



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea Magistrale

REGOLE DI ESCLUSIONE DELLA PROVA, PERQUISIZIONE E SEQUESTRO: UN APPROCCIO COMPARATISTICO

Relatore: Chiar.mo Prof. Marcello Daniele

Laureanda: Sofia Riemma

Matricola numero: 1171193

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

CAPITOLO I

La nozione di inutilizzabilità nel sistema italiano. Il vizio tra l'*an* e il *quomodo* della prova.

1. Il concetto di inutilizzabilità: nuovi equilibri sanzionatori.....	6
2. Regole di esclusione e regole di valutazione.....	10
3. L'art. 191 c.p.p.: disciplina di tutte le cause di inutilizzabilità.....	15
4. Individuazione dei divieti probatori. Il rapporto tra nullità e inutilizzabilità.	18
a (segue) La genesi dell'inutilizzabilità.....	20
b (segue) Il divieto di legge.....	23
c (segue) L'ambito applicativo del divieto probatorio.....	25
d. (segue) L'inutilizzabilità tra l' <i>an</i> e il <i>quomodo</i> della prova.....	28
5. La prova illecita.....	32
6. La prova incostituzionale.....	43

CAPITOLO II

Perquisizione e sequestro. Tra invalidità derivata e vizio genetico.

1. L'inutilizzabilità derivata.....	49
2. Perquisizione e sequestro: la teoria del <i>male captum bene retentum</i>	53
a. (segue) La teoria dei frutti dell'albero avvelenato.....	55
b (segue) Le teorie intermedie.....	56
c. (segue) La sentenza Sala 27.03.1996 delle Sezioni Unite.....	58
d. (segue) Orientamenti della Corte Costituzionale.....	64
e. (segue) Attuali contrasti giurisprudenziali.....	66
3. Sentenza 219/2019: un'occasione persa.....	68
4. Una diversa soluzione al problema: l'inutilizzabilità come vizio genetico.....	78
(segue). Una singolare sentenza di inammissibilità.....	83
5. Perquisizione illegittima: nuove prospettive con la Riforma Cartabia.....	86

CAPITOLO III

Un approccio comparatistico: uno sguardo al sistema inglese

1. Un'alternativa al modello italiano: il sistema discrezionale.....	92
a. (segue) L'esclusione fondata sull'attendibilità della prova.....	95
b. (segue) L'esclusione fondata sull'attendibilità della prova e il pregiudizio per altri valori.....	96
2. Il sistema inglese. Sezione 78 P.a.c.e.....	100
a. (segue) La genesi della Sezione 78.....	101
b. (segue) La giurisprudenza della Sezione 78.....	107
c. (segue) " <i>Significant and substantial</i> " <i>illegality</i>	110
d. (segue) Il futuro della Sezione 78.....	114
3. <i>Fair Trial and Human Rights Act</i>	117
4. In tema di perquisizione e sequestro.....	126

CAPITOLO IV

La posizione e il ruolo della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

1. La Convenzione dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.....	131
a. (segue) La posizione della CEDU nella gerarchia delle fonti del diritto italiano.....	132
b. (segue) La funzione nomofilattica della Corte europea.....	135
c. (segue) Il rapporto tra ordinamento italiano e Convenzione europea.....	137
d. (segue) L'obbligo di dare esecuzione alle decisioni di condanna.....	140
2. L'inutilizzabilità nel sistema convenzionale.....	143
(segue) In tema di perquisizione illegittima: il caso <i>Kobiashvili c. Georgia</i>	146
3. La sanatoria: spazio per un bilanciamento compatibile con il diritto positivo italiano.....	149
Fonti Bibliografiche.....	152

CAPITOLO I

La nozione di inutilizzabilità nel sistema italiano. Il vizio tra l'*an* e il *quomodo* della prova.

SOMMARIO: 1. Il concetto di inutilizzabilità: nuovi equilibri sanzionatori. 2. Regole di esclusione e regole di valutazione. 3. L'art. 191 c.p.p.: disciplina di tutte le cause di inutilizzabilità. 4. Individuazione dei divieti probatori. a (segue) La genesi dell'inutilizzabilità. b (segue) Il divieto di legge. c (segue) La portata applicativa del divieto probatorio. d (segue) L'inutilizzabilità tra l'*an* e il *quomodo* della prova. il 5. La prova illecita. 6. La prova incostituzionale.

1. Il concetto di inutilizzabilità: nuovi equilibri sanzionatori.

L'ambizione di ogni sistema processuale è senz'altro il raggiungimento di una verità in relazione ad un accadimento, utile ai fini dell'emissione di una sentenza "giusta": scopo primo del processo penale, in particolare, dovrebbe essere la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente. Non si può però limitare il fine del processo alla sola scoperta del vero o alla tutela della società, questo è anche, e soprattutto, il fatto che il perseguimento dei crimini avvenga "in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole"¹. Il sapere giudiziale incontra precisi limiti, scaturenti dalla necessità di tutelare la qualità cognitiva del risultato probatorio, e dall'esistenza di specifici diritti fondamentali della persona, che impongono di rinunciare a determinati dati probatori, a prescindere dalla loro attendibilità². L'accertamento giudiziale risulta quindi caratterizzato da potere e

¹ Così G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Giuffrè, Milano, II, 1991, 221. Sul tema si rimanda anche a N. NICOLINI, secondo cui il fine del processo penale non è quello di "affliggere di pena un reo in qualunque modo", *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Vincenzo Mansi, Livorno, I, 1843, 396.

² F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 2001, 43 ss.

limite³. Il metodo con cui “si indaga deve, dunque, costituire di per sé un valore perché – purificando il materiale della decisione – restringe il campo in cui si esercita l’arbitrio del giudice”⁴. È stato emblematicamente detto che “il risultato del processo conta almeno quanto il modo con cui lo si raggiunge”⁵. La sanzione per l’inosservanza delle regole relative al procedimento probatorio è diretta a tutelare quei principi a presidio del quale erano appunto poste le forme. Non può esserci giustizia senza legalità: si comprende così il valore del formalismo “complemento inseparabile della libertà dell’individuo”⁶.

Con l’elaborazione del codice Vassalli il legislatore ha scelto di introdurre una sanzione specifica a tutela delle prove, consapevole della inadeguatezza della nullità come unica causa di invalidità applicabile alle stesse. La nullità riguardava infatti vizi di forma e consentiva la sanatoria della prova assunta *contra legem*, portando al prodursi di un effetto giuridico che non sarebbe stato possibile ottenere qualora si fossero osservate le forme prescritte dalla legge⁷. Inoltre, la nullità del dato rendeva possibile la rinnovazione dell’atto (esclusa ovviamente l’ipotesi in cui fosse la prova in sé ad essere vietata)⁸. Peraltro, anche qualora non fosse stata specificamente prevista la nullità di un atto, l’irritualità delle prove *contra legem* avrebbe comportato un semplice vizio di motivazione, in quanto tale pur sempre sanabile⁹. A nulla occorre obiettare il discorso non valga per le nullità assolute, non essendo il regime delle stesse applicabile senza inconvenienti alle prove viziate: basti pensare alla tipicità che caratterizza l’atto nullo, e, per contro, all’esistenza di prove atipiche; queste ultime sfuggono all’efficacia sanzionatoria di un’invalidità, quale è la nullità, limitata ai “casi e modi” previsti dalla legge¹⁰.

³ F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale, struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008, 15.

⁴ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, 26.

⁵ F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, 220.

⁶ R. MONTESQUIEU, *De L’esprit des lois*, L. XXIX, 1, Gallimard, 865.

⁷ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, 74.

⁸ “Che alla nullità possa, *de iure* se non *de facto*, seguire la rinnovazione è l’*id quod plerumque accidit*, ma non l’*id quod semper necesse*”. Così, G. UBERTIS, *Riflessioni sulle <<prove vietate>>*, in *Riv. pen.*, 1975, 713.

⁹ F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 8.

¹⁰ F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 9.

Essendo tale forma di invalidità inidonea ad eliminare le prove affette dai vizi più gravi, il legislatore ha elaborato la categoria dell'inutilizzabilità, prevedendo un vizio che indica un'acquisizione che non deve essere posta in essere¹¹. Gli effetti della inutilizzabilità sono conseguenza diretta della natura interdittiva del vizio: non è ammessa sanatoria e l'atto probatorio entra in uno stato di paralisi¹². Inoltre, essendo vietato l'ingresso della prova all'interno del quadro decisorio, ne risulta che l'atto viziato non è compatibile con una rinnovazione dello stesso¹³.

Il legislatore, introducendo l'inutilizzabilità, ha inteso porre a presidio del procedimento probatorio una sanzione di garanzia, e ha quindi previsto la stessa tutela non solo, e non tanto, il momento genetico di formazione della prova, ma agisca ad "ampio spettro", riguardando anche i momenti acquisitivo e valutativo¹⁴. L'inutilizzabilità, a differenza dell'invalidità, non tutela solo la corrispondenza dell'atto alla fattispecie astratta, e quindi il rapporto perfezione-efficacia, ma si spinge a presidiare la legalità dell'accertamento giudiziale¹⁵.

