, aderendo a quell'orientamento dottrinale che già sotto la vigenza del codice Rocco negava qualsiasi valore probatorio al sequestro conseguente ad un'attività perquisente illecita, desumendo l'esistenza di

³⁶² Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit., pag. 3272 ss.: «la stessa utilizzabilità della prova è pur sempre subordinata alla esecuzione di un legittimo procedimento acquisitivo che si sottragga, in ogni sua fase, a quei vizi che, incidendo negativamente sull'esercizio di diritti soggettivi irrinunciabili, non possono non diffondere i loro effetti sul risultato che, attraverso quel procedimento, sia stato conseguito». D'altronde, «[s]e è vero che l'illegittimità della ricerca della prova del commesso reato, allorquando assume le dimensioni conseguenti ad una palese violazione delle norme poste a tutela dei diritti soggettivi oggetto di specifica tutela da parte della Costituzione, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire [...]».

un esplicito divieto *ad hoc* dai principi generali dell'ordinamento, segnatamente dagli artt. 13 e 14 Cost.³⁶³.

La Corte di Cassazione, nel riconoscere la categoria della “prova incostituzionale”, ha ritenuto questa comprensiva della prova “illegittima” ed “illecita”, avente un unico, irrinunciabile presupposto, e cioè l'essere la sua antigiuridicità riconducibile ad una lesione dei diritti soggettivi fondamentali, tutelati dalla Carta Costituzionale.

Desti perplessità invece il passaggio conclusivo della sentenza: la Corte di Cassazione ha finito infatti per ridurre la portata delle proprie affermazioni precisando che laddove la ricerca illegittima della prova abbia portato al rinvenimento e al sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è l'ordinamento stesso a considerare del tutto irrilevante il *modus procedendi* (con il quale si sia pervenuti a quel sequestro). Ciò perché il sequestro rappresenta un atto dovuto, la cui omissione espone gli autori a specifiche responsabilità penali, sicché non è possibile esigere comportamento diverso da questi ultimi.

In altre parole, «allorquando ricorrono le condizioni previste dall'art. 253 comma 1° c.p.p., gli aspetti strumentali della ricerca [...] non possono mai paralizzare l'adempimento di un obbligo giuridico che trova la sua fonte di legittimazione nello stesso ordinamento processuale ed ha una sua razionale ed appagante giustificazione nell'esigenza che l'ufficiale di polizia giudiziaria non si sottragga all'adempimento di doveri indefettibilmente legati al suo status, qualunque sia la situazione – legittima o non – in cui si trovi ad operare»³⁶⁴.

A sostegno di ciò, la Corte di Cassazione ha ricordato come sia lo stesso legislatore in alcune disposizioni (artt. 235, 103, 240 c.p.p.) a riservare un trattamento differenziato al sequestro del «corpo del reato», facendo emergere la necessità primaria di «interrompere il

³⁶⁴ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit, pag. 3273.

protrarsi di una situazione di intrinseca illiceità penale, quando non addirittura la permanenza del reato o gli effetti al reato strettamente connessi»³⁶⁵.

Non è accettabile invece la conclusione opposta, giacché «[...] si perverrebbe all'assurdo di consentire al giudice la confisca del corpo del reato e nel contempo di non tenere conto ai fini della decisione conclusiva del processo»³⁶⁶.

La Corte ha peraltro ribadito che un ufficiale di polizia giudiziaria, ancorché abbia eseguito una perquisizione fuori dai casi e non nei modi consentiti dalla legge, non perde la qualifica soggettiva rivestita: «il compimento di un atto illegittimo, pur quando assume le dimensioni dell'arbitrarietà o addirittura travalica i limiti della liceità penale non fa certamente venir meno la qualificazione soggettiva dell'autore, ma, semmai, questa assume o come elemento costitutivo del reato (art. 615 c.p.) o come presupposto per l'applicazione di una circostanza aggravante (art. 61 n. 9 c.p.)».

In conclusione, il sequestro della droga, nel caso in esame, è stato legittimamente eseguito, trattandosi di un provvedimento imposto *ex lege*; sicché, una volta eseguito, non solo non poteva essere revocato, ma conservava la sua piena efficacia a tutti gli effetti nel procedimento nel quale era stato adottato.

Questa analisi ci porta così a concludere che, da un lato, la Corte di Cassazione, nel riconoscere un nesso funzionale e giuridico tra perquisizione e sequestro, sembra accogliere gli orientamenti positivi, prendendo – almeno sotto questo aspetto – le distanze dalla tesi più radicali, che considerano meramente cronologico il legame tra i due atti. Sotto questo profilo, la Corte di Cassazione riconosce, pur non ammettendolo espressamente, l'istituto dell'inutilizzabilità derivata, laddove l'atto a contenuto probatorio antecedente risulti incostituzionale o comunque funzionale a quello successivo.

³⁶⁵ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit, pag. 3273.

³⁶⁶ Cass. sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit., pag. 3273.

Tuttavia, abbiamo visto che a destare perplessità rispetto alle premesse sono le conclusioni. Secondo la dottrina più attenta, è evidente il salto logico nella misura in cui la Corte ha ritenuto comunque legittimo il sequestro di un bene che presenti le caratteristiche del corpo del reato o cosa pertinente al reato³⁶⁷.

È evidente la debolezza dell'argomentazione ove si osservi che i possibili oggetti del sequestro sono costituiti esclusivamente dal corpo del reato e dalle cose pertinenti al reato, sicché è difficilmente ipotizzabile una fattispecie di perquisizione illegittima che porti al rinvenimento di beni diversi da questi citati³⁶⁸. A maggior ragione se si considera l'ampiezza di significato che si intende attribuire alle cose pertinenti al reato³⁶⁹.

Aggiungiamo inoltre che ciò che è stato definito «atto dovuto» dalla giurisprudenza altro non è che il «naturale sbocco di un procedimento complesso di formazione della prova nel cui ambito la perquisizione si pone come fattore necessario e antecedente al sequestro e non una circostanza avente carattere occasionale»³⁷⁰.

Pertanto, non appare così chiaro il concreto ambito di operatività delle premesse elaborate in sentenza rispetto alle conclusioni.

In definitiva, da queste considerazioni emerge che la premessa teorica, in base alla quale l'apprensione coattiva è affetta da inutilizzabilità derivata, finisce per essere contraddetta dalle conclusioni che sembrano recuperare, quanto agli effetti, la teoria del “male

³⁶⁷ M. VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, cit., pag. 3275.

³⁶⁸ M. VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, cit., pag. 3275.

³⁶⁹ M. VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, cit., pag. 3276.

³⁷⁰ M. MONTAGNA, *Il “male captum bene retentum” è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pag. 1125.

captum bene retentum”³⁷¹. In altre parole, se le premesse sembrano più vicine alla teoria dei “frutti dell’albero avvelenato”, all’atto pratico si può constatare che le conclusioni recuperano la tesi negativa affermata da Cordero.

Vale la pena infine rilevare che le successive pronunce sembrano essersi uniformate al *decisum* delle Sezioni Unite.

Si è infatti ribadito che il principio dell’invalidità derivata del sequestro probatorio, preceduto da una perquisizione illegittima, incontra sempre un limite nell’art. 253 comma 1° c.p.p. Tale norma dispone infatti l’obbligatorietà del sequestro probatorio avente ad oggetto il corpo del reato ritrovato nel corso della perquisizione, in quanto dimostrativo in via immediata del collegamento della cosa stessa con l’illecito penale, ma anche le cose pertinenti al reato, in quanto indispensabili per l’accertamento dei fatti e della responsabilità penale ipotizzati a carico dell’indagato³⁷².

Allo stesso modo, si è ribadita l’assenza di preclusioni dovute all’accertata illegittimità della perquisizione, atteso che il sequestro, in quanto riferito a cose obiettivamente sequestrabili, non dipende dalle modalità con le quali queste sono state reperite, ma è condizionato unicamente dall’acquisibilità del bene e all’insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema³⁷³. Un ritorno insomma alla tesi originaria di Cordero³⁷⁴.

³⁷¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pag. 268

³⁷² Cass., 14 maggio 2003, Ciccarone, in *CED* 225175: «Il principio dell’invalidità derivata del sequestro probatorio, per cui lo stesso, allorché è eseguito all’esito di una perquisizione illegittima, non è utilizzabile come prova nel processo, trova un limite con riferimento all’ipotesi prevista dall’art. 253 comma 1° c.p.p. Secondo tale previsione, il sequestro è obbligatorio non solo per il corpo del reato che venga ritrovato nel corso della perquisizione in quanto dimostrativo in via immediata del collegamento della cosa stessa con l’illecito penale, ma anche per le cose pertinenti al reato, in quanto siano indispensabili per l’accertamento dei fatti e della responsabilità penale ipotizzati a carico dell’indagato».

³⁷³ Cass., 9 gennaio 2004, Scollo, in *CED* 227880.

³⁷⁴ Nel senso dell’illegittimità del sequestro del corpo del reato conseguente a perquisizione illegittima, vedi anche Cass., 27 luglio 2006, Pisa, in *Dir. giust.*, 2006, 34, pag. 78; Cass. 17 dicembre 2002, Vertugno, in *Arch. Nn proc.*

4.7. Spunti della giurisprudenza costituzionale.

In seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite, il tema dell'inutilizzabilità derivata è stato affrontato anche dalla Corte Costituzionale³⁷⁵. Nel caso di specie, il rimettente era chiamato a deliberare, in sede di udienza di convalida, la legittimità dell'arresto del titolare di un pubblico esercizio trovato in possesso di alcuni grammi di stupefacenti in esito ad una perquisizione invalida, in quanto effettuata in violazione dell'art. 41 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), cui era seguito il sequestro probatorio.

Tra le questioni che il giudice *a quo* poneva all'attenzione della Corte Costituzionale, preme ricordare quella relativa alla sospetta incostituzionalità dell'art. 191 c.p.p., per contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui tale disposizione consente l'utilizzazione di prove che derivano, non solo in via diretta, ma anche «in via mediata» da un precedente atto compiuto in violazione di divieto (in questo caso, l'utilizzazione del risultato di una perquisizione nulla³⁷⁶).

pen., 2003, pag. 368; Cass., 21 febbraio 2002, Confalonieri, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 963, m. 287: «Nel caso in cui, in sede di esecuzione di un decreto di perquisizione e contestuale sequestro, oggetto dell'apprensione siano anche documenti non rientranti nelle “categorie” in esso indicate e, perciò, non qualificabili corpo del reato o cose pertinenti al reato, non si è in presenza di un vizio che inficia la legittimità del sequestro, ma di un vizio inerente la sua esecuzione, al quale può porsi rimedio con la procedura di cui all'art. 263 c.p.p.». Nel senso dell'irrelevanza di eventuali vizi della perquisizione operata dalla polizia giudiziaria in via autonoma ai sensi dell'art. 352 c.p.p. sul sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti ad esso, vedi Cass., 10 ottobre 2007, Lonoce, in *CED*, n. 238114.

³⁷⁵ C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost.*, 2001, pag 2821 ss.

³⁷⁶ C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, cit., pag 2825. Va osservato che il giudice rimettente fondava il dubbio di costituzionalità sulla considerazione per cui, avendo il legislatore fissato in materia di perquisizione precise modalità costituenti «condizioni minime essenziali per farantire il cittadino da abusi», la relativa inosservanza doveva comportare la totale inutilizzabilità dell'atto. Epilogo, questo, ostacolato dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il sequestro deve essere mantenuto anche in presenza di una nullità della perquisizione.

Intervenuta sul punto, la Corte Costituzionale ha dichiarato con ordinanza inammissibile la questione di incostituzionalità dell'art. 191 c.p.p.³⁷⁷. A tal proposito, ha ricordato che la finalità perseguita dal legislatore del codice del 1989 era di delineare un regime normativo che escludesse in via generale l'utilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno specifico divieto probatorio. Si voleva così elaborare un regime che andasse oltre il profilo del vizio dell'atto processuale e le relative conseguenze sanzionatorie in termini di invalidità (diretta o derivata). L'autonoma categoria dell'inutilizzabilità doveva peraltro incidere sull'atto processuale illecito, in sé e per sé considerato, ma sulla idoneità a svolgere la funzione di prova.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte Costituzionale ha poi precisato che «se si ammettesse l'esistenza di un'inutilizzabilità derivata, si finirebbe per trasferire nella materia dell'inutilizzabilità un concetto regolato dal codice in via esclusiva, con riferimento alle nullità»³⁷⁸.

In chiave di riforma, la Corte ha concluso che la materia, per la sua delicatezza e per la varietà di letture possibili, è rimessa alla discrezionalità legislativa³⁷⁹. Detto altrimenti, l'inutilizzabilità del sequestro probatorio quale esito di una perquisizione illegittima è sostenibile solo qualora una norma lo preveda espressamente.

Tale ricostruzione non è stata condivisa dalla dottrina, che ha posto in rilievo come la linea di tendenza dell'ordinamento sia quella invece di «costruire percorsi di garanzie nell'attività investigative, espungendo dal materiale conoscitivo tutto ciò che risulti frutto di captazioni in modi non conformi alle regole legali di formazione della prova»³⁸⁰.

³⁷⁷ C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, cit., pag. 2825.

³⁷⁸ C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, cit., pag. 2825.

³⁷⁹ C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, cit., pag. 2825.

³⁸⁰ G. SPANGHER, «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, pag. 2829. L'autore precisa: «Sono ormai molti gli indici normativa di questa linea ricostruttiva elaborata dal

Ciò anche alla luce della modifica dell'art. 111 Cost. (l. cost. 23 novembre 1999, n. 2), giacché, sotto questo profilo, il riferimento stesso al “giusto processo” «finisce per integrare di ulteriori contenuti – in relazione alle modalità di captazione e formazione della prova – le garanzie già presenti nelle riferite previsioni costituzionali a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini»³⁸¹.

Preme inoltre evidenziare come in altre occasioni e, in presenza di interessi giuridici di maggiore rilevanza, la Corte Costituzionale abbia assunto un approccio meno formale al problema, mostrando una certa apertura verso l'istituto dell'inutilizzabilità derivata.