Si può rinvenire la distinzione fondamentale tra le due forme di patologia nella focalizzazione del momento statico e dinamico della garanzia che mirano a fornire: mentre l'invalidità tutela i presupposti legali che devono essere osservati per la realizzazione dell'atto, l'inutilizzabilità prevede non siano valutate quelle risultanze "non rispondenti ai parametri normativi necessari per essere riconosciuti utili ai fini della formazione della decisione rispetto alla quale essi si atteggiavano come mezzi a scopo"¹⁶. In effetti, il divieto d'uso può riguardare anche un atto perfetto ma

¹¹ R. NORMANDO, in A.A. DALIA E NORMANDO, voce *Nullità degli atti processuali*, II) dir. proc. Pen., Enc. giur., Giuffrè, Roma, 1990, 24: "Alla tradizionale sanzione espulsiva della nullità se ne è aggiunta una interdittiva". Si veda anche DEVOTO E OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990, 984: "Inutilizzabile significa escluso da qualsiasi possibilità di impiego funzionale".

¹² Sul tema si veda G. ARICO', *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Ann. Ist. Salerno*, 1993, 16 e 25 secondo cui è prevista un'estromissione del dato.

¹³ "La rinnovazione è impossibile ostandovi la stessa natura della violazione che lo determina". Così, N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen)* in *Enc. Dir., Agg. I*, Giuffrè, Milano, 1997, 697.

¹⁴ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 11.

¹⁵ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 11.

¹⁶ R. NORMANDO, in DALIA, NORMANDO, *Nullità degli atti processuali*, II, (dir. proc. pen), cit., 24.

ininfluente¹⁷, e un atto imperfetto talvolta idoneo a produrre effetti giuridici¹⁸. Si possono poi aggiungere ulteriori ipotesi: atti la cui imperfezione può essere stabilita solo a seguito di una valutazione giudiziale che ne sancisca l'inutilizzabilità¹⁹, atti perfetti ma utilizzabili solo in via relativa²⁰. Esemplificativo è l'articolo 526 c.p.p.: il divieto d'uso non è diretto a sanzionare l'atto probatorio, di per sé non difforme dallo schema legale per esso delineato, ma il contenuto cognitivo dello stesso.

Si è quindi delineata una categoria di vizi dell'atto nuova e diversa rispetto alla tradizionale invalidità. Mentre l'atto dichiarato invalido viene espulso dalla sequenza procedimentale, l'atto inutilizzabile entra in una condizione di stasi che impedisce la produzione di qualsivoglia effetto giuridico²¹. Pertanto, il rapporto che intercorre tra invalidità e inutilizzabilità non è di esclusione, bensì parallelo, avendo entrambi come fine ultimo quello di sanzionare²².

Avuto cura di evidenziare le importanti differenze strutturali che intercorrono tra le due patologie, si consideri ora ciò che invece le unisce: entrambi i vizi si fondano su una difformità dallo schema legale previsto per le singole fattispecie. Preso atto che l'atto inutilizzabile può anche nascere valido, si deve osservare come il vizio sorga dall'uso distorto che se ne fa rispetto a quanto prescritto dal legislatore²³.

¹⁷ Sul tema, M. NOBILI, *Il regime di inutilizzabilità degli atti a natura probatoria*, in *Contributi allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, Rimini, 1989, 109. Si fa riferimento alle forme di inutilizzabilità degli atti di indagine ripetibili.

¹⁸ Si pensi all'articolo 360, comma 5, c.p.p. che prevede l'inutilizzabilità dei risultati dell'accertamento tecnico non ripetibile espletato in presenza di una riserva di incidente probatorio formulata dalla persona sottoposta alle indagini. Così, G. P. VOENA, *Attività investigative ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, Padova, 1989, 47; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989, 241.

¹⁹ Si fa riferimento all'articolo 42, comma 2, c.p.p. secondo cui il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o ricusazione dichiara se e in quale parte gli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia.

²⁰ Si pensi all'articolo 63 c.p.p. relativo alle dichiarazioni indizianti, o all'articolo 350 c.p.p. inerente alle sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini.

²¹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 12. Si veda ancora R. NORMANDO., in DALIA, NORMANDO, *Nullità degli atti processuali*, cit., 24, secondo cui la natura della inutilizzabilità è interdittiva.

²² M. CHIAVIARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1989, 259.

²³ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 12. Peraltro, una discussione sulla natura del vizio, endogena o meno, sarebbe priva di utilità pratica, non producendosi comunque alcun effetto giuridico. A nulla analogamente occorre obiettare l'atto possa essere utilizzabile a certi fini ed in certi momenti ed inutilizzabile in altri. Il relativismo infatti non incide sugli effetti della sanzione. Il fatto poi il fatto l'atto non sia espulso, ma entri in uno stato di stasi non cambia.

Essendo il procedimento probatorio composto da una sequenza di atti non sottratti alla regola del divieto d'uso, l'ambito operativo di quest'ultima non può che riferirsi, oltre al momento statico della prova, ai momenti successivi del relativo procedimento ²⁴. E' in questa prospettiva che emerge, con tutta chiarezza, la difformità strutturale dalla fattispecie che caratterizza il divieto d'uso, così come accade per le ipotesi d'invalidità. La differenza esistente tra le due patologie, come visto, resta il momento della garanzia: mentre nel caso della nullità il giudizio riguarda la fattispecie nel suo momento statico, la fattispecie di riferimento relativa all'inutilizzabilità è l'intero procedimento probatorio. La stessa locuzione "divieto di legge", se riferito all'intero procedimento probatorio, mette in luce la necessità di una corrispondenza ad una fattispecie parametro del vizio ²⁵.

Il ragionamento risulta ovvio ove si effettui tale rilievo: il fatto storico non può rivivere ²⁶, si può solo ricostruire attraverso le prove. Tale procedimento ricostruttivo avviene non solo tramite una pluralità di mezzi probatori, ma anche un insieme di modalità di acquisizione degli stessi. Ne consegue come l'inutilizzabilità, essendo lo scopo del vizio stesso la tutela della legalità dell'accertamento, sia caratterizzata da effetti più estesi e cause generative più ampie ²⁷.

Il vizio, in definitiva, finisce talvolta per affiancarsi, talaltra per superare le ipotesi e gli effetti che da sempre caratterizzano le invalidità, ponendosi come momento di tutela aggiuntivo rispetto alla garanzia fornita dall'operatività dell'invalidità.

2. Regole di esclusione e regole di valutazione.

²⁴ Così ancora, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 13.

²⁵ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 13.

²⁶ G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, 43; g. DI CHIARA, *Ragionevolezza e processo penale*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 403.

²⁷ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 14.

Solitamente, l'inutilizzabilità si può dire costituisca una prova legale in negativo, in presenza della quale il giudice non può decidere sulla base di determinati elementi²⁸. Tuttavia, in certe ipotesi la norma non prevede una sottrazione del dato cognitivo, bensì limita il giudice nel momento della valutazione. Su tale base, sono state adottate etichette classificatorie tendenti a distinguere tra le vere ipotesi di inutilizzabilità, costituenti "regole di esclusione probatoria", e i casi in cui il legislatore semplicemente pone un criterio di valutazione legale della prova, prevedendo quindi "regole di valutazione"²⁹. Mentre le regole di esclusione operano in un momento che precede quello in cui ha luogo la valutazione e negano *in toto* l'idoneità del dato conoscitivo a fondare una decisione, i criteri legali di valutazione implicano le prove siano acquisite, riguardando solo il modo in queste vengono valutate³⁰. Secondo tale tesi, la distinzione ha una propria ragione d'essere nel momento in cui si guarda alle conseguenze della violazione delle suddette regole: la violazione di una regola di esclusione trova la propria sanzione nell'inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) e permette di ricorrere in Cassazione secondo l'art. 606, let. c, c.p.p. (violazione di norme stabilite a pena di inutilizzabilità). Viceversa, la violazione di una regola di valutazione non comporta inutilizzabilità e si può ricorrere per Cassazione solo facendo valere il vizio di motivazione ai sensi dell'art. 606, let. e, c.p.p.³¹.

In realtà, anche da un punto di vista prettamente lessicale, si può notare come il termine inutilizzabilità stia ad indicare un "divieto d'uso"; in quanto tale, se riferito ad un dato conoscitivo chiamato a formare il sapere giudiziale, comporta un divieto di acquisizione e di valutazione³². Infatti, anche nei casi in cui il legislatore prevede un criterio di valutazione legale della prova, poiché quest'ultimo è caratterizzato da specifici requisiti, non si può mettere in dubbio l'assenza degli stessi comportamenti di divieto d'uso. La conclusione appare d'altronde confermata dalle stesse

²⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VII, Giuffrè, Milano, 2006, 189.

²⁹ P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Milano 1992, 346.

³⁰ Così ancora, P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., 331.

³¹ Ancora P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, 333.

³² F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 25.

caratteristiche del procedimento probatorio³³: i vizi si riflettono sia sul momento acquisitivo sia su quello valutativo. Le Sezioni Unite hanno avallato tale ricostruzione precisando che l'utilizzabilità e l'inutilizzabilità vadano riferite non solo al momento dell'acquisizione, essendo nota la differenza tra l'atto "che si esaurisce senza residui nel suo attuale compimento ... e quello che, invece, non ha mera funzione autoreferenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla sua successiva attività cognitiva cui esso è destinato, come è tipico della struttura plurifasica del procedimento probatorio nel quale sono distinguibili i momento di assunzione e di ammissione del mezzo istruttorio dal momento della valutazione *ope iudicis*"³⁴.

Si consideri la formulazione dell'art. 192 c.p.p., comma 3: "Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità". Nel prevedersi ciò, qualora manchino gli "altri elementi di prova" si versa in una situazione in cui il dato conoscitivo viene estromesso dal sapere giudiziale³⁵. Analogamente, in tema di indizio, se mancano i requisiti della gravità, precisione e concordanza il dato noto da cui, tramite criteri inferenziali, si giunge al dato ignoto oggetto di prova, non è utilizzabile dal giudice³⁶. Qui si è al di fuori dell'ambito d'azione di una vera e propria regola di giudizio, essendo in presenza più precisamente di un limite d'uso: non si tratta di una regola che impone al giudice come valutare, ma cosa valutare³⁷.

L'obiezione per cui le regole stabilite dall'art. 192 c.p.p. si limitano a dettare *ex post* un criterio di valutazione, non impedendo che il dato conoscitivo *ex ante* concorra alla formazione del sapere giudiziale non sembra vincente. Secondo

³³ Per la nozione di procedimento si fa riferimento a G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milano, Rist., 1982, 124; con riguardo alla serie probatoria, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 52.

³⁴ Così Cass., Sez. Un., 25.02.1998. Gerina, in *Cass. pen.*, 1998; Id., Sez. Un., 13.07.1998, Citaristi, *ivi*, 1999, 112.

³⁵ G. CONSO, M. BARGIS, *Glossario della nuova procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1992, 346. Secondo parte della dottrina, dalla disposizione si ricava che, in assenza di riscontri, le predette dichiarazioni sono inutilizzabili. Secondo altri, la norma si limita a dettare *ex post* un criterio di valutazione e non preclude *ex ante* il dato acceda alla conoscenza giudiziale.

³⁶ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 25.

³⁷ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 25.

questa tesi, il criterio inciderebbe sul valore della prova sortendo l'effetto di annullarla, non trattandosi di inutilizzabilità vera e propria ³⁸. Si può facilmente obiettare come il criterio distintivo fondato sul divieto di conoscenza *ex ante* e sul divieto di valutazione *ex post* non consideri la rilevanza dell'inutilizzabilità: questa, potendo essere rilevata in ogni stato e grado del processo, è diretta a precludere l'uso del dato conoscitivo durante un arco temporale che copre anche il momento valutativo.

Inoltre, concentrando l'attenzione sul contenuto del dato di legge, si può osservare come la disciplina prevista all'art. 192 c.p.p. non permetta al giudice di effettuare un giudizio di attendibilità – inattendibilità, bensì gliene preclude l'utilizzo in mancanza di determinati requisiti ³⁹.

Peraltro, accogliendosi la tesi per cui l'inutilizzabilità sarebbe confinata alle ipotesi in cui il dato probatorio non può accedere alla conoscenza del giudice, si dovrebbe concludere fuoriesca da tale area l'art. 63, comma 1, c.p.p. Ai sensi dell'art. in questione le dichiarazioni rese da una persona non imputata o non sottoposta ad indagini, dalle quali emergano indizi di reità a suo carico, non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. Ci si trova di fronte ad un'ipotesi in cui, nonostante sia esplicitamente prevista la sanzione dell'inutilizzabilità, il dato conoscitivo accede comunque alla conoscenza del giudice; non può essere altrimenti considerato che le dichiarazioni nei confronti di soggetti diversi dal dichiarante sono utilizzabili ⁴⁰.

La stessa situazione è riscontrabile all'art. 513, comma 1, c.p.p. e, in generale, in tutti i casi di limiti di utilizzabilità *ad personam* previsti dal codice di procedura penale; si pensi agli artt. 197 bis comma 5; 238 comma 2 bis e 4; 403 e 500 comma 3 c.p.p. Stessa cosa dicasi con riguardo alle ipotesi di prova consensuale, in cui il

³⁸ Così ancora P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., 332. Negli stessi termini si pronuncia F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Digesto pen.*, VII, Utet, Torino, 1993, 248 “è vero che anche l'inutilizzabilità si traduce in un limite alla libertà di valutare: in questo caso, però, tale limite rappresenta un effetto del divieto di assumere la prova; nel caso dell'art. 192 c.p.p., invece, discende da una norma che preconstituisce il valore delle prove ammissibili”.

³⁹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 27.

⁴⁰ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 27.

consenso prestato da un imputato rende utilizzabile un dato conoscitivo acquisito senza l'osservanza delle forme del contraddittorio. Sostenere occorra il consenso di tutti gli imputati significherebbe andare contro il dato di legge, dal momento in cui gli artt. 431, comma 2, 493, comma 3 e 500, comma 7, c.p.p. utilizzano il termine "parti" e non "tutte le parti"⁴¹. D'altronde, come si è avuto modo di evidenziare, l'assetto codicistico prevede anche ipotesi di utilizzabilità – inutilizzabilità soggettiva.

Volendosi trovare un ulteriore argomento a riprova di quanto stiamo sostenendo, si consideri il contenuto dell'art. 526, comma 1 bis, c.p.p.: "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore". Il legislatore ha introdotto una norma di chiusura⁴² con cui si è inteso ricomprendere anche le ipotesi normative in grado di aggirare il contraddittorio. Volendo essere più chiari, l'art. 526 c.p.p., comma 1 bis, si pone come filtro ulteriore operante anche laddove, ai sensi dell'art. 514 c.p.p., sia possibile l'acquisizione, tramite lettura, di dichiarazioni rese precedentemente; si pone in definitiva come regola di esclusione "di secondo grado"⁴³. Un esempio applicativo si rinviene all'art. 512 c.p.p. Quest'ultimo consente di dare lettura delle precedenti dichiarazioni qualora il dichiarante risulti irreperibile e non sia possibile procedere all'esame. Tuttavia, applicando il disposto dell'art. 526, comma 1 bis, le dichiarazioni precedenti risultano inutilizzabili nell'ipotesi in cui la irreperibilità sia volontaria. Anche in questo caso l'inutilizzabilità è prevista nei confronti di dati conoscitivi già acquisiti.

Si può pertanto concludere che il quadro normativo non permette di dar adito alla tesi che limita la sfera d'azione dell'inutilizzabilità alle ipotesi in cui il dato conoscitivo non acceda alla conoscenza del giudice. Tale conclusione si pone d'altronde in perfetta sintonia con la *ratio* della disciplina. Il divieto d'uso rinviene il proprio fine ultimo nella volontà di rafforzare la legalità della prova tramite

⁴¹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 27.

⁴² C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, 39.

⁴³ Così ancora, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 39.

sanzioni più efficaci. Tale volontà risulterebbe ovviamente frustrata laddove si assegnasse all'inutilizzabilità un ambito applicativo, alla resa dei conti, più ridotto rispetto al regime delle invalidità tradizionali ⁴⁴.

3. *L'art 191 c.p.p.: disciplina di tutte le cause di inutilizzabilità.*

Come messo in luce precedentemente, si può avere inutilizzabilità sia a seguito di un atto formato *contra legem*, sia in relazione ad un atto geneticamente perfetto, ma caratterizzato da limiti di utilizzo inerenti alla fase del procedimento o ai soggetti; si parla in questi casi di inutilizzabilità funzionale e soggettiva. Non c'è dubbio che in entrambe le ipotesi sia presente un divieto probatorio, previsto, da un lato, per la violazione dello schema legale prescritto per la formazione dell'atto, dall'altro, di tipo funzionale o soggettivo ⁴⁵. Si può affermare, anche sulla base di quanto è stato rilevato in sede giurisprudenziale, che la nozione di divieto sia riferibile, oltre all'atto *contra legem*, anche a quello realizzato *secundum legem*, costituendo la disciplina di quest'ultimo "il *quid novi* dell'attuale sistema probatorio e modifica sensibilmente, rispetto al passato, il rapporto tra valutazione ed acquisizione dell'atto probatorio, ponendosi quale termine intermedio nel procedimento probatorio che interagisce con il momento di valutazione della prova" ⁴⁶.

In quest'ottica, l'utilizzabilità "è condizione legale per l'integrazione della fattispecie e per la determinazione delle relative conseguenze in vista del prodursi dell'effetto giuridico consistente nella legale ricostruzione del fatto storico del *thema decidendum*" ⁴⁷. Quindi, in assenza della condizione di utilizzabilità, l'acquisizione, seppur idonea, sarebbe "paralizzata nella sua rilevanza probatoria

⁴⁴ Così esattamente F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità del fatto nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 29.

⁴⁵ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 30.

⁴⁶ Cass., Sez. Un., 25.02.1998.