È quanto accaduto nella sentenza n. 229 del 1998³⁸² di cui abbiamo parlato nel capitolo 1.6, a proposito delle prove incostituzionali. Il caso era il seguente: due giorni dopo l'assunzione di un interrogatorio, il pubblico ministero ordinava la perquisizione della cella in cui si trovava il soggetto indagato, con il conseguente sequestro di alcuni appunti che questo si era preparato prima dell'interrogatorio. Si voleva in questo modo verificare l'autenticità delle dichiarazioni rese dall'indagato durante l'interrogatorio.

Chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di riesame avverso il provvedimento di sequestro, il tribunale della libertà sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 103 comma 6° c.p.p. nella parte in cui non prevedeva il divieto di sequestro degli scritti dell'indagato che servivano come appunti per facilitare la difesa negli interrogatori.

legislatore: è così possibile parlare di divieti probatori in tema di intercettazioni telefoniche (art. 271 c.p.p.), di immunità difensive (art. 103 c.p.p.) e di regole di esclusione in materia di dichiarazioni dibattimentali (art. 500 commi 2 e 6 c.p.p.). L'aspetto “debole” della ricostruzione, com'è noto, è rappresentato dal corpo del reato, essendo rinvenibili all'interno del codice alcune disposizioni che espressamente escludono questo elemento dalla sfera dell'inutilizzabilità. Tuttavia a fronte degli espliciti richiami contenuti in alcune previsioni (artt. 103 comma 2°, 240, 271 comma 3° c.p.p.) si potrebbe far rimarcare che non si tratterebbe d'una regola generale, ma di ipotesi specifiche, ovviamente tassative.

³⁸¹ G. SPANGHER, «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, cit., pag. 2829.

³⁸² C. cost., sent. 19 giugno 1998, n. 229, cit., pag. 1786.

In quell'occasione, la Corte Costituzionale ha effettivamente riconosciuto che alla perquisizione illegittima consegue l'illegittimità del sequestro avente ad oggetto gli scritti dall'indagato. Un tale sequestro, ha precisato la Corte Costituzionale, si risolve «in una palese diretta violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto dell'autodifesa»³⁸³.

Sotto questo profilo, si è però asserito in dottrina che le considerazioni qui richiamate hanno finito in realtà per rafforzare l'interpretazione che reputa comunque legittimo il sequestro quando abbia ad oggetto il corpo del reato o cose pertinenti al medesimo³⁸⁴. D'altronde, la censura posta dalla Corte Costituzionale riguardava la perquisizione e il sequestro non aventi ad oggetto il corpo del reato.

Occorre infine richiamare un altro intervento della Corte Costituzionale, che ha preceduto l'ordinanza n. 332 del 2001. Ci si riferisce a due importanti pronunce della Corte Costituzionale in tema di segreto di Stato.

In un primo caso, la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulle limitazioni che l'attività investigativa degli uffici inquirenti dell'autorità giudiziaria incontra allorché venga opposto, legittimamente, il segreto di Stato su atti e documenti di cui sia stata chiesta l'esibizione, ai fini di una successiva utilizzazione in giudizio.

La questione era nata sulla base di un conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna. Sinteticamente, al giudice istruttore si contestava di aver svolto delle indagini, esercitando l'azione penale sulla base di fonti di prova coperte dal segreto di Stato.

Con la sentenza 10 aprile 1998 n. 110, la Corte Costituzionale ha innanzitutto precisato che l'opposizione al segreto «non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui

³⁸³ C. cost., sent. 19 giugno 1998, n. 229, cit., pag. 1791.

³⁸⁴ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pag. 568.

fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto»³⁸⁵.

Sulla base di questo, la Consulta ha poi chiarito che il divieto di utilizzare atti e documenti coperti da segreto di Stato può operare sia «in vita diretta», e cioè per «fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale», sia «in vita indiretta», per «trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziata dall'illegittimità della loro origine»³⁸⁶.

Pertanto, se da un lato, non è consentito all'autorità giudiziaria di «aggirare surrettiziamente il segreto opposto dal Presidente del Consiglio, inoltrando ad altri organi richieste di esibizione di documenti dei quali le sia nota la segretezza formalmente opposta»³⁸⁷; dall'altro, non è precluso allo stesso di procedere «ove disponga o possa acquisire per altra via elementi indiziati del tutto autonomi e indipendenti dagli atti e documenti coperti da segreto»³⁸⁸.

È questo un passaggio significativo della sentenza perché dimostra che l'illegittima acquisizione di atti e documenti, coperti da segreto di Stato, può di fatto inficiare l'attività successiva se direttamente o indirettamente collegata, configurando un tipo di invalidità derivata, che la Corte non sembra affatto disconoscere.

La Consulta ha poi aggiunto che la Procura della Repubblica di Bologna avrebbe agito in modo non conforme al dovere di lealtà e di correttezza che deve improntare i rapporti fra l'esecutivo e l'autorità giudiziaria; sicché tale violazione finirebbe per incidere non soltanto sull'acquisizione e utilizzazione processuale di atti e documenti coperti dal segreto di Stato, ma anche sulla successiva richiesta di rinvio a giudizio, essendo questa fondata

³⁸⁵ C. cost., 10 aprile 1998, n. 110, in *Giur. cost.*, 1998, pag. 940

³⁸⁶ C. cost., 10 aprile 1998, n. 110, cit., pag. 940

³⁸⁷ C. cost., 10 aprile 1998, n. 110, cit., pag. 941

³⁸⁸ C. cost., 10 aprile 1998, n. 110, cit., pag. 941

in parte sugli atti sopra citati, e in parte su indagini svolte avvalendosi di conoscenze coperte da segreto di Stato.

Di conseguenza, oltre agli atti di indagine compiuti sulla base di fonti di prova coperte da segreto di Stato, si considera annullata anche la richiesta di rinvio a giudizio.

Pochi mesi più tardi, la Corte Costituzionale è nuovamente tornata alla medesima questione a fronte di un nuovo conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente del Consiglio³⁸⁹.

Quest'ultimo sosteneva che il pubblico ministero non avesse rispettato i dettami della Corte Costituzionale, limitandosi nella nuova richiesta di rinvio a giudizio ad una «burocratica, formale ed incompleta eliminazione del mero richiamo»³⁹⁰ ad atti e documenti precedentemente dichiarati inutilizzabili perché coperti da segreto di Stato.

Un comportamento conforme allo spirito della decisione della Corte avrebbe infatti dovuto portare ad un riesame di tutti gli atti in possesso dei magistrati bolognesi, al fine di «conservare solo quelli del tutto autonomi rispetto alle fonti segretate»³⁹¹, procedendo sulla base di questi con le indagini.

La Corte Costituzionale, nel confrontare le due richieste di rinvio a giudizio, ha rilevato come il pubblico ministero si fosse limitato nella seconda ad omettere il riferimento ai documenti già dichiarati inutilizzabili, non considerando tuttavia che la precedente sentenza annullava anche tutte le altre attività di indagine “conseguenzialmente” collegate³⁹².

In altre parole, il pubblico ministero aveva ignorato la duplice operatività del divieto di utilizzazione di atti e documenti coperti da segreto di Stato, fondando la nuova richiesta di

³⁸⁹ C. cost., 16 dicembre 1998 n. 410, in *Giur. cost.*, pag. 3552 ss.

³⁹⁰ F.T. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 1232.

³⁹¹ F.T. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato?*, cit., pag. 1232 ss.

³⁹² F.T. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato?*, cit., pag. 1233.

rinvio a giudizio su attività indirettamente collegate alle precedenti acquisizioni probatorie illegittime.

Il che conferma, ancora una volta, il riconoscimento da parte della Corte Costituzionale del fenomeno dell'inutilizzabilità derivata in materia di segreto di Stato, pur non richiamando la disciplina di cui all'art. 191 e 185 c.p.p.³⁹³.

Infine, vale la pena ricordare è intervenuto recentemente con la legge 3 agosto 2007, n. 124 nel tentativo di riconoscere al segreto di Stato una tutela oggettiva più ampia, in quanto costituzionalmente orientata. Tale legge, modificativa dell'art. 202 c.p.p., sembra recepire l'istanza di tutela oggettiva e assoluta, più volte avvalorata dalla Corte Costituzionale nelle sue pronunce. Si veda, in particolare, l'art. 202 comma 5° c.p.p., che in caso di tempestiva conferma del segreto «inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto». Diversa era la formulazione della precedente norma abrogata, che all'art. 202 comma 3° c.p.p. imponeva al giudice, in caso di conferma del segreto, la declaratoria di non doversi procedere laddove la prova risultasse essenziale per la definizione del processo. Beninteso, a fronte delle modifiche introdotte dalla legge n. 124 del 2007, si ritiene che la conferma sottragga «non più la prova di cui il segreto stesso rappresenta l'oggetto, bensì la notizia segreta in quanto tale». Qualche incertezza interpretativa emerge invece nel comma successivo, in quanto tale norma sembrerebbe sottrarre alla cognizione processuale i soli «atti, documenti e cose coperti dal segreto».

³⁹³ Vale la pena ricordare che il legislatore Per un approfondimento, C. BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, CEDAM, 2010, pag. 101 ss.

Si tratta, a ben vedere, di un'interpretazione difficilmente accoglibile nella misura in cui considera il provvedimento di conferma alla stregua di uno strumento idoneo a precludere l'accesso alla sola «prova» e non anche all'intero «fatto» segreto, recuperando così un approccio di tipo soggettivo. Come rileva la dottrina più attenta, l'interpretazione in oggetto finirebbe per rendere inapplicabile l'art. 202 comma 5° c.p.p., ponendosi anche in contrasto con le precedenti disposizioni che, nel regolare il segreto «non confermato» o «non ancora confermato», fanno uso della locuzione «notizia» (art. 202 comma 2° e 4° c.p.p.).

A parte questo, vale la pena, infine, rilevare che dal divieto di «utilizzo, anche indiretta» letto unitamente alla previsione per cui «non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto di Stato» (art. 202 comma 6° c.p.p.) sembra emergere un chiaro recepimento, da parte del legislatore, dell'istituto dell'inutilizzabilità derivata.

CAPITOLO 3.

“MALE CAPTUM BENE RETENTUM” E TEORIA DEI “FRUTTI DELL’ALBERO AVVELENATO” AL COSPETTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO.

1. Premessa: un processo penale sempre meno “statocentrico”.

Negli ultimi dieci anni si è assistito a un profondo cambiamento della procedura penale. Sono mutate le fonti, la natura, le finalità ultime e la vera ragion d’essere del processo. La centralità dell’imputato e la crescente esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali nel contesto di un processo definito «equo» ha aperto nuovi scenari, determinando il superamento di una visione angusta e distorta del processo penale, quale strumento di difesa sociale e barriera da ergere a fronte della minaccia rappresentata dalle più gravi forme di criminalità organizzata, non solo interna, ma anche transnazionale.

Merito delle fonti normative sovranazionali, che sono andate via via integrando gli ordinamenti degli Stati europei e degli importanti interventi degli organi giurisdizionali appositamente istituiti per garantire il rispetto e l’osservanza di tali norme. Con la conseguenza che il processo penale è diventato sempre meno «statocentrico», abbandonando una secolare tradizione di autarchia normativa e interpretativa.

A tal proposito, preme rilevare che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (d’ora in poi CEDU) e, in particolare, l’interpretazione delle sue norme offerta dalla Corte di Strasburgo (Corte EDU), è chiamata costantemente a interagire con il nostro diritto interno, anche su tematiche fino a poco tempo fa di esclusivo

interesse statale. È il caso delle prove acquisite illegalmente, in violazione delle norme di diritto interno e/o di una disposizione della CEDU. Vedremo, in particolare, che la Corte EDU è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla questione di ammissibilità e utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale. L'approccio che questa ha avuto al problema è stato però diverso, essendo diverso il quadro normativo di riferimento.

Nell'esaminare la giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritti umani, vedremo che non sono mancate in questo settore pronunce di condanna a carico degli Stati membri per violazione del diritto all'equo processo, riconosciuto e garantito dalla stessa Carta Costituzionale (art. 111) e ancor prima dall'art. 6 CEDU. In tali casi, la Corte EDU ha rilevato che la «procedura nel suo complesso», incluso il modo in cui una prova è stata ottenuta, ha svelato il mancato svolgimento di un «accertamento legale della colpevolezza dell'imputato» (art. 6 par. 1 CEDU).

Vedremo infine che, di recente, la Corte EDU si è pronunciata anche sulla delicata questione dell'invalidità derivata, prendendo posizione, di conseguenza, anche sulla nota contrapposizione tra la tesi del “male captum bene retentum” e la teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”.

Tuttavia, prima di analizzare i recenti interventi della Corte EDU sul tema oggetto del presente lavoro, riteniamo opportuno ripercorrere per sommi capi l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di diritti umani, in relazione all'«equo processo». Nel far ciò, partiremo con il tracciare un quadro generale della natura, oggetto ed efficacia delle norme CEDU nel nostro ordinamento, cui seguirà una riflessione sull'importanza delle sentenze della Corte EDU.

2. Posizione delle norme nella gerarchia delle fonti:

sintesi d'un percorso travagliato.

La CEDU vive da più di 50 anni e da subito avrebbe dovuto essere avvertita come qualcosa di non assimilabile alle classiche convenzioni internazionali, per la cui immissione nell'ordinamento nazionale è sufficiente un ordine di esecuzione. Il carattere "paracostituzionale" dei suoi contenuti avrebbe forse dovuto essere riconosciuto già all'epoca della ratifica, magari attraverso l'adozione di una legge costituzionale volta ad assicurarne il diretto accesso al nostro ordinamento.

Ciò non è avvenuto, atteso che la legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione di Roma (legge 4 agosto 1955, n. 848) altro non è che una semplice legge ordinaria, idonea ad essere modificata da una successiva.