⁴⁷ A. BARGI, *L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di Cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 387.

affinché da potenziale diventi operante”⁴⁸. In sostanza, anche nell’ipotesi di inutilizzabilità funzionale o soggettiva il divieto d’uso si pone come conseguenza della mancata realizzazione della fattispecie per assenza di un elemento costitutivo. La disciplina si mostra così in tutta la sua unitarietà nel momento in cui si identifica il divieto di legge con il limite di utilizzo conoscitivo del dato probatorio⁴⁹. Pertanto, anche a fronte di una pluralità di cause, gli effetti del divieto d’uso non conoscono variazioni^{50 51}.

Attraverso un’analisi del rapporto che intercorre tra gli artt. 191 e 526 c.p.p. possiamo confermare l’assunto appena esposto. Il primo articolo tratteggerebbe i limiti della c.d. inutilizzabilità patologica, scaturente dalla violazione di un divieto di legge, mentre il secondo costituirebbe i confini della c.d. inutilizzabilità fisiologica⁵², derivante da un *deficit* di contraddittorio. Facendo entrambe le previsioni riferimento alle prove “legittimamente acquisite” è stato osservato che “non è possibile che l’art. 526 usi l’avverbio legittimamente in un senso diverso da quello fatto proprio dalla rubrica dell’art. 191, per sanzionare ipotesi di inutilizzabilità patologica ulteriori rispetto a quelle menzionate in quest’ultima norma. In realtà, il predetto avverbio nell’art. 526 è usato in senso più ampio perché concerne anche un differente tipo di inutilizzabilità che è quella fisiologica e colpisce gli atti di indagine i quali, se letti in dibattimento fuori dei casi consentiti, sono illegittimamente acquisiti”⁵³. Ci si chiede però, al di là dell’utilità che può avere uno schema classificatorio, se le due norme abbiano veramente due campi

⁴⁸ Così ancora A. BARGI, *L'immediata applicabilità del “nuovo” art. 513 c.p.p. nel giudizio di Cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, cit., 393.

⁴⁹ A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, 121. Sul tema si veda anche G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 124, secondo cui anche in presenza dell’inutilizzabilità di tipo funzionale il divieto d’uso sia conseguenza della mancata realizzazione della fattispecie.

⁵⁰ M. NOBILI, *Art 191*, in *Commento al codice di procedura penale*, II, a cura di Chiavario, Utet, Torino, 1991, II, 410.

⁵¹ Per una differente ricostruzione, facente leva su una forte classificazione dei tipi di inutilizzabilità si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 18. Secondo tale metodo, si ha inutilizzabilità patologica ogni qual volta le prove siano acquisite in violazione di divieti di legge (art. 191, comma 1), mentre l’inutilizzabilità fisiologica riguarda quegli atti di indagine che, seppur formati senza violare alcun divieto d’uso, sono stati assunti unilateralmente da parte dell’accusa o della difesa, quindi con un *deficit* di contraddittorio.

⁵³ Così ancora C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 87.

d'azione differenti. Se è d'altronde vero che l'art. 526 c.p.p. ricomprende anche la violazione del principio di separazione delle fasi, non si può escludere che tale violazione sia coperta anche dalla previsione dell'art. 191 c.p.p. Un simile ragionamento può essere effettuato con riguardo all'articolo 526 c.p.p., non essendo possibile limitare l'operatività alle violazioni verificatesi nel corso del dibattimento⁵⁴. Si pensi al “recupero” delle dichiarazioni che viene effettuato ai fini di contestazione ed utilizzabili esclusivamente per valutare la credibilità del teste (art. 500, comma 2 e 238, comma 4, c.p.p.): non c'è dubbio che anche in questi casi dovrà essere valutata la legittimità dell'atto probatorio. In questo modo l'art. 526 c.p.p. impedisce qualsiasi utilizzo di atti probatori posti in essere in violazione di divieti di legge anche nelle fasi precedenti al dibattimento. L'art. 526 c.p.p. sarebbe allora una semplice “estrinsecazione operativa” del divieto previsto all'art. 191 c.p.p.⁵⁵.

Questa conclusione può essere avvalorata se si volge lo sguardo alle intenzioni del legislatore. Nel progetto preliminare del 1978 si limitava il divieto di utilizzo alle prove diverse da quelle “acquisite al dibattimento”⁵⁶. Il legislatore è poi intervenuto aggiungendo nel progetto preliminare al codice de 1988 l'avverbio “legittimamente”, sulla scorta della considerazione per cui “nella legge delega del 1987 la disciplina dell'inutilizzabilità degli atti al dibattimento è stata materialmente precisata ed ha, perciò, trovato una trattazione analitica e diffusa”. L'art. 526 c.p.p. ha quindi “assunto una funzione di mero rinvio alle norme che disciplinano l'inutilizzabilità e l'acquisizione degli atti istruttori nel dibattimento.

⁵⁴ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. La struttura del vizio*, cit.,38, il quale precisa “Tale lettura potrebbe essere autorizzata dalle stesse delimitazioni lessicali della norma che finalizzano il divieto ai fini della deliberazione. Tuttavia, è noto come il formarsi progressivo della decisione implichi l'utilizzo anche di atti realizzati nelle precedenti fasi del procedimento”.

⁵⁵ Così ancora, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. La struttura del vizio*, cit.,39.

⁵⁶ Si veda la *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPA MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Cedam, Padova 1989, 425 nella parte in cui si dice “Con l'articolo 498 si è voluta fissare una limitazione del materiale probatorio utilizzabile ai fini della deliberazione: il giudice non può porre a fondamento della sentenza prove raccolte fuori dal dibattimento. Si è inteso in tal modo sradicare la prassi attuale che consente di fondare la decisione su atti istruttori di cui non è stata data lettura nel dibattimento. Il divieto di utilizzare prove acquisite *contra legem* discende dall'art. 182”.

L'aggiunto dell'avverbio legittimamente completa la disciplina con un opportuno richiamo all'essenzialità delle forme in punto di prova”⁵⁷.

La relazione al progetto definitivo, infine, precisa di essersi scelto di non effettuare alcun riferimento al concetto di nullità, considerato che “la sanzione di inutilizzabilità era già delineata in via generale dall'art. 191 che rende sufficientemente chiaro il trattamento del vizio”⁵⁸.

Effettuati tali rilievi, emerge dunque come la volontà del legislatore si sia orientata nel senso di caratterizzare l'inutilizzabilità per una *reductio ad unum* nella norma generale dell'art. 191 c.p.p. Pertanto, si può affermare come il divieto d'uso abbia in ogni caso un'origine patologica, anche e soprattutto qualora si faccia riferimento ad una mancanza di contraddittorio, a fronte della tutela costituzionale prevista dall'art. 111, comma 4⁵⁹.

Posto che gli effetti del divieto d'uso non conoscono variazioni a seconda della causa che lo generano, si può giungere ad un'ulteriore conclusione in merito al ruolo che ricopre la previsione generale dell'articolo 191 c.p.p. e il conseguente rapporto che lega quest'ultima alle singole disposizioni di inutilizzabilità. La previsione generale, anche in presenza di specifiche enunciazioni di inutilizzabilità, si può dire elevi l'inutilizzabilità a valore generale dell'ordinamento, operativo qualora vi sia la violazione di un “divieto di legge”⁶⁰. Presa coscienza dell'unitarietà del divieto stabilito dall'art. 191 c.p.p., sorge ora la necessità di indagare sulla portata operativa di tale norma.

4. Individuazione dei divieti probatori.

⁵⁷ *Relazione al progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1998, 61.

⁵⁸ *Relazione al progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale*, cit., 61.

⁵⁹ Così ancora, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. La struttura del vizio*, cit., 37.

⁶⁰ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 31.

L'art 191 al suo primo comma stabilisce il proprio raggio d'azione, prescrivendo che “le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”. Al secondo comma sono invece previsti gli effetti del vizio, affermandosi che “l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento”. La norma esprime il valore assiologico e sanzionatorio del divieto d'uso. Relativamente al primo aspetto, l'articolo “stigmatizza i risultati scaturenti dalla condotta processuale inosservante con un paradigma di disvalore che segnala l'inutilità delle violazioni e tende, quindi, a prevenire, con la minaccia della loro assoluta vanificazione, acquisizioni probatorie illegittime”⁶¹, in tal modo connotando negativamente il compimento di attività consistenti in violazione di divieti di legge. Con riguardo al secondo profilo, l'inutilizzabilità, quale reazione alle predette violazioni, si pone come fonte generatrice di effetti giuridici “aprendo il ciclo di situazioni soggettive doverosamente protese alla conservazione dei valori giuridici, che la trasgressione delle regole probatorie non ha permesso di tutelare”⁶².

Occorre ora rilevare come l'ambito applicativo dell'inutilizzabilità sia legato alla violazione di “divieti di legge”, espressione che, a prima vista, appare non sufficientemente determinata⁶³. Si tratta quindi di valutare se l'indeterminatezza della previsione legislativa sia conseguenza di un errore legislativo, o sia solo apparente, frutto cioè della specifica volontà di introdurre una garanzia a tutela della legittimità della prova caratterizzata da un'ampia portata operativa⁶⁴. Non sembrano condivisibili i timori di chi, sostenendo la formulazione della norma soffra di un *deficit* di tipicità⁶⁵, vede nell'applicazione della stessa in modo indiscriminato ricadute “devastanti”. L'errore in cui incorrono tali argomentazioni

⁶¹ G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992, 151.

⁶² Così ancora, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 151.

⁶³ Secondo G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 152, si tratta di un concetto legislativo indeterminato che sfugge ai canoni di tassatività. È compito dell'interprete “attraverso un processo di etero – integrazione, di dare concretezza ad elementi della fattispecie legale intenzionalmente privi di una completa ed analitica determinazione”.

⁶⁴ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit. 41.

⁶⁵ E' di quest'opinione C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 57. Il concetto di divieto probatorio è “il frutto compiuto (anche se imperfetto) della elaborazione teorica, che ha portato alla codificazione della inutilizzabilità”.

è duplice: se da un lato si dà per assodata l'impossibilità per l'interprete di addivenire ad una definizione della locuzione "violazione di divieti stabiliti dalla legge", dall'altro si dimostra di non aver colto appieno l'ideologia sottostante il nuovo vizio la quale, come si è visto, delinea un nuovo concetto di prova in cui il modo dell'accertamento conta quanto lo stesso ⁶⁶.

a. (segue) La genesi dell'inutilizzabilità.

Per dare una risposta all'interrogativo sopra proposto, può essere utile ripercorre gli itinerari legislativi che hanno portato all'elaborazione attuale del vizio. Nella versione originaria del codice del 1930 non erano previste ipotesi di inutilizzabilità; a presidio della legalità della prova era posta esclusivamente la sanzione della nullità ⁶⁷. Quest'ultima, tuttavia, soffriva di importanti limiti: sanzionava solo i vizi di forma, era sanabile e consentiva la rinnovazione dell'atto. La necessità di sanzionare le più gravi patologie della prova veniva allora recepita dal progetto Carnelutti del 1962 all'art. 65, comma 2, in cui si prevedeva che "quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge il giudice non può tenerne alcun conto". In seguito a tale fallito tentativo di riforma, anche sulla scorta di prese di posizione da parte della giurisprudenza costituzionale ⁶⁸, in via legislativa vennero introdotte alcune ipotesi di inutilizzabilità. Una norma generale a tutela della legalità della prova comparve nell'art. 182 del progetto preliminare al codice del 1978. Nonostante la legge delega 3 aprile 1974 non contenesse alcuna espressa previsione a riguardo, all'art. 182 si stabiliva che "1. le prove non previste dalla legge o ammesse dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono

⁶⁶ Così F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 46.

⁶⁷ Invero, l'art. 141 c.p.p. 1930, secondo il quale degli scritti anonimi non poteva farsi "alcun uso", prevedeva quella che è stata definita inutilizzabilità *ante litteram*. Così, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 63.

⁶⁸ La decisione della Corte Cost. n. 34 del 1937 affermò il principio secondo cui le attività compiute "in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito".

essere utilizzate ai fini della decisione. 2. non possono essere utilizzate le prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte a pena di nullità, salvo che la nullità sia sanata.” La *Relazione al Progetto preliminare* del 1978 chiariva che “mettendo a frutto un ampio fermento di idee convergente in una precisa direzione, la commissione ha messo a punto un regime normativo che esclude in via generale l'utilizzabilità delle prove non previste dalla legge o in violazione di uno specifico divieto probatorio” nella “consapevolezza degli inconvenienti derivanti dall'uso dello schema di nullità nel settore del diritto probatorio”. La *Relazione* proseguiva poi affermando come la dottrina processual – penalistica manifestasse una “profonda insoddisfazione” nei confronti del regime della sanatoria, il quale costringeva a ritenere inesistenti divieti probatori qualora non fossero tempestivamente eccepiti⁶⁹.

Le istanze provenienti dalla legislazione, dalla dottrina e della giurisprudenza, recepite dalla *Relazione*, si sono conservate fino a sfociare nell'elaborazione dell'art. 191 c.p.p. La consapevolezza dell'inadeguatezza della tutela offerta in campo probatorio dal regime della nullità, ha condotto ad escludere in via generale un utilizzo delle prove qualora illegittimamente acquisite⁷⁰. L'obiettivo perseguito infatti, sottolinea la *Relazione*, è quello di disciplinare “un fenomeno tipico, conseguente all'ammissione di prove vietate”⁷¹. Pertanto, la consapevolezza dell'inadeguato assetto normativo in tema di prove, ha portato ad introdurre un'esclusione del loro uso qualora illegittimamente acquisite.

Deve inoltre rilevarsi come fosse nelle intenzioni del legislatore non limitare la sfera operativa dell'inutilizzabilità ai casi in cui si prevedesse esplicitamente tale sanzione: nell'art. 191 c.p.p., costituendo una norma generale, ricadono tutte le evenienze di prove assunte in violazione di divieti probatori, a prescindere dalla previsione di specifiche ipotesi di inutilizzabilità⁷². Si specifica infatti che “non tutte le fattispecie determinanti inutilizzabilità presuppongono la violazione di un

⁶⁹ *Relazione al progetto preliminare del 1978*, cit., 523.

⁷⁰ M. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova 1992, 79, affermava come l'inutilizzabilità sia “una sanzione forte creata per piegare situazioni indomabili alla luce del precedente sistema”.

⁷¹ *Relazione al progetto preliminare del 1978*, cit., 61.

⁷² F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 45.

simile divieto: al trattamento sopra ricordato devono invero essere assoggettati anche gli atti che singole norme definiscono inutilizzabili (si vedano ad esempio gli art. 271 c.p.p. e 195 comma 3) ⁷³.

Il rilievo trova peraltro conferma laddove si consideri come nell'attuale formulazione non sia lasciato posto alla categoria di inutilizzabilità per inosservanza di forme prescritte a pena di nullità. Questa scelta può essere considerata il frutto di un duplice intento da parte del legislatore: prevedere per l'inutilizzabilità un regime disciplinare autonomo, ma, soprattutto, dare luogo ad una regolamentazione che non renda possibile una sanatoria dell'atto probatorio, rilegando nella sfera dell'insanabilità la prova assunta in violazione di un divieto di legge ⁷⁴. Quest'ultimo aspetto è confermato dal potere di rilevare il vizio anche d'ufficio e "in ogni stato e grado del procedimento".

D'altronde, l'ampiezza operativa dell'inutilizzabilità si ricava dalle modifiche apportate al progetto preliminare; dall'attuale formulazione dell'art. 191 c.p.p. risulta, da un lato, eliminato il riferimento al giudice, dall'altro, la locazione "prove acquisite" in violazione dei divieti stabiliti dalla legge è stata sostituita alla precedente "prove ammesse". Nel progetto preliminare al codice, l'ammissione evocava l'ingresso della prova nel processo, più che la formazione della prova stessa. Emergeva quindi con chiarezza la funzione peculiare del vizio: mentre l'inutilizzabilità era configurata come vizio inerente all'*an* della prova, cioè alla sua ammissibilità, la nullità era tratteggiata come vizio inerente al *quomodo* della prova, cioè all'osservanza delle modalità di formazione della stessa ⁷⁵. Le modifiche esposte vengono giustificate sulla scorta del rilievo per cui le disposizioni generali in tema di prova sono dirette a "regolare anche l'attività della fase investigativa e non solo quella della decisione" ⁷⁶. Non si può però tacere, anticipando conclusioni

⁷³ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 61.

⁷⁴ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 45.

⁷⁵ *Relazione al progetto preliminare del 1988*, 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*, cit., 558-559: "nello stabilirsi (art. 191) che le prove "illegittimamente acquisite" sono "inutilizzabili", si è inteso designare un fenomeno tipico conseguente alla ammissione di prove vietate in contrapposizione alla "nullità", riservata alla violazione delle forme degli atti processuali".

⁷⁶ *Relazione al testo definitivo del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, 181.

che verranno poi illustrate, che la sostituzione dell'espressione "prove ammesse" con quella di "prove acquisite" porti ad includere nell'inutilizzabilità anche la legalità delle modalità di formazione dell'atto probatorio ⁷⁷; il termine "acquisizione" indica infatti il momento in cui la prova è formata o introdotta nel processo. E' quindi evidente la volontà legislativa di attribuire al divieto d'uso un'ampia portata operativa, proprio in virtù dell'inadeguato regime del tradizionale vizio di nullità.

b. (segue) Il divieto di legge.

Come visto, il cuore dell'individuazione normativa dell'atto probatorio inutilizzabile risiede nel significato che si attribuisce all'espressione "acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge". Si è evidenziato come il divieto di legge sia il punto di arrivo di un'evoluzione che ha condotto alla formulazione dell'inutilizzabilità quale vizio che riguarda ciò che solo materialmente potrebbe essere prova ⁷⁸. Constatando che "sarebbe un grave errore supporre che tutte le disposizioni di legge in tema di prova contengono un vero e proprio divieto probatorio", si delinea un'ipotesi secondo la quale l'inutilizzabilità dovrebbe porsi come conseguenza della violazione di regole probatorie dirette a impedire che un certo elemento probatorio "compaia tra le premesse fattuali della decisione" ⁷⁹. L'argomentazione farebbe leva sulla formulazione letterale dell'art. 191 c.p.p.: prevedendo la violazione di "divieti stabiliti dalla legge" il legislatore avrebbe inteso precisare che "la funzione adempiuta dalla norma violata rappresenta l'unico criterio di individuazione delle regole sancite a pena di inutilizzabilità" ⁸⁰.