Come era logico attendersi, per molto tempo l'ordinamento italiano si è mostrato refrattario ai principi consacrati dalla questa carta internazionale, nonostante i pregevoli apporti della dottrina internazionalistica e le appassionate incursioni della dottrina processulpenalistica, più sensibile al tema³⁹⁴. Lo conferma l'atteggiamento di totale autarchia normativa e interpretativa da parte della giurisprudenza italiana. Largamente diffusa era infatti la convinzione che le regole che disciplinano la procedura fossero una tipica espressione della sovranità di ciascuno Stato membro, trattandosi di un settore di esclusiva competenza del legislatore nazionale; sicché le norme CEDU potevano soltanto riguardare i rapporti di diritto internazionale tra gli Stati che si impegnavano a rispettarne i precetti, senza intaccare le regole vigenti nei sistemi processuali nazionali. Di conseguenza, la mancata osservanza di tali norme

³⁹⁴ Per un approfondimento G. CONSO, *I diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pag. 307 ss. M. PISANI., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in *Foro it.*, 1966, IV, pag. 33.

avrebbe comportato soltanto una responsabilità per inadempimento verso gli altri Stati del Consiglio d'Europa.

Sul punto, la stessa Corte Costituzionale, quando richiama le disposizioni convenzionali, lo faceva ritenendo queste un parametro ausiliario e non autonomo del giudizio di legittimità, che non poteva incidere direttamente sul tessuto normativo³⁹⁵. A sostegno di ciò, il Giudice delle leggi ricordava che, «in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria»; tali norme, infatti, «[...] servono ad interpretare dinamicamente la portata ed il valore delle disposizioni costituzionali, poiché riflettono l'evoluzione storica della sensibilità internazionale di fronte ai diritti dell'individuo, e l'assegnazione a questi ultimi di contenuti via via più incisi e articolati»³⁹⁶.

Il quadro è tuttavia mutato qualche anno più tardi con l'opera di revisione costituzionale sfociata prima nella legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha di fatto riscritto l'art. 111 Cost., recependo alcune garanzie già contenute nell'art. 6 CEDU, e nella legge costituzionale 18 novembre 2001, n. 3, che ha modificato il Titolo quinto parte seconda della Carta costituzionale, aprendo nuovi scenari, in virtù della nuova formulazione dell'art. 117 comma 1° Cost. Di conseguenza, è cambiato l'atteggiamento della giurisprudenza italiana, in particolare della Corte Costituzionale che in due importanti pronunce³⁹⁷ ha ribaltato l'orientamento che fino a quel momento si era affermato.

In primo luogo, la Corte ha ribadito che per le norme CEDU non opera il meccanismo di adattamento automatico di cui all'art. 10 comma 1° Cost., riguardante le «norme di diritto

³⁹⁵ L. SCOMPARIN, *Processo penale e convenzione internazionale: prospettive vecchie e nuove della giurisprudenza costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 1992, pag. 410.

³⁹⁶ C. cost., 16 dicembre 1980, n. 180, in *Giur. cost.*, 1980, pag. 1565 ss.

³⁹⁷ Le sentenze sono: C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, pag. 3475. C. cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, pag. 3535.

internazionale generalmente riconosciute»; allo stesso modo, non può essere invocato l'art. 11 Cost., riguardante le norme emanate nell'ambito di un ordinamento sovranazionale, non essendo configurabile in relazione all'applicazione dei diritti fondamentali «alcuna limitazione della sovranità nazionale». Pertanto, sotto questo profilo, una legge ordinaria non può essere disapplicata da una norma CEDU ad essa contrastante, come avviene per le norme comunitarie.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto superata l'impostazione tradizionale secondo cui le norme della CEDU acquistano il rango della legge ordinaria di adattamento, potendo in questo modo essere modificate da una legge ordinaria successiva. Ciò sul rilievo che l'art. 117 comma 1° Cost., nella sua nuova formulazione, impone che l'esercizio della potestà legislativa debba avvenire anche nel rispetto degli «obblighi internazionali» assunti dallo Stato, tra i quali rientrano gli obblighi derivanti dalla CEDU. Ne consegue che le norme CEDU hanno «carattere paracostituzionale». In altre parole, esse «acquistano rango di norme costituzionali, intermedio tra il rango della legge ordinaria e quello della norma costituzionale, cui esse finiscono per dare concreto contenuto».

In un successivo passaggio, la Corte ha inoltre precisato che tra gli «obblighi internazionali» assunti dall'Italia con la ratifica della CEDU «vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato fatto proprio dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione»³⁹⁸.

Si tratta, a ben vedere, di un'importante svolta metodologica compiuta dalla Corte Costituzionale. Si riconosce per la prima volta alle norme CEDU forza di resistenza rispetto ad eventuali leggi ordinarie abrogative, facendole assurgere, insieme all'interpretazione della Corte EDU, a parametro interposto per un giudizio di costituzionalità in caso di contrasto. Ciò significa che il giudice nazionale è tenuto non solo ad interpretare le norme interne

³⁹⁸ C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

alla luce di quelle della CEDU, ma anche a rilevare ogni possibile contrasto, sollevando questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nella legge ordinaria per violazione dell'art. 117 comma 1° Cost. Quando ciò avviene, la Corte Costituzionale effettua prima un giudizio di conformità della norma convenzionale con la Costituzione; essa, in particolare, verifica se la norma CEDU che si assume violata, in quanto fonte sub-costituzionale, non sia incompatibile con la Costituzione. Tale verifica, diversamente da quanto accade per le norme comunitarie, rimane in ogni caso limitata «alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali», dovendo questa essere effettuata «con tutte le pertinenti norme della Costituzione»³⁹⁹.

Qualora la norma CEDU si ponga in contrasto con la Carta Costituzionale, sarà la Corte stessa «ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano», ad esempio attraverso la dichiarazione di illegittimità dell'esecuzione⁴⁰⁰. In caso contrario, la Corte passerà ad esaminare la compatibilità della legge nazionale con la norma CEDU, così come interpretata dalla Corte EDU. A questo punto, se la Corte riconosce che il contrasto non può essere risolto attraverso una interpretazione adeguatrice, dovrà dichiarare la norma nazionale costituzionalmente illegittima per il tramite dell'art. 117 comma 1° Cost.

L'importanza delle norme CEDU è stata infine riconosciuta anche a livello comunitario. Si segnala in proposito la recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° novembre 2009), che ha modificato l'art. 6 TUE, stabilendo che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (par. 2), precisando poi che «i

³⁹⁹ C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349.

⁴⁰⁰ Sul punto, si segnala una recente pronuncia della Corte Costituzionale, che ha precisato che laddove «il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU» e, pertanto, «dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana [possa] derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali» non succederà niente. Nel caso in cui il Giudice delle leggi invece accerti che il contenuto precettivo delle disposizioni convenzionali reca *vulnus* alle norme della Costituzione, «tale ipotesi, pure eccezionale [escluderà] l'operatività del rinvio alla norma internazionale» con conseguente declaratoria di illegittimità della legge di adattamento. C. cost., 26 novembre 2009, n. 311.

diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (par. 3).

Tale norma ha inoltre recepito la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, attribuendole «lo stesso valore giuridico dei trattati». In altre parole, la Carta dei diritti fondamentali (d'ora in poi CDFUE), da semplice dichiarazione politica è diventata uno strumento giuridico vincolante per le istituzioni comunitarie e per gli Stati membri. Tale fatto assume un certo rilievo per quello che a noi interessa: l'art. 52 par. 3° CDFUE infatti stabilisce che laddove la Carta contenga «diritti corrispondenti» a quelli garantiti dalla CEDU, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti» dalla CEDU, ferma restando la possibilità che la Corte conceda a tali diritti «una protezione più estesa».

Sotto questo profilo, la CEDU e i suoi protocolli addizionali, nell'interpretazione offerta dalla Corte EDU, rappresentano uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali, al quale l'Unione europea può derogare soltanto "verso l'alto", assicurando ai diritti individuali in gioco una protezione più estesa di quella assicurata a Strasburgo.

La questione che si pone, a questo punto, è se l'incorporazione della CEDU e dei protocolli all'interno del diritto UE, anche in virtù del richiamo dell'art. 52 par. 3° CDFUE, renda tali disposizioni idonee a produrre effetti direttamente favorevoli all'individuo, facendo sorgere il potere-dovere in capo al giudice nazionale di “disapplicare” le eventuali norme interne contrastanti, senza più dover invocare il sindacato di legittimità costituzionale.

Interrogata sul punto, la Corte sembra tuttavia aver repinto tale prospettiva: da un lato, non nega che il nuovo assetto delle fonti realizzato con l'art. 6 TUE comporti un potere di disapplicazione diretta della norma interna contrastante con le norme CEDU⁴⁰¹; dall'altro, ribadisce che l'esistenza di quel potere non può collocarsi «al di fuori delle materie di

⁴⁰¹ F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pag. 658.

competenza dell'Unione», e cioè rispetto a norme nazionali che non costituiscono attuazione del diritto europeo e sono «prive di ogni legame con tale diritto».⁴⁰² A sostegno della propria decisione, la Corte ha richiamato l'art. 51 par. 2° CDFUE, in base al quale la Carta si applica all'Unione e agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», e l'art. 52 par. 2° CDFUE, in base al quale la Carta «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione».

In definitiva, i principi stabiliti dalla CEDU assumono, secondo l'orientamento attualmente prevalente, «carattere paracostituzionale», avendo rango intermedio rispetto alle norme costituzionali e le leggi ordinarie. Qualora il giudice nazionale rilevi un contrasto tra una norma CEDU e una legge ordinaria, dovrà prima verificare se è possibile interpretare quest'ultima in modo conforme alla prima; ove tale operazione non sia possibile, il giudice non potrà direttamente disapplicare la normativa interna, a meno che questa non rientri nell'ambito di applicazione del diritto UE, e sia dunque recepita a livello comunitario dall'art. 6 TUE e dall'art. 52 par. 3° CDFUE. In caso contrario, il giudice potrà sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa nazionale per violazione dell'art. 117 comma 1° Cost. A ciò seguirà una valutazione della Corte Costituzionale, incentrata prima sulla compatibilità della norma CEDU invocata con la Costituzione stessa, poi sull'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della legge nazionale.

⁴⁰² C. cost., 11 marzo 2011, n. 80

3. (Segue): l'importanza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano.

Finora si è parlato delle norme CEDU, sottolineandone l'importanza nell'attuale gerarchia delle fonti del diritto italiano. Nel corso dell'esposizione, si è avuto modo di precisare che ad assumere «carattere paracostituzionale» non è soltanto la normativa CEDU, ma anche l'interpretazione offerta dalla Corte EDU, come ha peraltro sottolineato la Corte Costituzionale in due recenti pronunce. Non ci resta, a questo punto, che approfondire quest'ultimo aspetto, ponendo in rilievo i limiti strutturali e le difficoltà che il nostro ordinamento ha incontrato, nel dare piena attuazione alle pronunce della Corte EDU.

Occorre tuttavia fare alcune premesse in ordine alla composizione e alle funzioni riconosciute alla Corte EDU, nonché alla legittimazione attiva al ricorso e ai meccanismi di controllo del rispetto delle sentenze, finora solamente accennati.

Attualmente la Corte EDU è suddivisa in più sezioni distinte. Ciascun affare viene giudicato, a seconda dei casi, da un giudice monocratico, da un comitato di tre giudici, ovvero da una Camera composta da 7 giudici. I casi più complessi sottoposti alla Corte EDU vengono tuttavia deferiti dalle singole camere alla Grande Camera, composta da 17 giudici. Quest'ultima è altresì competente a giudicare, in seconda e definitiva istanza, sui casi già decisi dalle singole camere allorché una delle parti lo richieda e un collegio di 5 giudici della stessa Grande Camera ritenga che la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi di interpretazione o applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, ai sensi dell'art. 43 CEDU.

Quanto alle funzioni della Corte EDU, preme ricordare che l'art. 19 CEDU ha istituito questo organo giurisdizionale, affidando ad esso il compito di assicurare il rispetto da parte degli Stati contraenti degli obblighi scaturenti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli addizionali. A ciò l'art. 32 CEDU ha aggiunto che la Corte EDU è competente a giudicare su «tutte le

questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione di tali strumenti», fermo restando che i suoi poteri sono limitati alla tutela dei diritti dell'uomo, in quanto riconosciuti e tutelati dalla CEDU e dai Protocolli addizionali.

L'importanza delle norme CEDU e della loro applicazione da parte della Corte EDU è in particolar modo sottolineata dalla disciplina relativa alla legittimazione attiva a procedere contro eventuali violazioni da parte di uno Stato aderente. È infatti riconosciuto e garantito il diritto di ricorrere contro lo Stato inadempiente non solo agli altri Stati contraenti (art. 33 CEDU), ma anche a ciascuna persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di privati che assumono di essere vittima di una violazione da parte di uno Stato membro (art. 34 CEDU). Il termine previsto per il ricorso è di sei mesi successivi all'infruttuoso esaurimento delle vie di ricorso delle quali il legittimato attivo disponeva all'interno del proprio Stato (art. 35 CEDU).

Si tratta, a ben vedere, di una anomalia del diritto internazionale giacché per la prima volta si afferma il principio secondo cui uno Stato può essere convenuto davanti a un tribunale per rispondere della violazione dei propri obblighi convenzionali concernenti i diritti umani, su iniziativa di qualsiasi individuo, non importa se cittadino dello Stato resistente o di altro Stato firmatario e non della Convenzione.

Fatte queste premesse, preme ricordare che le sentenze della Corte EDU assumono in generale valore declaratorio, nel senso che si limitano ad accertare se nel caso concreto vi sia stata violazione di un diritto sancito dalla CEDU da parte dello Stato convenuto. Non è consentito invece alla Corte EDU sindacare sulla compatibilità con la CEDU di una legge nazionale o dell'orientamento giurisprudenziale ivi formatosi, nè privare di efficacia leggi, provvedimenti giudiziari, atti amministrativi. In caso di accertata violazione di una norma CEDU o dei suoi Protocolli addizionali, spetta infatti alle autorità statali riparare le conseguenze di tale violazione, predisponendo al loro interno gli strumenti adeguati allo scopo.

Un problema si è posto laddove il diritto interno non sia in grado se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di una violazione accertata dalla Corte EDU.