⁷⁷ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 45. Sul tema si veda anche C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 54: "proprio al fine di sottolineare che la l'inutilizzabilità opera in tutto l'arco del procedimento e si riferisce a tutte le prove raccolte in violazione di divieti, in luogo della parola "ammesse" si è inserito il termine "acquisite". Il concetto di "acquisizione" voleva ricomprendere nel senso più ampio possibile l'ingresso di un dato probatorio nel procedimento".

⁷⁸ Sul tema, A. ARICO', *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, cit., 39.

⁷⁹ A. SCELLA, *Prove penali ed inutilizzabilità*, cit., 145.

⁸⁰ Ancora così, A. SCELLA, *Prove penali ed inutilizzabilità*, cit., 146.

Seguendo tale linea di pensiero, si otterrebbe un'ipotesi ricostruttiva secondo la quale il divieto probatorio coinciderebbe con il divieto di ammissione: il divieto d'uso sarebbe confinato alle prove vietate dalla legge, quindi intrinsecamente inammissibili.

Tale ipotesi ricostruttiva sembra però non centrare il segno. L'impostazione illustrata perde infatti di vista il cambiato assetto normativo in virtù del quale il combinato disposto degli artt. 191 e 526 c.p.p. individua il divieto d'uso anche in momenti successivi all'ammissione della prova ⁸¹. Peraltro, a riprova di quanto affermato, come si è visto, l'art. 191 c.p.p. parla di prove "acquisite", cioè prove già ammesse, essendo noto come l'operazione acquisitiva si ponga in un momento successivo alla fase di ammissione ⁸². L'ammissione non rappresenta però, come nel codice previgente, un'antecedente necessario dell'operazione acquisitiva in virtù di un nesso di "dipendenza giuridica" tra i due atti in forza del quale "il valido compimento del primo costituisce requisito di validità del secondo" ⁸³. L'art. 191 c.p.p. infatti commina la sanzione dell'inutilizzabilità con riguardo a prove già ammesse o acquisite. Nel far ciò, la previsione generale si spinge quindi a riferire gli effetti del vizio anche al momento valutativo ⁸⁴. Ne risulta un quadro sanzionatorio in cui l'art. 191 c.p.p. tutela la legittimità della prova durante tutto il relativo procedimento ⁸⁵.

Le Sezioni Unite, con sentenza 13.07.1998, recepiscono questo orientamento interpretativo. Viene infatti evidenziato come "affinché la prova si trasformi da <<mezzo>> a <<risultato>> e perché quest'ultimo possa essere usato per la formazione e la giustificazione del libero convincimento del giudice, è indispensabile, innanzi tutto, che subisca la valutazione pregiudiziale della sua ammissibilità" ed "esauritosi il procedimento formativo ed acquisitivo, si apre la possibilità della sua valutazione, ma questa possibilità richiede, com'è evidente, che

⁸¹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 48.

⁸² Ancora così, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 48.

⁸³ Così F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 55.

⁸⁴ Si tengano infatti presenti i tre momenti che compongono il procedimento probatorio: ammissione, acquisizione – formazione, valutazione.

⁸⁵ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 49.

il mezzo probatorio abbia prodotto un risultato, utile e giuridicamente utilizzabile allorché esso verrà a formare oggetto della valutazione da parte del giudice”⁸⁶.

A riprova di quanto detto, basti richiamare quelle ipotesi di inutilizzabilità operanti al momento della decisione. Si pensi poi alle ipotesi in cui la prova sia utilizzabile solo nei confronti di alcuni imputati (ad esempio, artt. 63; 197 bis, comma 5, 500, comma 3; 513 c.p.p.) e alle prove consensuali (artt. 431, comma 2; 493, comma 3 e 500, comma 7, c.p.p.) qualora il consenso non sia prestato da tutti gli imputati. In queste evenienze la prova è ammessa e conosciuta dal giudice, anche se a fronte di un limite soggettivo di utilizzo della prova. Ciò che conta è il fatto la prova sia utilizzata per la decisione⁸⁷.

c. (segue) L'ambito applicativo del divieto probatorio.

Proseguendo l'indagine attorno alla portata operativa dell'art. 191 c.p.p., se è fuori discussione il fatto che, presa singolarmente, la norma potrebbe sembrare soffrire di genericità, una volta considerati i rapporti che intercorrono tra la stessa e la fattispecie di riferimento, tale considerazione perde ragion d'essere. Come è già stato evidenziato, l'art. 191 c.p.p. costituisce una norma generale di disciplina a garanzia della legalità della prova. I parametri di riferimento dell'ambito applicativo della norma diventano quindi le singole fattispecie probatorie e le stesse, poste in relazione all'art. 191 c.p.p., permettono a quest'ultimo di svolgere la propria funzione⁸⁸. A riprova di tale rilievo, oltre alla considerazione per cui l'art. in questione sia posto, a livello codicistico, tra le “disposizioni generali” in tema di prova, si ragioni per assurdo: se sostenessimo l'inutilizzabilità operi solo in presenza di specifiche norme che la richiamo espressamente, finiremmo per attribuire all'art. 191 c.p.p. una funzione meramente enunciativa. Nel far ciò dovremmo però prendere atto del fatto che il dato legislativo è superfluo, se non

⁸⁶ Così Cass., Sez. Un., 13.07.1998, Citaristi, in *Cass. pen.*, 1999, 112.

⁸⁷ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 49.

⁸⁸ Così ancora, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 51.

nella parte in cui disciplina il regime di rilevazione del vizio. Una soluzione interpretativa che privi la norma di ogni significato non è però ammissibile⁸⁹.

Si può quindi concludere l'art. 191 c.p.p. sia una norma di disciplina che in via generale stabilisce un precetto, con relativa sanzione, che troverà applicazione in relazione alle singole fattispecie probatorie le quali, di volta in volta, verranno in essere. È ponendosi in quest'ottica che cade ogni rischio di *deficit* di tipicità dell'espressione "divieti di legge"⁹⁰. Quest'ultima infatti trova specificazione nelle regole dettate a tutela della singola prova. E' noto infatti come l'attività diretta a porre in essere atti probatori è sempre presidiata da uno o più presupposti, positivi o negativi, costituenti i profili di attribuzione e di limitazione del potere⁹¹. È nel momento in cui il potere probatorio risulta confinato al rispetto di condizioni e presupposti che il "divieto di legge" emerge nella sua operatività e, al tempo stesso, rende specifico il contenuto prescrittivo della norma di disciplina⁹².

Seguendo questa linea ricostruttiva si coglie come la generalità dell'espressione "divieti stabiliti dalla legge" evidenzia l'ampiezza operativa della medesima. Per divieto di legge non si intende solo quello espressamente previsto, ma anche quello derivante dalla mancanza di presupposti e requisiti stabiliti per l'operatività della singola fattispecie probatoria⁹³. Quindi, sebbene non si rinvenivano espressioni quali "non può", "non sono ammesse", "è vietato", "non sono consentite", il divieto di legge può altresì ricavarsi dalla norma che autorizza l'acquisizione e, quindi, la valutazione della prova solo in presenza di quei requisiti che permettono alla fattispecie di perfezionarsi; quest'ultima si porrà infatti come fonte di produzione di effetti giuridici solo qualora sia osservato il relativo schema legale⁹⁴. Si pensi

⁸⁹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 51.

⁹⁰ Sempre F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 51.

⁹¹ Sul tema, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 641.

⁹² F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 52.

⁹³ Così M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 154; G. PIERRO, *Una nuova specie di inutilità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 145; F. SIRACUSANO, *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, I, 2004, 342.

⁹⁴ Sul tema si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 58-59: "In dottrina è possibile effettuare una *summa divisio* tra una tesi di tipo formale, basata sulla lettera della legge, e una di tipo sostanziale che muove dalla *ratio* delle singole norme in tema di prova. In base ad una tesi formale <<pura>> sono divieti probatori quelli esplicitamente sanciti dalle norme di legge con espressioni del tipo <<è vietato>>, <<non può>> o simili. Come è stato chiarito da tempo tale indicazione non può essere accolta perché non è risolutiva. Da un lato,

alle seguenti ipotesi: l'art. 266, commi 1 e 2, in tema di intercettazioni, prevede la stessa sia consentita nei procedimenti relativi ai determinati reati; l'art. 103, comma 1, disciplina le perquisizioni e le intercettazioni negli uffici dei difensori, stabilendo i casi in cui le stesse siano consentite; l'art. 360, in tema di accertamenti irripetibili, ai commi 1 e 5, rispettivamente, disciplina lo schema legale da osservarsi per potersi avere un accertamento irripetibile e la sanzione dell'inutilizzabilità nel caso in cui il pubblico ministero abbia disposto di procedere all'accertamento, malgrado la riserva di incidente probatorio promosso dalla persona sottoposta alle indagini. Sarebbe d'altronde irragionevole escludere la sanzione dell'inutilizzabilità a seconda delle locuzioni di volta in volta utilizzate dal legislatore, qualora la volontà del legislatore risulti inquadrabile in una proibizione ⁹⁵.

La conclusione ha ricevuto una conferma a livello giurisprudenziale quando, a Sezioni Unite, la Cassazione ha stabilito i divieti vadano individuati non solo in “quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale, come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234, comma 3, c.p.p. e cioè, in materia di incompatibilità a testimoniare o in relazione all'impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle voci correnti del pubblico, ma possono anche essere 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 o acquisitivo della prova” ⁹⁶.

pecca per eccesso. Vi sono, infatti, norme che, per quanto formulate in tal modo, in realtà non stabiliscono divieti probatori, perché riguardano aspetti meramente formali ai quali non sono sottesi interessi tali da giustificare la sanzione della inutilizzabilità (es. art. 251 in tema di perquisizioni effettuate “nottetempo”). Da un altro lato, pecca per difetto, in quanto vi sono ipotesi nelle quali, malgrado la norma non si esprima in forma di divieto, essa detta una regolamentazione posta a tutela di valori essenziali (es. art. 201 in materia di segreto d'ufficio). Per ovviare, in parte, agli inconvenienti di quest'ultimo tipo, si è sostenuta l'esistenza dei c.d. divieti probatori <<indiretti>>. Essi si ricavano da quelle norme in tema di prova che si esprimono nella forma della <<permissione>> e si riferiscono ad una ipotesi specifica o ad un elenco tassativo di casi, oppure alle disposizioni che disciplinano l'acquisizione probatoria ancorandola a determinate condizioni o presupposti e ricorrono a formule del tipo <<l'acquisizione è consentita solo se>>. ... Tutte le norme in tema di prove potrebbero però essere interpretate *a contrario* come se recassero una implicita regola di esclusione. ... Per questa ragione, occorre, comunque, che la tesi formale sia integrata da un criterio di tipo sostanziale che muove dalla *ratio* della norma o dalla gravità della violazione”.

⁹⁵ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 52.

⁹⁶ Cass., Sez. Un., 27.03.1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139.

Infine, la locuzione “divieti stabiliti dalla legge” ricomprende anche i divieti provenienti da norme appartenenti ad un altro ramo dell’ordinamento giuridico: il dato normativo, nella sua formulazione letterale, fa genericamente rinvio alla legge, non limitando quindi l’ambito applicativo al solo settore processuale penalistico.

d. (segue) L’inutilizzabilità tra l’an e il quomodo della prova.

Ci resta da approfondire il rapporto che, nell’attuale elaborazione del codice, intercorre tra inutilizzabilità e nullità. Come si è evidenziato, nell’originaria intenzione dei legislatori l’inutilizzabilità era stata concepita come vizio inerente al solo momento dell’ammissione della prova, mentre la nullità avrebbe rappresentato il vizio inerente alle modalità di formazione dell’atto ⁹⁷. La distinzione si è però offuscata nella redazione finale del codice. Nella formulazione odierna l’espressione “ammesse” è stata infatti sostituita con la locuzione “acquisite” e, non a caso, si rinviengono all’interno del codice fattispecie in cui il vizio dell’inutilizzabilità è previsto in relazione alle modalità di acquisizione della prova ⁹⁸. Si vedano ad esempio i seguenti articoli: l’art. 271, comma 1, prevede che “i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3”; l’art. 350, comma 6, in tema di sommarie informazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini, stabilisce che “delle notizie e delle indicazioni assunte senza l’assistenza del difensore sul luogo o nell’immediatezza del fatto a norma del comma 5 è vietata ogni documentazione e utilizzazione” ; l’art. 251, comma 1, stabilisce la fascia oraria entro la quale è possibile effettuare una perquisizione in un’abitazione o in luoghi adiacenti ad essa.

⁹⁷ *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, cit., 61.

⁹⁸ M. NOBILI, *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, Utet, 1990, 412.

Si tenga a mente la scansione temporale che caratterizza il procedimento probatorio⁹⁹: questo si compone di tre distinti momenti costituiti dall'ammissione, dall'acquisizione-formazione ed infine dalla valutazione. Aver riferito il divieto di utilizzo di un dato conoscitivo anche alla fase acquisitiva impone allora di considerare la formula come volutamente non restrittiva, essendo chiara l'intenzione di coprire con l'inutilizzabilità ogni violazione compiuta durante l'intero procedimento probatorio. Le caratteristiche di questo portano infatti ad affermare che la garanzia a presidio del momento acquisitivo implica e presuppone quella della precedente fase ammissiva¹⁰⁰.

Anche in sede giurisprudenziale è stata ribadita tale considerazione, affermandosi che per prova si intende tanto il mezzo, lo strumento, il veicolo di conoscenza di un fatto dedotto nel processo, quanto il risultato conoscitivo affidato al giudice. Si può dire che, a livello normativo, ciò che conferisce unitarietà al significato polivalente del termine prova è la considerazione del procedimento probatorio in termini di “sequenza o di successione di atti destinati a fornire la conoscenza dei fatti dedotti nella *res iudicanda* ed a determinare il convincimento del giudice in ordine agli stessi...; è ormai consolidato il riferimento alla figura del procedimento probatorio, all'analisi delle fasi in cui esso si articola ed al nesso funzionale che lega i vari momenti i quali pur nell'autonomia strutturale sono proiettati verso la decisione finale”¹⁰¹.

Si può quindi giungere alla conclusione secondo cui l'art. 191 c.p.p. opera su un duplice livello: agisce come divieto di acquisizione e come divieto d'uso della prova, nel primo caso intendendosi il divieto di ammissione e acquisizione del mezzo probatorio colpito dal divieto¹⁰². Pertanto, la modifica legislativa concretizzatasi nella sostituzione del termine “ammissione” con quello di “acquisizione”, ha sortito non solo l'effetto di ricomprendere nell'area di operatività

⁹⁹ Sul tema, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 53.

¹⁰⁰ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 134. Sul punto si osserva come anche il procedimento probatorio, al pari degli altri procedimenti, sia caratterizzato dall'obbligatorietà in virtù della quale il rapporto tra gli atti è di implicazione, cioè quello precedente obbliga alla realizzazione dell'atto successivo.

¹⁰¹ Cass., Sez. Un., 25.02.1998, Gerina, in *Cass. pen.* 1998, 1951; Id., Sez. Un., 13.07.1998, Citaristi., cit., 355.

¹⁰² Nuovamente, Cass., Sez. Un., 25.02.1998. Gerina, cit.

della norma anche gli atti d'indagine ¹⁰³, per definizione sottratti ad una fase di ammissione, ma di ricomprendere in generale l'intero procedimento probatorio, fungendo da garanzia durante tutte le fasi dello stesso.

L'operatività del divieto d'uso si estende poi anche al momento valutativo. Per rendersene conto basti pensare alla grammatica dell'art. 191 c.p.p.: l'utilizzo del participio passato ("acquisite") non può far altro che riferirsi ad un'operazione già compiuta; e se la prova è già stata acquisita, l'inutilizzabilità non potrà che riguardare il momento di valutazione da parte di chi deve decidere ¹⁰⁴. Al riguardo non è d'altronde contestabile il fatto il termine "acquisite" risulti in contrapposizione all'espressione "ammesse". Ciò in quanto, al di là del fatto sarebbe in netto contrasto con la ricostruzione del procedimento probatorio nei suddetti termini, porterebbe all'assurdo risultato per cui risulterebbero escluse dal divieto d'uso le ipotesi di prova ammesse in violazione di divieti probatori ¹⁰⁵: verrebbe in definitiva meno lo stesso scopo dell'art. 191 c.p.p.

Siamo giunti alla conclusione per cui l'inutilizzabilità, nella formulazione dell'art. 191 c.p.p., è configurata come vizio sia dell'*an*, sia del *quomodo* della prova. Come si è avuto modo di sottolineare, nell'originaria intenzione del legislatore, il vizio dell'inutilizzabilità avrebbe dovuto essere riferito alle sole prove ammesse in violazione della legge, mentre la nullità avrebbe dovuto essere riservata alle violazioni di schemi legali previsti per la realizzazione degli atti processuali ¹⁰⁶. La distinzione nella versione definitiva è però scomparsa, sia a causa dell'ampliamento che ha conosciuto la nuova patologia, essendosi esteso il raggio di tutela anche alle prove acquisite, sia a causa di una ridefinizione dell'ambito applicativo della nullità processuale. Quest'ultima infatti non è più il vizio proprio delle forme processuali, si parla di "inosservanza delle disposizioni sugli atti". Appare chiaro il motivo della

¹⁰³ *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, cit., 181: in sede di relazione al testo definitivo del codice veniva precisato come la modifica normativa fosse diretta ad evidenziare il fatto le disposizioni in tema di prova fossero rivolte "a regolare anche l'attività della fase investigativa e non solo quella di decisione".