Per molto tempo, la Corte EDU si è limitata infatti ad accordare, compatibilmente con l'art. 41 CEDU, un'equa soddisfazione consistente in una somma di denaro a titolo di risarcimento danni e/o rimborso spese. In altre parole, una volta accertata e dichiarata con sentenza la violazione, la Corte EDU condannava lo Stato a riparare le conseguenze della violazione medesima, rimettendo a quest'ultimo la scelta circa le modalità di soddisfazione delle richieste della parte lesa. Allo Stato veniva così imposto il pagamento di una somma di denaro, ma non gli si impediva di ripetere il comportamento che la Corte EDU stessa aveva censurato.

Tale problema non poteva nemmeno essere risolto davanti al Comitato dei Ministri che, ai sensi dell'art. 46 CEDU previgente, esercitava funzioni di mera sorveglianza inerenti l'esecuzione delle sentenze emesse dalla Corte EDU⁴⁰³.

La situazione oggi è in parte mutata: se fino a poco tempo fa l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU veniva affidata alla buona volontà degli Stati membri sotto la supervisione degli organi politici del Consiglio d'Europa, segnatamente del Comitato dei Ministri, a seguito delle recenti modifiche introdotte alla CEDU dal Protocollo XIV, entrato in vigore il 1° giugno 2010, si è riconosciuto al Comitato dei Ministri il potere di investire la Corte EDU di eventuali problematiche concernenti l'interpretazione delle sue sentenze al fine di ottenere una sorta di interpretazione autentica dei giudicati. Allo stesso modo, si è consentito al Comitato dei Ministri di avviare una procedura di infrazione contro lo Stato che abbia omissso di adempiere

⁴⁰³ Beninteso, se da un lato, la pronuncia della Corte EDU aveva effetto vincolante nella misura in cui impegnava lo Stato a versare la somma indicata nel dispositivo a titolo di equa soddisfazione; dall'altro, non si poteva imporre allo Stato, ad esempio, di apportare modifiche normative a livello interno. La questione veniva infatti solamente «iscritta al ruolo del Comitato dei Ministri per mesi, spesso per anni» fino a che il Governo interessato non avesse comunicato di aver concluso le proprie procedure per la loro emanazione. Per un approfondimento, M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1991, pag. 295.

correttamente ad una sentenza della Corte EDU, ottenendo da questa una specifica declaratoria quale premessa per l'adozione di ulteriori misure.

Il nuovo art. 46 CEDU stabilisce infatti che la sentenza definitiva viene trasmessa al Comitato dei Ministri per controllarne l'esecuzione (par. 2). Qualora l'esercizio del potere di controllo sia in qualche modo ostacolato da una difficoltà di interpretazione della sentenza, è consentito al Comitato di adire la Corte EDU affinché questa si pronunci su tale questione. La Corte EDU, in questo caso, decide con un voto di maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato (par. 3). Qualora invece il Comitato dei Ministri ritenga che lo Stato inadempiente rifiuti di conformarsi alla sentenza definitiva, dopo averlo messo in mora, può adire la Corte EDU sulla questione di adempimento degli obblighi assunti dallo Stato membro. A questo punto, se la Corte EDU riscontra una nuova violazione, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le opportune misure da adottare. In caso contrario, la Corte EDU trasmette gli atti al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame (par. 5).

Occorre, infine, valutare in che misura l'ordinamento italiano ha cercato di ovviare ai propri limiti strutturali per dare piena esecuzione alle pronunce della Corte EDU. Non potendo in questa sede approfondire un tema così complesso e di grande attualità, ci limitiamo qui a riportare i principali rilievi che la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale hanno fatto negli ultimi anni.

La Corte di Cassazione si è recentemente trovata ad affrontare la questione centrale relativa rapporto tra le sentenze della Corte EDU (che abbiano accertato la sussistenza della violazione di una norma della CEDU in un determinato processo) e il giudicato penale che, nell'ordinamento interno, si sia già realizzato in relazione allo stesso processo.

Il problema è stato lucidamente posto in rilievo dalla Corte di Cassazione nella sentenza *Cat Berro*⁴⁰⁴, in cui si è affermato che privare l'imputato di un nuovo processo allorché risulti accertata la violazione di uno *human right* significherebbe dar luogo ad una ulteriore trasgressione nella parte in cui l'art. 5 par. 1 lett. a) CEDU vieta ogni limitazione della libertà personale compiuta al di fuori dei casi e delle modalità previste dalla legge. A sostegno di ciò, la Corte ha ricordato che l'art. 5 CEDU è norma che è stata introdotta da fonte atipica, avente sì la forza di legge degli atti contenenti un ordine di esecuzione, ma che non è suscettibile di abrogazione o modificazione da parte di una legge ordinaria. Tale norma pertanto impone al giudice italiano di non dare esecuzione ad una sentenza di condanna che sia stata emessa al termine di un processo che la Corte EDU abbia giudicato non equo.

Nel passaggio conclusivo della sentenza, la Corte ha tuttavia disatteso le premesse del suo ragionamento, non specificando lo strumento mediante il quale il giudice dell'esecuzione possa mettere in discussione il giudicato penale⁴⁰⁵. La conseguenza di tale omissione è stata che la Corte d'assise d'appello di Milano, chiamata a dare esecuzione alla sentenza, ha confermato che allo stato della normativa vigente non vi era alcuno strumento giuridico che consentisse di incidere sulla esecutività di una condanna irrevocabile ovvero di determinare la riapertura del

⁴⁰⁴ Cass., 3 ottobre 2005, *Cat Berro*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 3171. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione veniva chiamata a decidere sulla legittimità dell'ordinanza con cui la Corte d'Assise d'appello di Milano aveva dichiarato *de plano* l'inammissibilità dell'incidente di esecuzione presentato da un condannato che lamentava di non aver avuto conoscenza del processo svoltosi in contumacia. Va chiarito che, in seguito alla condanna definitiva, l'imputato *Cat Berro* aveva presentato ricorso davanti alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 CEDU, ottenendo da questa una pronuncia che riconosceva l'iniquità del processo. *Cat Berro* aveva così promosso davanti alla Corte d'Assise d'appello incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, chiedendo l'annullamento dell'ordine di carcerazione emesso dalla procura generale della Repubblica, facendo leva sulla pronuncia della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Tale richiesta veniva rigettata dalla Corte d'assise d'appello con ordinanza di inammissibilità. Contro l'ordinanza *Cat Berro* proponeva infine ricorso in Cassazione, riaprendo l'intera questione.

⁴⁰⁵ La Corte di Cassazione ha infatti annullato con rinvio l'ordinanza con cui la Corte d'Assise d'appello di Milano aveva rigettato l'incidente di esecuzione, limitandosi però a fissare il principio secondo cui le disposizioni della Convenzione debbono trovare diretta applicazione da parte del giudice italiano e demandando al giudice di rinvio il compito di stabilire se la disposizione di cui all'art. 5 comma 2° lett. a) CEDU precluda l'esecuzione nell'ordinamento italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato «non equo» dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo.

procedimento; nè tale problema poteva essere risolto attraverso la procedura di cui all'art. 666 comma 2° c.p.p.

Nella sentenza *Somogyi*⁴⁰⁶, la Corte di Cassazione è nuovamente tornata sulla questione, affermando con maggiore vigore che il giudice nazionale è tenuto a conformarsi alle pronunce della Corte EDU, se del caso mettendo anche in discussione il giudicato penale e ammettendo la revisione o riapertura del processo. A sostegno di ciò, la Corte ha ribadito che la giurisprudenza di legittimità così come quella costituzionale sono concordi nel riconoscere piena e diretta precettività delle norme CEDU nell'ordinamento italiano.

La Corte ha poi sottolineato la forza vincolante delle sentenze della Corte EDU richiamando, a tal riguardo, la legge 15 dicembre 2005, n. 280 con la quale l'ordinamento italiano ha ratificato il Protocollo XIV, modificativo dell'art. 46 CEDU. Tale norma, come abbiamo visto in precedenza, attribuisce una efficacia maggiore all'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, consentendo al Comitato dei Ministri di esercitare un potere di controllo, nonché di avviare una procedura di infrazione nei confronti degli Stati inadempienti.

A tali conclusioni la Corte di Cassazione è pervenuta anche nella sentenza *Dorigo*⁴⁰⁷, dichiarando inesequibile una sentenza di condanna definitiva, di cui si era accertata

⁴⁰⁶ Cass., 12 luglio 2006, *Somogyi*, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 1015. Nel corso di un processo contumacia l'imputato *Somogyi* veniva condannato in primo grado. In assenza di impugnazione, la sentenza di primo grado passava in giudicato. Successivamente *Somogyi* proponeva ricorso davanti alla Corte EDU, la quale riconosceva che il ricorrente non avesse avuto effettiva conoscenza del processo nazionale. *Somogyi* presentava così richiesta di restituzione nel termine *ex art.* 175 c.p.p. per impugnare la sentenza di primo grado. Tale richiesta veniva respinta dalla Corte d'appello, nonostante il ricorrente avesse fatto valere la precedente pronuncia della Corte EDU. La questione è così passata alla Corte di Cassazione, che ha annullato senza rinvio l'ordinanza della Corte d'appello, restituendo al ricorrente il termine per proporre appello. Per un approfondimento, P. MOSCARINI, *Condanna in contumacia e restituzione nel termine per impugnarla: la Cassazione penale ri-decide il "caso Somogyi"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pag. 414.

⁴⁰⁷ Cass., 1 dicembre 2006, *Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 1441. Nel caso di specie, il processo si era concluso con condanna definitiva, ma la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6 CEDU perché la responsabilità dell'imputato era stata affermata sulla base di dichiarazioni rese da coimputati nel corso delle indagini preliminari, senza possibilità per l'accusato di interrogarli o farli interrogare. A seguito della pronuncia europea (richiamata a più riprese e attraverso diverse risoluzioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che ne sollecitavano l'esecuzione), la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione espresso in esecuzione della sentenza di condanna divenuta definitiva, ritenendo che il

in sede europea la violazione delle norme CEDU e, in particolare dell'art. 6, giacché la responsabilità dell'imputato era stata affermata sulla base di dichiarazioni rese da coimputati nel corso delle indagini preliminari, senza possibilità per l'accusato di interrogarli o di farli interrogare.

Sul punto, occorre infine segnalare due recenti pronunce della Corte Costituzionale, in cui si è discussa l'eventualità di dichiarare incostituzionale la disciplina dell'art. 630 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede tra i casi di revisione quello in cui sia impossibile conciliare fatti posti a fondamento della sentenza di condanna con la decisione della Corte EDU che abbia accertato, nel relativo processo, la violazione dell'art. 6 CEDU.

La questione è di non poco momento, atteso che nelle pronunce sopra esaminate la Corte di Cassazione si è più che altro limitata ad affermazioni di principio, non prospettando la concreta possibilità di una riapertura del processo per incompatibilità tra giudicati. Essa infatti non si è spinta oltre l'annullamento dell'ordine di carcerazione o il riconoscimento della restituzione in termini *ex art. 175 c.p.p.*, per ovviare a sentenze di condanna in relazione alle quali si era riscontrata in sede europea l'iniquità del processo.

Chiarito ciò, nella prima sentenza⁴⁰⁸ la Corte Costituzionale con un atteggiamento di *self restraint* ha dichiarato infondata la questione di incostituzionalità dell'art. 630 comma 1° lett. a) c.p.p., sollevata in base alla sospetta violazione degli artt. 3, 10 e 27 Cost. Ciò sul rilievo che la disciplina della revisione, richiamata dal giudice *a quo*, riguarda l'inconciliabilità tra le ricostruzioni di un determinato accadimento contenute in due giudizi

giudicato fosse ineseguibile dopo l'accertamento della violazione delle regole CEDU, disponendo l'immediata liberazione di Dorigo (condannato a 13 anni e 6 mesi di reclusione) e la cui detenzione è stata ritenuta non regolare ai sensi dell'art. 5 comma 2 lett. a) CEDU.

⁴⁰⁸ C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, 1506 ss. La Corte d'appello di Bologna sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 comma 1° lett. a) c.p.p. laddove non consente la revisione del processo in favore del soggetto condannato con sentenza ritenuta non equa dalla Corte EDU.

penali irrevocabili, da intendersi non come «contraddizione logica tra valutazioni», bensì come «oggettiva incompatibilità tra i fatti» nella loro dimensione storica: situazione, secondo la Corte, diversa da quella cui ci si trova di fronte, a seguito di condanna europea. Nel passaggio conclusivo, la Corte non ha mancato poi di sottolineare l'impellente necessità di un intervento legislativo volto a colmare la lacuna dell'ordinamento, laddove impedisce l'esecuzione delle sentenze europee, rivolgendo a tal fine al legislatore un "pressante invito" ad adottare idonei provvedimenti.

Come anticipato, la Corte Costituzionale è tornata nuovamente sulla questione in una successiva pronuncia⁴⁰⁹. Ad essa è stato chiesto di pronunciarsi sulla incompatibilità della disciplina della revisione rispetto all'art. 46 CEDU per il tramite dell'art. 117 comma 1° Cost., norma quest'ultima che segna l'accesso al nostro ordinamento dei principi e delle disposizioni contenute nella CEDU.

La Corte, in questo caso, sottolineando la diversità della questione oggetto di giudizio rispetto a quella decisa nella precedente pronuncia (in cui erano stati invocati come parametri di incostituzionalità gli artt. 3, 10 e 27 Cost.) e le diverse argomentazioni svolte dal giudice a quo, ha invertito il proprio orientamento.

Dopo aver ribadito che secondo gli organismi europei il mezzo più idoneo a garantire la *restitutio in integrum* del diritto leso è dato dalla celebrazione di un nuovo processo oppure dalla riapertura del procedimento, la Corte ha ritenuto incostituzionale l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'ulteriore caso di revisione volto a consentire la riapertura del processo, necessitata dall'obbligo di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. Si tratta dunque di un importante passo in avanti che testimonia l'importanza delle sentenze delle Corte EDU.

⁴⁰⁹ C. cost. 7 aprile 2011, n. 113. Per una analisi sulle possibili alternative legislative in tema di revisione, R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? l'obbligo per gli Stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 2009, pag. 2206.

A questo punto, siamo in grado di tracciare le nostre conclusioni. Alla luce delle pronunce fin qui esaminate, l'ordinamento italiano, in virtù dell'art. 117 comma 1° Cost., è tenuto conformarsi agli «obblighi internazionali», tra cui rientrano le norme CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU. Da ciò discende il «carattere paracostituzionale» non soltanto alle norme CEDU, ma anche dell'interpretazione che di queste viene fatta dalla Corte EDU. L'art. 46 CEDU, nella sua nuova formulazione, impone agli Stati di conformarsi alle sentenze della Corte EDU, se del caso apportando modifiche nell'ordinamento nazionale, che consentano quanto meno di mettere in discussione il giudicato penale, allorché in sede europea si sia ravvisata una violazione dell'art. 6 CEDU. Il principio più volte affermato dalla Corte EDU è stato accolto gradualmente dalla giurisprudenza di legittimità, che ha riconosciuto l'ineseguibilità di sentenze di condanna, il cui processo era stato giudicato iniquo dai giudici europei. A ciò è seguito il puntuale intervento della Corte Costituzionale che, sulla questione di incompatibilità tra giudicato penale e sentenze della Corte EDU, si è pronunciato in favore di queste ultime, riconoscendo l'incostituzionalità della disciplina della revisione nella parte in cui non consente la riapertura del processo in favore dell'imputato "ingiustamente" condannato.

4. L'approccio della Corte europea al tema dell'acquisizione e utilizzazione di prove contrarie a norme interne e a norme CEDU.

Finora si è tracciato un quadro generale della natura, oggetto e funzionamento delle norme CEDU e si è sottolineato come queste assumano valenza subcostituzionale per il tramite dell'art. 117 comma 1° Cost. Nel corso dell'esposizione, ci siamo inoltre soffermati

sull'importanza delle pronunce della Corte EDU e, in particolare sulla loro incidenza nei giudicati penali nazionali, grazie anche ai recenti interventi della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

Ci interessa, a questo punto, spostare l'attenzione sul tema delle prove illegali nel processo penale, alla luce delle norme CEDU e dell'interpretazione della Corte EDU. Nel compiere tale difficile operazione, è necessario partire dal presupposto che, a fronte del differente quadro normativo di riferimento, risulta diverso l'approccio al problema. Non bisogna dimenticare infatti che all'interno della CEDU non sono rinvenibili norme *ad hoc* che sanzionano l'ammissione e utilizzazione di prove vietate nel processo, così come accade negli ordinamenti nazionali. Se il nostro legislatore, pur con non pochi sforzi, ha elaborato la categoria dell'inutilizzabilità per garantire la legalità in ambito probatorio, viene da chiedersi dunque quale tutela venga riconosciuta dalle norme CEDU.

La Corte EDU è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla questione di ammissibilità e utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale. In tali circostanze, pur dando atto di non poter interferire sulle scelte di politica processuale dei singoli sistemi nazionali in tema di prova, ha ammesso di poter vagliare l'equità della procedimento, considerato nel suo complesso, in forza dell'art. 6 par. 1 CEDU⁴¹⁰. Più precisamente, la Corte EDU ha dichiarato di non poter compiere valutazioni di ammissibilità e utilizzabilità delle prove acquisite nei processi nazionali, se non nella misura in cui tali questioni abbiano privato il ricorrente di un processo equo, in linea con i diritti e le garanzie riconosciute dalla CEDU. A tal proposito, non va peraltro dimenticato che, ai sensi dell'art. 19 CEDU, la Corte ha il compito di assicurare l'osservanza degli impegni assunti dagli Stati firmatari.

⁴¹⁰ C. eur. dir. uomo, 12 luglio 1988, Schenk c. Svizzera, § 46.

Scendendo più nel dettaglio, la Corte EDU è solita affrontare tale problematica, distinguendo a seconda che l'illegalità trovi la sua origine in una violazione del diritto interno o di una disposizione della CEDU.

Nel primo caso, la Corte EDU ha riconosciuto in generale che un processo può essere considerato equo ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU anche laddove la colpevolezza della accusato si fondi su elementi raccolti in violazione di norme interne. Si veda in proposito il caso *Schenk c. Svizzera*, in cui il ricorrente lamentava l'utilizzo nel processo penale di una intercettazione telefonica compiuta illegalmente, cioè in assenza di un'autorizzazione da parte dell'autorità competente⁴¹¹. Sul punto, la Corte EDU ha ribadito di non poter attribuire rilevanza a errori di fatto e di diritto commessi da un tribunale interno se non nella misura in cui tali errori possano minacciare i diritti e le libertà garantiti dalla CEDU, sollevando una seria questione di iniquità del processo.

Nel caso in esame, tuttavia, la Corte EDU ha riconosciuto la violazione della normativa interna e, dunque l'illegittimità dell'intercettazione, escludendo che da ciò si possa automaticamente far discendere la violazione dell'art. 6 par. 1° CEDU.

Secondo la Corte, il giudizio sull'equità del processo comporta una valutazione della procedura nel suo complesso, avendo riguardo al modo in cui tale prova sia stata ottenuta, alla possibilità di contestarne l'utilizzo, nonché alla sua effettiva incidenza sulla decisione finale. Constatato che nel caso di specie non vi era stata alcuna violazione dei diritti di difesa, avendo avuto il ricorrente la possibilità di contestare l'autenticità della registrazione e di opporsi alla sua

⁴¹¹ C. eur. dir. uomo, 12 luglio 1988, *Schenk c. Svizzera*. Nella specie il ricorrente aveva divorziato dalla moglie a condizioni onerose, in esito a un travagliato processo. Successivamente aveva asseritamente dato mandato di assassinarla a tale P., un francese residente in Italia e in rapporti con la polizia italiana, contattato attraverso un annuncio su un giornale. P., il cui compenso era stato stabilito in quarantamila dollari non compiva l'omicidio concordato, svelando alla vittima predestinata il piano criminoso dell'ex marito. L'uomo si recava poi dalla polizia svizzera a denunciare il fatto. Veniva a questo punto concordato il rilascio di P. per consentirgli il ritorno all'appartamento presso il quale il ricorrente avrebbe dovuto telefonare per ottenere la conferma definitiva dell'esecuzione e per saldare il corrispettivo. La telefonata veniva quindi registrata e successivamente consegnata alla polizia svizzera per procedere contro il ricorrente, il quale veniva condannato per tentato omicidio.

utilizzazione⁴¹², la Corte EDU ha concluso che l'utilizzazione a fini probatori di una registrazione ottenuta illegalmente non aveva privato il ricorrente di un processo equo. Ciò anche sul rilievo che tale registrazione non aveva costituito il solo mezzo di prova, posto a fondamento della sentenza di condanna⁴¹³.

Chiarito che una prova ottenuta in violazione di norme di diritto interno non esclude necessariamente il carattere equo del processo, occorre chiedersi a questo punto se una prova raccolta in modo conforme alle disposizioni di legge statali possa soddisfare per ciò stesso le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

A tale quesito la Corte EDU risponde in senso negativo, poiché in questo caso occorre comunque verificare se detta prova sia stata acquisita in violazione di un diritto garantito dalla CEDU. La qual cosa porterebbe dunque a pensare che, a fronte della violazione di una norma CEDU, il processo debba considerarsi iniquo. In realtà la questione è ben più complessa ed esige un opportuno richiamo della giurisprudenza della Corte EDU formatasi sul tema.

In molte occasioni alla Corte EDU è stato chiesto di valutare l'equità del processo nel suo complesso in relazione alle prove acquisite in violazione dell'art. 3 CEDU. Tale norma stabilisce che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». In tali casi, la Corte EDU ha operato una *distinctio* che ha destato non poche perplessità. Essa, in particolare, ha distinto l'ipotesi in cui la prova sia stata ottenuta mediante «tortura» rispetto al «trattamento inumano o degradante».

Nel primo caso, la Corte EDU ha affermato che il divieto di tortura assume portata assoluta, impedendo agli Stati di cooperare alla sua violazione e di riconoscere i risultati di tale violazione, a prescindere dalla gravità dei comportamenti tenuti dalla persona soggetta a tortura.

⁴¹² C. eur. dir. uomo, 12 luglio 1988, Schenk c. Svizzera, § 47.

⁴¹³ C. eur. dir. uomo, 12 luglio 1988, Schenk c. Svizzera, § 48

La Corte ha poi aggiunto che tale divieto non sancisce la semplice inammissibilità della dichiarazione ottenuta sotto tortura; la semplice esistenza di siffatta dichiarazione, ancorché nel contesto di numerose altre prove accusatorie, vale a travolgere addirittura l'intero processo, determinandone il carattere complessivamente non equo.

In altre parole, è come se la Corte EDU ammettesse, in relazione alle prove ottenute sotto tortura, il fenomeno della propagazione del vizio sugli atti successivi, rendendo il processo complessivamente iniquo.

Si veda in proposito il caso *Harutyunyan c. Armenia*, in cui la Corte EDU ha affermato a chiare lettere che l'utilizzazione di prove ottenute a seguito di comportamenti coercitivi qualificabili come tortura esclude il carattere equo del processo, indipendentemente da ogni considerazione; in particolare, non hanno alcun rilievo né l'intrinseco valore probatorio delle dichiarazioni ottenute tramite tortura, né l'impatto che esse hanno avuto sul processo nel suo complesso, cioè il fatto che siano state o meno accompagnate da altri elementi di prova⁴¹⁴.

Il principio è stato affermato anche nel caso *Göçmen c. Turchia*, in cui la Corte EDU ha ritenuto che l'utilizzo delle confessioni estorte costituisce già di per sé violazione del diritto ad un processo equo, senza che assuma rilievo il fatto che contro l'accusato i tribunali di merito avessero individuato altre prove⁴¹⁵.

⁴¹⁴ C. eur. dir. uomo, 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*, n. 36549, § 65. Nella specie i giudici nazionali avevano giustificato l'uso delle dichiarazioni ottenute dall'imputato con l'uso della forza, sul rilievo che le medesime erano comunque state rilasciate a soggetti diversi da coloro che lo avevano costretto a confessare. La Corte EDU respingeva tale argomentazione, così come il rilievo per cui la confessione resa sotto tortura era stata espressamente richiamata nella sentenza, in quanto rispondente a verità ed essendo supportata da altri elementi di prova a sostegno della pronuncia di condanna.

⁴¹⁵ C. eur. dir. uomo, 26 settembre 2006, *Göçmen c. Turchia*, n. 72000/01, §§ 73-74. Nella specie il ricorrente era stato arrestato poiché sospettato di far parte di un'organizzazione terroristica; era stato così tenuto in stato di fermo per quattordici giorni e ripetutamente interrogato senza la presenza di un difensore. Un esame medico aveva poi evidenziato numerose tracce di lesioni in varie parti del corpo. Nel corso del successivo procedimento erano state prodotte dichiarazioni confessorie rese durante il fermo. Il ricorrente le aveva contestate, affermando che le stesse gli erano state estorte con la violenza e che i relativi interrogatori si erano svolti senza la presenza del difensore; nonostante questo, era stato condannato in via definitiva. Si segnala che in questo caso la Corte EDU, oltre a riconoscere l'iniquità del processo per manifesta violazione dell'art. 3 CEDU, rilevava anche la violazione del principio di non autoincriminazione e del diritto al silenzio implicitamente desumibile dall'art. 6 par. 3 CEDU.

A conferma del regime speciale riservato alle sole ipotesi di tortura, si veda pure il caso *Jalloh c. Germania*, in cui la Corte EDU, dopo aver accertato il carattere disumano e degradante del trattamento imposto dalle autorità statali al fine di ottenere la prova del reato di traffico di stupefacenti, prima di pronunciarsi sulla violazione dell'art. 6 CEDU, ha compiuto un'ulteriore verifica. Essa ha valutato se, nonostante la violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo del trattamento inumano, il processo potesse considerarsi equo nel suo complesso.

In proposito, dopo aver riconosciuto anche la violazione del principio di non autoincriminazione e del diritto al silenzio, implicitamente richiamato dall'art. 6 par. 3° CEDU, la Corte EDU ha ritenuto che il ricorrente avesse ricevuto un processo iniquo. A sostegno di ciò, la Corte EDU ha precisato che il trattamento inumano ricevuto (somministrazione forzata di un emetico), oltre ad essere stato decisiva per la condanna, rappresentava una grave interferenza con l'integrità fisica e psicologica del ricorrente sia per la pericolosità della somministrazione, sia per le modalità "tendenti al brutale" impiegate. Tale interferenza non peraltro era proporzionale al fatto (cessione di una limitata quantità di stupefacente) né poteva ritenersi indispensabile per l'ottenimento della prova, essendo possibile attendere la naturale espulsione dell'involucro ingerito⁴¹⁶.

Emerge così una lettura disomogenea dell'art. 3 CEDU, ammettendo soltanto in caso di tortura che il processo possa ritenersi iniquo nel suo complesso, senza considerare le altre circostanze, quali la possibilità di difendersi e contestare tale acquisizione, la decisività stessa della prova raccolta ai fini della decisione.

Non sono mancate le critiche da parte della dottrina a tale impostazione. In proposito, si è rilevato che, ammettendo che il carattere equo del processo non sia automaticamente

⁴¹⁶ C. eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 3843. Il ricorrente era stato fermato perché colto nell'atto di cedere stupefacenti a terzi e, al momento dell'arresto e aveva inghiottito un piccolo involucro di plastica che custodiva nella bocca. Gli era stato così intimato di ingerire un emetico; al suo rifiuto questo gli veniva stato somministrato forzatamente per via nasale. In questo modo, il ricorrente aveva rigurgitato l'involucro che era risultato contenitore della cocaina. Tale fatto era stato la base fondante della propria condanna.

compromesso dall'uso di elementi di prova ottenuti a mezzo di un atto qualificato come trattamento inumano e degradante, la Corte EDU rischia di indirizzare alle autorità nazionali un messaggio fuorviante, nella misura in cui sembra ammettere che esse possano ricavare dalla trasgressione del divieto un vantaggio consistente nella utilizzabilità dei mezzi di prova ottenuti⁴¹⁷.

La distinzione in oggetto appare ancor meno giustificabile se si pensa al fatto che l'intero contenuto dell'art. 3 CEDU sia costruito in termini assoluti, con l'esclusione di eccezionali deroghe persino in caso di guerra o di altri pericoli che minacciano la vita della nazione.

Non si ravvisa dunque alcun fondamento giuridico nel riconoscere al divieto di trattamenti crudeli, disumani e degradanti una natura diversa da quelle del divieto di tortura. Occorre peraltro considerare che la giurisprudenza della Corte EDU è piuttosto restrittiva nel riconoscere la tortura, per cui nella maggior parte dei casi il giudizio di equità del processo avrà ad oggetto trattamenti inumani o degradanti che hanno permesso all'autorità di ottenere prove rilevanti per il processo⁴¹⁸. Vedremo che su tale posizione si attesta anche l'autorevole opinione dissenziente del giudice Kalaydjieva in un caso che esamineremo nel prossimo paragrafo.

Detto ciò, occorre infine segnalare che anche in relazione alla violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte EDU ha dichiarato l'iniquità del processo solo a fronte di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso. Tale norma riconosce il diritto di ogni persona «al

⁴¹⁷ M. A. LOIODICE, *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. priv. e proc.*, 2009, pag. 50.

⁴¹⁸ Sul punto si veda S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, cit., pag. 353, nota 6. L'autore ricorda come la giurisprudenza europea sia restrittiva nel configurare, ad esempio, la «tortura» nell'interrogatorio, a meno che non si tratti di veri e propri pestaggi da parte della polizia (come nel caso relativa alla Grecia dei colonnelli nel 1969). La Corte EDU ha invece qualificato come «trattamento inumano» le famose «cinque tecniche» utilizzate nell'interrogatorio di presunti terroristi nel Regno Unito (la c.d. "messa al muro, la privazione del sonno, il rumore continuo, l'incappucciamento e la privazione del cibo e acqua per il periodo dell'interrogatorio). Così C. eur. dir. uomo, Irlanda c. Regno Unito, Serie A n. 25, 1978. Più di recente, sugli episodi di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, vedi C. eur. dir. uomo, 22 maggio 2008, Alexov c. Bulgaria, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 921; C. eur. dir. uomo, 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 1059.

rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza», ammettendo ingerenze all'esercizio di tale diritto nei soli casi previsti dalla legge, sempre che tale una misura risulti necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Sul punto la Corte EDU ha affermato nel caso *Khan c. Gran Bretagna* che l'utilizzazione in dibattimento dei risultati di intercettazioni compiute in violazione dell'art. 8 CEDU, non necessariamente si compromette necessariamente l'equità del processo ex art. 6 CEDU. Ciò sul rilievo che l'intercettazione non costituiva l'unica prova a carico e il ricorrente aveva comunque avuto la possibilità di difendersi⁴¹⁹. Significativa in proposito è l'affermazione

⁴¹⁹ C. eur. dir. uomo, 12 maggio 2000, *Khan c. Gran Bretagna*, n. 35394/97, §§ 34-40. Nel caso di specie, un cittadino pakistano, sospettato di traffico di droga nel Regno Unito, era stato condannato a 3 anni di reclusione, sulla base dell'unica prova posta a suo carico, costruita attraverso un'intercettazione ambientale eseguita presso l'abitazione di un terzo, che il ricorrente aveva visitato. Il ricorrente lamentava quindi l'utilizzazione nel processo penale della registrazione di una conversazione telefonica avvenuta illegalmente e la cui effettuazione costituiva anzi reato, in quanto mancava ogni tipo di autorizzazione da parte delle competente autorità. La Corte EDU che non vi era stata violazione dell'art. 6 CEDU, atteso che l'intercettazione incriminata non era l'unica prova a carico e il ricorrente aveva potuto contestarne l'autenticità, interrogare alcuni testimoni e il poliziotto. Si veda anche C. eur. dir. uomo, 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Gran Bretagna, n. 44787/98. Nella specie, un ispettore di polizia aveva disposto delle intercettazioni di conversazioni tra presenti in un appartamento presso cui sospettava si stesse preparando una rapina a mano armata. Catturati i sospettati a bordo di una vettura nel cui bagagliaio in effetti furono rinvenuti oggetti suscettibili di essere usati per rapine, fu chiesto loro di offrire un campione vocale per poter confrontare le voci con quelle registrate nell'appartamento. Al rifiuto degli indagati, venivano successivamente collocate delle microspie nelle loro celle, facendo uso di agenti attrazzati per il suono. Ottenuti in questo modo i campioni vocali, fu resa possibile la comparazione e la conferma che le originarie intercettazioni appartenevano agli arrestati. Questi venivano condannati per tentata rapina. Decidevano così di adire la Corte europea che, pur riconoscendo la violazione dell'art. 8 CEDU, respingeva la violazione dell'art. 6 CEDU. La Corte infatti affermava la violazione della norma CEDU, sul rilievo che lo Stato, per poter esercitare il proprio diritto di sorveglianza sulle persone sospette, deve comunque rispettare determinate condizioni e procedure. In particolare, ogni interferenza con la *privacy* deve essere «prevista dalla legge» nel senso che è necessaria una norma dotata di sufficiente chiarezza, generalità ed astrattezza che indichi i casi in cui

sottoporre taluno a sorveglianza ambientale e telefonica. L'assenza di tale norma comportava una incompatibilità delle misure di cui i ricorrenti sono stati vittime con l'art. 8 CEDU. La Corte non ha tuttavia attribuito un peso decisivo alla conclusione da essa raggiunta dal punto di vista dell'art. 8 CEDU ed ha infatti escluso la violazione dell'art. 6 CEDU, atteso che i ricorrenti avevano avuto la possibilità di contestare tanto l'autenticità quanto l'utilizzazione delle registrazioni, ed esistevano altri elementi di prova che dimostravano il loro coinvolgimento nei fatti. Per un approfondimento: A. TAMIETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. c. Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2002, pag. 1826 ss.

della Corte EDU, secondo cui la contrarietà della prova rispetto al diritto interno (e all'art. 8 CEDU) può costituire fattore aggravante della responsabilità dello Stato, ma non può per ciò stesso risultare decisiva ai fini dell'esistenza di un violazione del *fair trial* di cui all'art. 6 par. 1 CEDU⁴²⁰. Come dire che l'applicazione da parte dei giudici nazionali del brocardo "male captum bene retentum", secondo la Corte EDU, non valga ad escludere necessariamente l'equità del processo⁴²¹.

Infine, tra le circostanze prese in esame dalla Corte EDU nel giudizio di equità del processo compare anche la "genuinità" o "attendibilità" delle prove raccolte illegittimamente. Si veda in proposito il caso *Lee Davies c. Belgio*, in cui la Corte EDU, nel verificare se la violazione dell'art. 8 CEDU avesse a sua volta determinato una violazione dell'art. 6 CEDU, affermava la necessità di valutare la natura della violazione e, in particolare, se le modalità di raccolta della prova fossero tali da metterne in dubbio la genuinità e attendibilità⁴²².

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, possiamo ricostruire sinteticamente l'orientamento della Corte EDU in materia di prove illegali e *fair trial*.

In generale, la Corte EDU affronta il problema, operando un bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo nel processo penale. Da un lato, l'interesse pubblico all'accertamento

⁴²⁰ C. eur. dir. uomo 12 maggio 2000, Khan c. Gran Bretagna, cit., § 45.

⁴²¹ A. TAMIETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito della Convenzione*, cit., pag. 1830.

⁴²² C. eur. dir. uomo, 28 luglio 2009, Lee Davies c. Belgio, in *Cass. pen.*, 2009, pag. 4961. Nel caso di specie la polizia aveva effettuato una perquisizione senza autorizzazione del giudice, sorprendendo il ricorrente ed altri nell'atto di caricare su una vettura un ingente quantitativo di stupefacenti, che venivano successivamente sottoposti a sequestro. Veniva così eccepita la violazione dell'art. 8 e dell'art. 6 CEDU. Sul punto, la Corte europea ribadiva che, ai fini del giudizio di equità del processo, era necessario anzitutto valutare la natura di tale violazione. In secondo luogo, se le modalità di raccolta delle prove fossero tali da metterne in dubbio la genuinità e attendibilità. Nel caso di specie, la Corte europea ricordava che la polizia, pur penetrando illegalmente nella proprietà del ricorrente lo aveva sorpreso in flagranza di reato. Inoltre, pur potendo essere criticate le circostanze dell'ingresso in quella area, non vi erano elementi per affermare che esse avessero influito negativamente sulla qualità della prove raccolte. Pertanto, la colpevolezza dell'imputato era stata dichiarata a fronte di un processo equo ai sensi dell'art. 6 CEDU. Sul punto, si veda anche C. eur. dir. uomo, cit., Khan c. Regno Unito, § 37; C. eur. dir. uomo, cit., P.G. e J.H. c. Regno Unito, § 79; C. eur. dir. uomo, cit., Jalloh c. Germania, § 121.

e alla repressione del crimine, che giustifica eventuali “incursioni” contro i diritti individuali dell’uomo per ragioni legate alla sicurezza nazionale o allo stato di emergenza⁴²³; dall’altro, l’interesse dell’accusato al rispetto dei suoi diritti (diritti di difesa, diritto al rispetto della vita privata, diritto al rispetto dell’integrità fisica), che rappresenta un limite a tali “incursioni”.

La Corte EDU parte quindi da un bilanciamento dei suddetti interessi. Nel far ciò, essa verifica se nonostante la violazione di un diritto fondamentale il processo può dirsi nel suo complesso equo. In particolare, ove non riconosca la violazione dell’art. 3 CEDU sotto il profilo della «tortura», la Corte EDU esamina tutte quelle circostanze del caso che le consentono di decidere sulla questione di equità del processo *ex art. 6 CEDU*. Ci si riferisce al tipo di reato commesso, tenendo conto della sua oggettiva gravità, dell’allarme sociale conseguente all’eventuale messa in libertà dell’imputato; della gravità della violazione del diritto del singolo sia alla luce della struttura sostanziale della garanzia incisa sia in base al grado di compressione del diritto; del grado di decisività della prova ottenuta, vale a dire l’influenza che la stessa ha avuto nella formulazione del giudizio di condanna; della possibilità di contestare l’autenticità della prova o di opporsi al suo utilizzo; infine, dell’assenza di incertezze sulla veridicità della prova illegale, ovvero dell’intrinseco valore probatorio della stessa.

⁴²³ Per un approfondimento A. ASHWORTH, *Human Rights, serious crime and criminal procedure*, Londra, 2002, pag. 1-49, 93-134.

5. Il caso *Gäfgen c. Germania*.

Finora abbiamo ricostruito l'approccio della Corte EDU al tema della legalità della prova, ponendo in rilievo come la stessa si trovi ad operare a fronte di un quadro normativo diverso da quello che normalmente ritroviamo negli ordinamenti giuridici nazionali. In mancanza di un sistema sanzionatorio che impedisca l'utilizzo di prove acquisite in contrasto con i diritti riconosciuti dalla Convenzione, la Corte EDU si trova ad affrontare il problema, valutando se la procedura nel suo complesso, nonostante la violazione, sia equa, cioè conforme all'art. 6 par. 1 CEDU.

Si è detto, in proposito, che la base di partenza nel giudizio di equità del processo è data dal bilanciamento tra sacrificio del diritto fondamentale e interesse pubblico all'accertamento del reato. Il che, come abbiamo visto, comporta un'analisi puntuale di alcune circostanze del caso: dal tipo di reato commesso alla gravità della violazione del diritto fondamentale del singolo; dal grado di decisività della prova alla possibilità di contestarne l'autenticità o di opporsi all'uso; infine, la genuinità e attendibilità della prova, nonostante la violazione di una norma CEDU.

Sulla base di tali considerazioni, siamo in grado ora di conoscere l'orientamento della Corte EDU anche in relazione al tema dell'invalidità derivata. Nel compiere tale operazione, esamineremo un caso recente che ha visto la Corte EDU prendere posizione in merito alla nota contrapposizione tra “male captum bene retentum” e teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”.

Ci si riferisce al caso *Gäfgen c. Germania*⁴²⁴, in cui la Corte EDU si è trovata a valutare la compatibilità con l'art. 6 CEDU di un processo, la cui sentenza di condanna si fondava

⁴²⁴ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*.

su una confessione estorta alla quale erano susseguiti in via consequenziale accertamenti materiali decisivi nella dinamica del processo.

Il caso è il seguente: Gäfgen, un giovane studente di giurisprudenza, di nazionalità tedesca, aveva rapito un bimbo di undici anni, conosciuto attraverso la sorella di quest'ultimo. Dopo aver condotto la vittima nel suo appartamento a Francoforte, lo uccideva soffocandolo. Nei giorni successivi, Gäfgen presentava richiesta di riscatto ai genitori del bambino, chiedendo loro un milione di euro per la liberazione del figlio. Nel frattempo abbandonava il corpo della vittima in uno stagno nei pressi di Francoforte e si attivava per recuperare il riscatto nel luogo indicato, noncurante del fatto che a partire da quel momento era segretamente pedinato dalla polizia.

Successivamente, dopo aver depositato parte del riscatto sul proprio conto in banca, Gäfgen si recava all'aeroporto di Francoforte, nella tentativo di abbandonare il Paese. Veniva invece arrestato dalla polizia che non aveva smesso di controllare i suoi movimenti.

Informato dall'ufficiale di polizia M. circa i sospetti nei suoi confronti per il sequestro a scopo di estorsione del bambino, veniva avvisato del suo diritto di rimanere in silenzio e della possibilità di avvalersi dell'assistenza di un difensore. Iniziava così un primo interrogatorio in cui Gäfgen dichiarava che il rapimento del bambino era avvenuto per mano di altri. In seguito gli veniva data possibilità di consultare il legale poc'anzi nominato per circa trenta minuti.

La mattina seguente, prima che l'ufficiale M. si recasse alla centrale di polizia, l'ufficiale E., su specifico incarico del vice capo della polizia di Francoforte (il sig. D.) minacciava il ricorrente, adducendo alle grandi sofferenze che questi avrebbe patito se avesse insistito nel non rivelare il luogo in cui era nascosto il bambino. In particolare, l'ufficiale E. avvertiva Gäfgen dell'imminente arrivo di fantomatici agenti specializzati nella tortura dei sospettati, nonché del suo inserimento all'interno una cella occupata da due detenuti di colore che avrebbero abusato sessualmente di lui. L'ufficiale E. colpiva inoltre Gäfgen al petto e lo scuoteva, facendogli sbattere il capo contro la parete della stanza in cui aveva luogo l'interrogatorio.

A seguito di tali comportamenti Gäfgen, dopo circa dieci minuti, rivelava il luogo in cui aveva nascosto il cadavere della vittima. Chiedeva poi di essere accompagnato dal solo ufficiale M. per favorire le operazioni di ritrovamento, mentre ad esse l'ufficiale E non partecipava. Il cadavere della vittima veniva così estratto dallo stagno e ogni fase della procedura di ritrovamento veniva filmata. In seguito al ritrovamento del corpo, la polizia assicurava ulteriori fonti di prova tra cui l'esame autoptico e le tracce di pneumatici dell'auto di Gäfgen nei pressi del luogo del delitto.

A questo punto, iniziava il processo per omicidio volontario a carico di Gäfgen, il quale non mancava di eccepire l'illegittimità della confessione ottenuta a seguito di maltrattamenti e l'inutilizzabilità delle altre prove direttamente collegate. Egli inoltre sollevava questione di costituzionalità davanti alla Corte Costituzionale tedesca per violazione dell'articolo 1 della Legge fondamentale, sul rilievo che la violazione di un diritto individuale fondamentale (quale quello alla dignità) avrebbe dovuto impedire non soltanto l'impiego di qualsivoglia prova raccolta in conseguenza di condotta illecita, ma anche l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'imputato.

Il Tribunale di Francoforte con ordinanza dava conferma dell'illegittimità della confessione per violazione dell'art. 136 del codice di procedura penale tedesco, nonché dell'art. 3 CEDU. Ammetteva invece i mezzi di prova relativi alle fonti rinvenute grazie alla medesima confessione, vale a dire l'esame autoptico sul corpo della vittima, l'esame peritale sulle tracce dei pneumatici ecc.

Gäfgen veniva così condannato in primo grado all'ergastolo, pena poi confermata in grado d'appello il 21 maggio 2004. Nel frattempo, nel separato procedimento penale a carico degli ufficiali di polizia coinvolti nella vicenda, il giudice tedesco condannava, da un lato, l'ufficiale E. per abuso di coercizione nell'esercizio delle proprie funzioni, con ammonizione formale e irrogazione di una pena pecuniaria sospesa al pagamento di sessanta euro per sessanta giorni;

dall'altro, condannava il vice capo della polizia D. per istigazione a commettere un abuso di coercizione, con ammonizione formale e irrogazione di una pena pecuniaria sospesa al pagamento di centoventi euro per novanta giorni⁴²⁵.

Quanto alla questione di costituzionalità, la Corte Costituzionale dichiarava la richiesta inammissibile, affermando che la violazione di un diritto individuale fondamentale avvenuta nel corso delle indagini preliminari non poteva spiegare un effetto immediato e diretto sull'equità del successivo dibattimento⁴²⁶.

Esauriti i ricorsi interni, Gäfgen si rivolgeva alla Corte EDU, lamentando la violazione degli artt. 3 e 6 CEDU. Sotto il primo profilo la Corte EDU, constatata la brevità dell'interrogatorio (dieci minuti) e la mancata attuazione delle relative minacce, ha assunto una posizione di *self restraint*, riconoscendo la violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo del «trattamento inumano» e non della tortura. Allo stesso tempo, ha posto in rilievo come i giudici tedeschi avessero condannato i responsabili delle minacce e che le dichiarazioni confessionarie rese nel corso delle indagini fossero state dichiarate inutilizzabili, pervenendo così il rischio, in futuro, del perpetuarsi di simili pratiche. Per tali motivi, la Corte EDU ha affermato che il ricorrente non possa più asserire di essere vittima di una "permanente" violazione dell'art. 3 CEDU.

La Corte EDU è passata poi all'analisi dell'art. 6 CEDU, riconoscendo che dalla violazione dell'art. 3 CEDU è scaturita un'ulteriore violazione riguardante il diritto dell'imputato al silenzio. In proposito, ribadiva che il principio del *nemo tenetur se detegere*, pur non essendo espressamente riconosciuto dalla CEDU, rappresenta un diritto

⁴²⁵ Nella motivazione della sentenza di condanna, si affermava in primo luogo che i comportamenti tenuti dagli imputati non fossero scusabili dallo "stato di necessità", in quanto costituenti violazioni della "dignità umana" tutelata dall'articolo 1 della Legge Fondamentale Tedesca. Il giudice non mancava poi di precisare, a sostegno della tenuità della pena inflitta, come gli imputati avessero agito nella convinzione di riuscire così a salvare la vita del bambino, sotto la pressione dei superiori gerarchici quanto dell'opinione pubblica

⁴²⁶ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania, § 39.

generalmente riconosciuto, connaturato in modo inscindibile alla nozione stessa di "giusto processo".

La Corte EDU ha quindi valutato l'equità del processo sotto un duplice profilo: da un lato, il trattamento inumano che aveva dato luogo alla prima confessione; dall'altro, la violazione del principio del *nemo tenetur se detegere*, che aveva consentito il reperimento e l'apprensione di elementi materiali da porre a carico dell'imputato nel processo. Nell'affrontare tale problematica, la Corte EDU ha preso così posizione in merito alla questione dell'inutilizzabilità derivata.

In un primo passaggio, essa ha dichiarato di non accogliere la distinzione tra confessioni ottenute in violazione dell'art. 3 CEDU (il cui impiego è vietato a prescindere dalla sua decisività quale prova a carico) e prove materiali (corpo del reato e cose pertinenti al reato) rinvenute direttamente a seguito della suddetta violazione⁴²⁷. Sotto questo profilo, sembrerebbe che la Corte EDU abbia voluto riconoscere in linea generale il fenomeno della propagazione del vizio, mostrando di aderire indistintamente alla "teoria dei frutti dell'albero avvelenato".

Stupisce invece il passaggio in cui la Corte EDU ha affermato che talune prove rivelatesi poi decisive ai fini della pronuncia di condanna (in particolare le tracce dei pneumatici e i risultati dell'autopsia sul cadavere) rappresentino "effetti indiretti" della confessione estorta. A sostegno di ciò, la Corte EDU ha ricordato che l'imputato non fosse stato nuovamente minacciato nel corso del viaggio in auto verso il luogo di abbandono del cadavere; sicché in tale occasione non si era verificata alcuna costrizione che avrebbe permesso alle autorità di polizia di venire a conoscenza di tali elementi, in violazione del principio di non autoincriminazione⁴²⁸.

⁴²⁷ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania, § 99.

⁴²⁸ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania, § 104. La Corte EDU peraltro ricordava come le autorità investigative avessero avuto a loro disposizione elementi di prova in alcun modo collegati alla confessione estorta, quali la lettera di ricatto ed un appunto relativo alla pianificazione del crimine. Tali elementi erano stati ottenuti grazie all'attività di sorveglianza del ricorrente, quando ancora era sospettato di aver partecipato al sequestro del bambino.

Il caso in esame andava dunque distinto dal già citato *Jalloh c. Germania*, che invece riguardava l'uso nel corso del processo contro il ricorrente di prove reali ottenute come "diretto risultato" di maltrattamenti posti in essere in violazione dell'art. 3 (in particolare, la somministrazione di emetici al fine di costringere il ricorrente a vomitare l'involucro di plastica contenente la droga, che aveva inghiottito). In quell'occasione, la Corte EDU aveva infatti riconosciuto l'iniquità del processo *ex art. 6 par. 1 CEDU*, sul rilievo che le prove reali acquisite in spregio dell'art. 3 CEDU (trattamento inumano) e dell'art. 6 par. 3 CEDU (sotto il profilo del *nemo tenetur se detegere*) rappresentavano l'effetto diretto di tali violazioni ed erano risultate decisive ai fini della sentenza di condanna.

Tornando al caso *Gäfgen c. Germania*, la Corte EDU ha affermato con maggiore vigore che la pronuncia di condanna si era fondata sulla nuova confessione resa in dibattimento dal ricorrente, e non sulle prove materiali che, pur impugnate dal ricorrente, avevano avuto natura accessoria ed erano state utilizzate solamente per testare la veridicità delle nuove dichiarazioni⁴²⁹. La nuova confessione aveva così determinato la rottura della catena causale che andava dai metodi di indagine vietati (dai quali erano emerse – seppur in via indiretta – le prove reali impuginate) alla definitiva condanna del ricorrente.

In conclusione, la Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU, sotto il profilo del «trattamento inumano», ma ha affermato al tempo stesso che tale violazione non aveva comunque privato il ricorrente di un processo equo, ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU.

In altre parole, dando atto delle circostanze del caso, la Corte EDU, nell'effettuare il giudizio di equità del processo, ha ribadito che: la confessione estorta in violazione degli artt. 3 e 6 par. 3 CEDU era stata comunque dichiarata inutilizzabile e i responsabili erano stati puniti penalmente; il ricorrente aveva avuto la possibilità di contestare l'utilizzo di alcune prove materiali, avendo i giudici nazionali il compito di valutarne l'ammissibilità e utilizzabilità attraverso un

⁴²⁹ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, § 106.

bilanciamento di interessi contrapposti; in ogni caso, le prove impugnate dal ricorrente erano indirettamente collegate alla confessione e non avevano contribuito a fondare il convincimento del giudice, giacché l'elemento determinante della decisione di condanna risiedeva nella nuova confessione, resa in dibattimento;

La parte conclusiva della sentenza del caso *Gafgen c. Germania*, ha destato non poche perplessità. La debolezza dei passaggi argomentativi è stata lucidamente sottolineata dal giudice dissenziente Kalaydjieva.

In primo luogo, il giudice ha posto in rilievo come la coercizione impropria finalizzata all'accusa penale debba essere distinta da ogni altra forma di maltrattamento. Ciò sul rilievo che tale coercizione ha come obiettivo l'autoincriminazione dell'indagato, in violazione degli artt. 3 e 6 par. 3 CEDU. In tali casi, un'efficace tutela deve implicare garanzie e, ove possibile, rimedi effettivi non solo in relazione al trattamento vietato subito, ma anche e soprattutto in relazione al suo possibile effetto sull'equità del procedimento.

Nel caso in esame, l'aver condannato i responsabili, dando al ricorrente la possibilità di ottenere un risarcimento, rappresenta un rimedio diretto a sanare il maltrattamento subito. Tuttavia, se confrontato all'effettiva possibilità di contestare le prove ottenute in tal modo, questo rimedio non è in grado di incidere sull'obiettivo che con tale coercizione si è raggiunto – l'autoincriminazione – né di impedire che il ricorrente venga sottoposto ad un processo iniquo.

Muovendo da quest'angolo visuale, non convince il ricorso da parte delle corti nazionali al bilanciamento di interessi nel giudizio di ammissione ed utilizzazione delle prove. In proposito, il giudice dissenziente ha ricordato, richiamando una precedente pronuncia della Corte EDU⁴³⁰, che il bilanciamento tra il rischio (e la gravità) di un trattamento inumano e il pericolo per la

⁴³⁰ C. eur. dir. uomo, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, n. 37201/06, § 138. Più precisamente, la Grande Camera ha rilevato che bilanciare il rischio o il livello di gravità del maltrattamento con la pericolosità per la comunità è errato dato che equivale a constatare che la protezione della sicurezza nazionale giustifica una più rapida accettazione di un rischio di maltrattamento dell'individuo.

società è mal posto nella misura in cui suggerisce che la protezione dell'interesse alla sicurezza nazionale consenta con maggiore larghezza l'intrusione in un diritto fondamentale⁴³¹. Così facendo si rischia di incoraggiare l'autorità a compiere nuove violazioni dell'art. 3 CEDU, laddove il prezzo di punire un agente e pagare una riparazione sia ritenuto accettabile se rapportato al beneficio che ne deriva, nello specifico assicurare che il sospettato venga arrestato e condanna in un caso difficile. Inoltre, dato il carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 CEDU e l'incidenza sul principio di non autoincriminazione, non si comprende per quale motivo la possibilità di contestare ed impedire efficacemente l'utilizzo di tali prove debba dipendere dal rapporto tra gravità del maltrattamento subito e pericolosità della persona ai fini di un processo equo.

Dopo aver ricordato che le intrusioni sono ammissibili solo entro i confini della stretta necessità e non a fronte di un giudizio di bilanciamento degli interessi⁴³², il giudice si è soffermato sulla questione dell'inutilizzabilità derivata. Egli ha riconosciuto come sia fallace l'argomento secondo cui la condanna sarebbe fondata sulla successiva confessione di Gäfgen, poiché questa in realtà era conseguenza diretta dell'impossibilità per il medesimo di ottenere l'esclusione del materiale probatorio precedentemente raccolto (in particolare le tracce degli

⁴³¹ Il giudice dissenziente, richiamando un passaggio della sentenza della Corte nazionale, sottolinea come non si possa bilanciare la durezza dell'ingerenza nei diritti fondamentali dell'imputato – nel caso di specie minaccia di violenza fisica – con la gravità del crimine di cui era accusato – l'omicidio di un bambino – facendo apparire l'esclusione della prova resa nota a seguito della dichiarazione dell'accusato – in particolare la scoperta del bambino morto ed i risultati dell'autopsia – sproporzionata. Si rischia così di incoraggiare l'autorità a violare l'art. 3 CEDU e a compiere del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti in nome della giustizia.

⁴³² Si vedano sul punto i rilievi di S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, cit., pag. 356-357. L'autore sottolinea che il ricorso al bilanciamento di interessi presta il fianco a comode distorsioni: «[p]osto che tra i valori fondanti un processo penale equo ci sia tanto quello all'accuratezza della cognizione quanto il rispetto dei diritti individuali dell'accusato, occorre prendere atto che questa riflessione è tanto poco originale quanto vuota di contenuti precettivi, se non indica anche la reciproca priorità tra i medesimi valori. In alcuni casi cruciali, come appunto quello annotato, la piena tutela dell'uno sacrifica inevitabilmente e direttamente quella dell'altro». È preferibile dunque mettere da parte il bilanciamento di interessi e affidarsi al criterio di proporzionalità per stabilire se una misura restrittiva dei diritti e delle libertà individuali sia stata adottata entro i confini della stretta necessità, risultando per ciò stesso compatibile con l'art. 6 CEDU.

pneumatici e i risultati dell'autopsia). Non può nemmeno accettarsi l'ulteriore rilievo, secondo cui tali prove fossero accessorie ad un quadro probatorio di certezza, posto che è la stessa Corte EDU a riconoscere come, fino alla confessione resa nel corso delle indagini, sussistessero contro Gäfgen elementi di prova per il solo reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, e non invece per l'omicidio.

In definitiva, secondo il giudice dissenziente l'unico strumento che consentiva un effettivo ristoro al pregiudizio subito in sede nazionale sarebbe stato quello di garantire una decisione sull'inammissibilità delle prove raccolte e di instaurare un nuovo processo di cognizione davanti ad un giudice imparziale, non esposto, neppure indirettamente, ai risultati probatori illegalmente raccolti. Solo in questo caso, il processo sarebbe risultato «equo» nel suo complesso ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU.

6. Giurisprudenza europea e ordinamento italiano: possibili ricadute o *nihil novi sub sole*?

Come rilevato in dottrina, la soluzione interpretativa cui si è conformata la Corte EDU nel caso *Gäfgen c. Germania* sembra riflettere gli orientamenti comuni alla stragrande maggioranza dei Paesi del Consiglio d'Europa⁴³³, seppur attraverso un percorso argomentativo diverso. Se da un lato, infatti, la Corte EDU ha dimostrato un certo rigore logico nel riconoscere come l'impiego a fini di prova di elementi raccolti in violazione dell'art. 3 CEDU ponga sempre serie questioni di equità del processo⁴³⁴; dall'altro, ha disatteso le premesse del

⁴³³ S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, cit., pag. 358.

⁴³⁴ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, § 46.

proprio ragionamento laddove ha affermato che la valutazione sull'equità del processo nazionale debba effettuarsi tenendo conto di alcune circostanze. Tra queste assume particolare rilievo il "valore probatorio" degli elementi raccolti in violazione delle norme convenzionali⁴³⁵. Tale valore si misura in relazione al carattere di "decisività" e "incontestabilità" della prova stessa ai fini del giudizio.

Sotto il primo profilo, si è visto che la Corte EDU ha giustificato la mancata pronuncia di inutilizzabilità di elementi materiali rinvenuti grazie alla confessione estorta, non soltanto perché "indirettamente" ricollegati alla violazione dell'art. 3 CEDU, ma anche perché questi non erano risultati decisivi nella sentenza finale.

Sotto il secondo profilo, si è notato come i suddetti elementi, data la loro attendibilità, siano stati ugualmente impiegati nel processo – per valutare la veridicità delle nuove dichiarazioni di Gäfgen – e siano stati ugualmente menzionati nella motivazione della sentenza.

L'impressione è che la Corte EDU, pur ammettendo in linea generale il fenomeno della propagazione del vizio, abbia finito poi per svilirne il significato e la portata applicativa attraverso una serie di *escamotage* non sempre convincenti. A nulla serve rifiutare la distinzione tra confessione (estorta) e prove materiali rinvenute attraverso la violazione dell'art. 3 CEDU, se alla fine si preferisce comunque non rinunciare a elementi probatori che, a prescindere dalle modalità con cui sono stati ottenuti, sono incontestabili. Così facendo si rischia di accogliere le premesse della "teoria dei frutti dell'albero avvelenato", ma di condividere le conclusioni della tesi opposta del "male captum bene retentum", esattamente come la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha fatto nel caso *Sala*. Quest'ultima ha infatti riconosciuto un legame giuridico e funzionale tra perquisizione e sequestro, salvo poi precisare che ove la ricerca illegittima della prova abbia portato al rinvenimento e al sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è l'ordinamento stesso a considerare del tutto

⁴³⁵ C. eur. dir. uomo, 30 giugno 2008, Gäfgen c. Germania, § 105.

irrilevante il *modus procedendi* (con il quale si sia pervenuti a quel sequestro). Ciò sul rilievo che il sequestro rappresenta comunque un atto dovuto, la cui omissione espone gli autori a specifiche responsabilità penali, non essendo possibile esigere da essi un comportamento diverso.

Pertanto, allo stato attuale, l'orientamento della Corte EDU sembra più vicino alla tesi del "male captum bene retentum", ammettendo in generale il fenomeno della propagazione del vizio nelle sole ipotesi di violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo della «tortura». In tutti gli altri casi (compreso il «trattamento inumano» dell'art. 3 CEDU) la valutazione complessiva dell'equità del processo, ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU, non può prescindere dall'esame di tutte le circostanze che assumono rilievo nel caso concreto. Ne discende che il carattere equo del processo non è automaticamente compromesso dall'uso di elementi di prova ottenuti in violazione di una norma interna o di una norma CEDU.

Così facendo, la Corte EDU rischia però di indirizzare un messaggio fuorviante agli Stati contraenti, che hanno comunque l'obbligo, in base all'art. 1 CEDU, «di riconoscere ad ogni persona sottoposta alla propria giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della convenzione». Un'interpretazione corretta di quest'ultima norma dovrebbe imporre ai tribunali degli Stati parte di non ammettere prove ottenute in violazione delle norme CEDU. Accogliere la soluzione contraria significa rendere vano ogni tentativo di garantire una tutela effettiva dei diritti dell'uomo.

7. Qualche segno di superamento del “male captum bene retentum” nella legislazione nazionale.

Sulla base delle considerazioni finora svolte, sembra che il superamento del brocardo latino “male captum bene retentum” sia destinato a seguire percorsi diversi; non quelli tracciati dalla Corte EDU che, fatte salve le ipotesi di “tortura”, rimane in linea con l’orientamento tradizionale, né quelli della Corte di Cassazione italiana, che trova nel corpo del reato un limite invalicabile all’accoglimento della tesi dei “frutti dell’albero avvelenato”.

Non ci resta che guardare con favore ai recenti interventi legislativi che hanno fatto emergere l’esigenza di una tutela rafforzata, specie quando entrano in gioco interessi particolarmente rilevanti, come la sicurezza dello Stato e la libertà e segretezza della corrispondenza. A tal proposito si è visto, in materia di segreto di Stato, che la legge 3 agosto 2007, n. 124, modificativa dell’art. 202 c.p.p., nel recepire l’istanza di tutela oggettiva e assoluta più volte avvalorata dalla Corte Costituzionale, ha stabilito che l’opposizione confermata del segreto inibisce all’autorità giudiziaria l’acquisizione e l’utilizzazione, «anche indiretta», delle notizie coperte dal segreto (comma 5°). Non è precluso tuttavia all’autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto (comma 6°). Dall’altro lato, la legge 20 novembre 2006, n. 281, che ha introdotto una disciplina in materia di intercettazioni illegali, in aggiunta a quella relativa ai documenti contenenti dichiarazioni anonime, ha stabilito che i risultati di attività illecite di spionaggio e dossieraggio, sono inutilizzabili e devono essere distrutti anche quando costituiscono corpo del reato (art. 240 comma 2° c.p.p.).

A parte queste considerazioni, preme rilevare che la perdurante adesione alla tesi del *bene retentum* rischia di eludere le garanzie di legalità probatoria che connotano l’intera attività investigativa e non solo i risultati di tale attività. Posto che la legalità concerne non solo la

risultanza conoscitiva, asetticamente considerata, ma l'intero procedimento probatorio da cui essa è derivata: non solo è importante il risultato, ma anche il modo in cui questo si ottiene⁴³⁶. Sotto questo profilo, il rispetto della legalità impone di «costruire percorsi di garanzia nell'attività investigativa, espungendo dal materiale conoscitivo, prima, e decisivo, poi, del giudice, tutto ciò che – per quanto significativo e fors'anche decisivo – risulti frutto di captazione in modi non conformi alle regole di formazione della prova⁴³⁷.

Per quanto possa sembrare utopistico affermare nel corso delle indagini la piena parità delle armi, considerati i poteri coercitivi giustificatamente spettanti all'accusa, «attribuire comunque valore di prova a elementi reperiti con modalità di ricerca eccedenti rispetto a quelle di cui gli organi investigativi siano titolari significa dilatare, arbitrariamente e al di fuori di qualsiasi contemperamento normativo, la disparità delle armi fra i contendenti processuali, con inevitabili ricadute sul rispetto del principio di cui all'art. 111 comma 2° Cost.».

La soluzione sembra a portata di mano, ed è l'unica in grado di realizzare la piena efficacia deterrente dell'inutilizzabilità; ammettere che un elemento di prova viziato possa servire quale presupposto per ottenerne ulteriori altrimenti non reperibili, significa incentivare la violazione dei divieti probatori nella prospettiva di poter raggiungere, per questa via, risultati spendibili nel processo⁴³⁸.

⁴³⁶ R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 1792.

⁴³⁷ G. SPANGHER, «*E pur si muove*»: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules, cit., pag. 2828-2829.

⁴³⁸ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, pag. 41.

BIBLIOGRAFIA

- G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pag. 506.
- G. AMATO, *Commento all'art. 14*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Rapporti civili, Artt. 13-20, Bologna-Roma, 1977.
- E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzazione degli atti*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1989
- E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pag. 310.
- E. APRILE, *L'incidenza delle sentenze della Corte europea sul processo penale italiano*, in *Giur. di mer.*, 2008, pag. 121.
- BASCHIERI - BIANCHI - D'ESPINOSA - GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949.
- E. BASSO, *Perquisizione*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II., Torino, 1990, pag. 698.
- E. BASSO, *sub art. 252 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1990 pag. 729.
- G. BELLANTONI, *Perquisizioni* (voce), in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.
- G. BELLANTONI, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Foro it.*, 2000, pag. 293.
- G. BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005
- C. BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova, 2010.
- M. L. Busetto, *La raccolta delle prove in dibattimento: temi sparsi e scorci giurisprudenziali nell'angolatura del giudice di pace*, in *Riv. pen.*, 2010, pag. 1215.
- A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 1192.
- A. CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e dubbi nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 1550.
- F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000.
- F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963.

- R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 1769.
- F. CAVALLARI, *Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali penali*, in *Arch. pen.*, 1959, pag. 195.
- B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 947.
- L. P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, in *Studi nelle scienze giuridiche sociali*, XXXIX, Pavia, 1967.
- L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 1547.
- G. CONSO, V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987.
- G. CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*, Milano, 1972.
- G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MONDONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989.
- G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, pag. 523.
- C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007
- F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Milano, 1966
- F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, pag. 680.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991.
- F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, pag. 238.
- F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.
- G. DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in *Il nuovo processo: dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991.
- F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008
- G. DI PAOLO, *"Tecnologie del controllo" e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova, 2008.
- P. FELICIONI, *Le ispezioni e perquisizioni*, Milano, 2012
- P. FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1984, pag. 1984.

L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, pag. 92.

L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997.

C. GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato: dai ripensamenti del legislatore alle prime risposte della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 1305.

N. GALANTINI, *Inosservanza dei limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Milano, 1992.

N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, I Agg., Milano, 1997, pag. 690.

N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1993.

F. T. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.*, 1999, pag. 1226.

V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1974, pag. 341

V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1972. F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pag. 243.

L. IANNONE, *Sulle condizioni legittimanti la perquisizione domiciliare*, in *Cass. pen.*, pag. 1541.

G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pag. 521.

R. E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.

G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961.

M. A. LOIODICE, *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. priv. e proc.*, 2009, pag. 45.

S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum bene retentum e dottrina del «ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo»*, in *Studi in onore di M. Pisani*, II, *Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. Corso-E. Zanetti, Milano, pag. 365 ss.

R. MAGI, *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, in *Arch. pen.*, 1992, pag. 68.

- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, I delitti contro la persona*, Padova, 1995.
- C. MARINELLI, *Le “intercettazioni di immagini” tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1270.
- O. MAZZA, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004.
- F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pag. 1130.
- M. MONTAGNA, *Il “male captum bene retentum” è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pag. 1125.
- S. MONTONE, *Sequestro penale*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, pag. 253.
- A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989.
- M. NOBILI, *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale coordinato da M. Chiavario*, II, Torino, 1991, pag. 411.
- M. NOBILI, *Concetto di prova e regole di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 5, c. 275.
- M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 641.
- M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
- M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989.
- P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pag. 442
- F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pag. 657.
- G. PIERRO, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992
- G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974.
- G. RICCIO, *Presentazione*, in A. FURGIELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007.
- F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001.
- A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000
- L. SCOMPARIN, *Processo penale e convenzione internazionale: prospettive vecchie e nuove della giurisprudenza costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 1992, pag. 409.
- D. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, vol I, Milano, 2011.

- G. SPANGHER, «*E pur si muove*» : *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, pag. 2827.
- G. SPANGHER, *sub art. 203*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1990, pag. 474.
- G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011
- G. TABASCO, *Corte Costituzionale e video riprese di condotte non comunicative: ancora dubbi e perplessità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, pag. 240;
- A. TAMIETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito della Convenzione*, pag. 1827.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008.
- N. TRIGGIANI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. II, *Prove e misure cautelari*, Tomo I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, pag. 340.
- N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3949.
- G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009.
- G.L. VERRINA, *Approccio riduttivo della Corte di cassazione alla categoria della inutilizzabilità derivata*, in *Giur. it.*, 1998, pag. 3.
- M. VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, in *Cass. pen.*, 1996, pag. 3275.
- V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pag. 64.
- G.P. VOENA, *Attività investigative e indagini preliminari*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989.