¹⁰⁴ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 57.

¹⁰⁵ Si veda M. NOBILI, Art. 191, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, a cura di M. CHIAVARIO, cit., 412.

¹⁰⁶ *Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, cit., 61.

modifica legislativa: in tal modo si è potuto riferire la sanzione di cui all'art. 191 c.p.p. anche alla violazione delle forme di acquisizione della prova ¹⁰⁷.

A livello giurisprudenziale è stata colta tale realtà, dove, dopo aver rilevato che la sanzione del divieto d'uso è diretta superare "l'antica tesi che si basava su una sorta di autonomia del diritto processuale penale in relazione ai vizi della prova", si riafferma che i divieti probatori "possono trovare la loro fonte in tutto il *corpus* normativo a livello di legge ordinaria o superiore". E quindi "di fronte ad una previsione normativa perentoria e radicale è evidente che la palese violazione dello schema legale rende l'atto investigativo che si pone al di fuori di tale schema infruttuoso sul piano probatorio" ¹⁰⁸. Si può quindi dire che in giurisprudenza sia riconosciuto il fatto che l'inutilizzabilità della prova consegue "tanto sotto il profilo genetico della difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo (quanto) sotto l'aspetto funzionale riguardante lo stesso procedimento assuntivo" ¹⁰⁹.

Sempre nella stessa direzione si è espressa la Cassazione, nella sua massima composizione nomofilattica, nella sentenza 27.03.1996. E' qui che viene rilevato come presupposto dell'inutilizzabilità sia la presenza di una prova vietata per la sua "intrinseca illegittimità oggettiva ovvero per effetto di un procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale...", sottolineandosi che "i divieti probatori non sono solo quelli previsti dall'ordinamento ... ma possono anche essere desumibili ... 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 ed acquisitivo dell'atto" ¹¹⁰.

Non potendosi tacere la presenza di decisioni contrastanti ¹¹¹, tendenti a riaffermare la distinzione funzionale tra i due vizi della prova, si può evidenziare un momento

¹⁰⁷ Sul tema si veda F. M. GRIFANTINI, Inutilizzabilità, in *Digesto pen.*, cit., 248.

¹⁰⁸ Così Cass. Sez. Un., 3.12.2003.

¹⁰⁹ In questi termini, Cass. Sez. V, 13.03.1992, Casini, in *Cass., pen.* 1994, 116.

¹¹⁰ Cass. Sez. Un., 27.03.1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III.

¹¹¹ In giurisprudenza, si segnalano, tra le tante, Cass., Sez. VI, 13.02.1998: "Ritiene la Corte, conformemente alla consolidata giurisprudenza di legittimità, per discostarsi dalla quale non sussistono valide ragioni, che l'art. 191 c.p.p., nel prevedere l'inutilizzabilità della prova

di consapevolezza giurisprudenziale per cui non si può che garantire la legalità della prova tramite la comminazione della sanzione di inutilizzabilità durante tutto l'arco del procedimento probatorio.

A riprova di quanto stiamo sostenendo, si consideri l'attuale formulazione del testo costituzionale. L'art. 111, elevando a rango costituzionale il principio del contraddittorio sulla prova, stabilisce un regime a garanzia della tutela di legalità evidentemente accentuato. Preso atto di ciò, è evidente che restringere l'ambito operativo dell'art. 191 c.p.p. significa non solo porsi in contrasto con il testo di legge, come messo in luce dalla giurisprudenza di legittimità, ma anche con la stessa carta costituzionale; è quindi necessario adottare una prospettiva che si adegui alla norma costituzionale e non c'è altro modo per farlo se non riferire la sanzione dell'inutilizzabilità a tutto l'intero procedimento probatorio^{112 113}.

5. *La prova illecita*

La dottrina da sempre si interroga sulla questione relativa all'inutilizzabilità della prova illecita, cioè della prova assunta in violazione di una norma penale.

illegittimamente acquisita, si riferisca solamente al caso di prove assunte in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, cioè di prova in sé e per sé illegittime perché vietate, e non dell'assunzione di prove previste dalla legge, senza l'osservanza delle regole formali previste dettate per le modalità di acquisizione ... diversamente opinando, infatti, nella materia delle prove, il concetto di nullità andrebbe a dissolversi in quello di inutilizzabilità, il che non solo sarebbe contrario a quanto si legge nei lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale con riferimento al contenuto della materia probatoria che poi sarebbe confluita nell'art. 191 c.p.p. (dove sono ben distinti i concetti di nullità e inutilizzabilità), ma finirebbe per rendere prive di fondamento razionale le stesse ipotesi di nullità previste dal codice nella materia in questione (si pensi, ad esempio, alla nullità prevista dall'art. 497, co.3, c.p.p. per l'ipotesi in cui sia omesso l'avvertimento del teste circa l'obbligo di dire la verità).

¹¹² Così F. R. DINACCI, *L'Inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 59.

¹¹³ Per una diversa ricostruzione si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 68: "A nostro avviso è necessario restare aderenti alla distinzione <<classica>>, che riconduce entro l'orbita della inutilizzabilità esclusivamente la violazione dei divieti probatori inerenti all'*an*, riservando alla nullità la violazione del *quomodo* ... In linea di principio non è possibile escludere che esistano divieti probatori concernenti le modalità di formazione della prova. Tuttavia, si tratta di ipotesi eccezionali, in relazione alle quali l'interprete ha l'onere di motivare la necessità di applicare la sanzione della inutilizzabilità, disattendendo la distinzione-base *an/quomodo*".

L'interrogativo a cui bisogna dar risposta è se la nozione di “divieti stabiliti dalla legge” (art. 191, comma 1, c.p.p.) ricomprenda anche la violazione di fattispecie incriminatrici. La dottrina maggioritaria perdura nell'affermare come la violazione di una norma sostanziale non determini il divieto d'uso del dato conoscitivo, sostenendo la valutazione sostanziale e processuale dell'atto acquisitivo operino su due piani distinti che tra di loro non interferiscono ¹¹⁴. La violazione di una norma incriminatrice non comporta inutilizzabilità della prova, salvo il codice di rito non preveda, in relazione a tale violazione, l'inutilizzabilità del dato. Il tenore letterale dell'art. 191 c.p.p., nella parte in cui si riferiva alla prova acquisita in violazione dei divieti di legge, veniva invocato a sostegno di tale tesi: la locuzione “acquisizione” indicherebbe l'ingresso di un dato probatorio e, in quanto tale, il divieto di acquisizione troverebbe fonte solo nella legge processuale. In realtà, tale conclusione non è risolutiva ¹¹⁵. Seguendo questa prospettiva, peraltro, si riconosce attualità alla tesi, sopra vista, che vedeva il limite di utilizzo della prova nel solo limite di ammissione della stessa.

L'aver riferito la violazione al momento acquisitivo ha ben altro significato ¹¹⁶, come precedentemente messo in luce, e, se è del tutto naturale il codice di rito preveda un divieto di acquisizione, non vi è nessuna norma che autorizzi ad affermare le cause del divieto non si possano rinvenire altrove. Anzi, la stessa genericità della formulazione dell'art. 191 c.p.p. depone nel senso opposto: il generale richiamo alla “legge”, fa sì il divieto possa essere ricercato anche all'interno di altri rami dell'ordinamento giuridico ¹¹⁷.

D'altronde, se la prova illegittima comporta un divieto d'uso, tanto più dovrà aversi la stessa conclusione in caso di prova illecita: se così non fosse si giungerebbe all'assurda conclusione di tutelare il vizio della prova meno grave e lasciare senza garanzia la legalità del dato conoscitivo in situazioni ben più importanti. D'altra

¹¹⁴ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 67.

¹¹⁵ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 63.

¹¹⁶ Cfr. *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, cit., 61.

¹¹⁷ Così ancora, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 63.

parte, ove si consideri la funzione di vietare della norma incriminatrice, non avrebbe senso precludere l'individuazione di divieti nelle norme sostanziali ¹¹⁸.

La Corte di Cassazione ha avallato tale ipotesi ricostruttiva, rilevando come la violazione di norme sostanziali possa provocare la nullità di un atto e l'inutilizzabilità di una prova ¹¹⁹. In particolare, dopo essersi rilevato che "l'art. 191 c.p.p. àncora in via generale la sanzione dell'inutilizzabilità ai divieti stabiliti dalla legge", si precisa come sia "superata l'antica tesi che si basava su di una sorta di autonomia del diritto processuale 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" ¹²⁰. In quest'ottica si pone l'affermazione secondo cui, in caso di deposizione testimoniale in violazione di un segreto d'ufficio, il dato conoscitivo è inutilizzabile, essendo ricompresa, nell'espressione "divieti stabiliti dalla legge" anche la norma penale sostanziale ¹²¹. Quanto affermato, vale a maggior ragione in riferimento alle prove precostituite illecitamente pervenute, quali un documento rubato o un'indebita ripresa visiva effettuata in violazione di domicilio ai sensi dell'art 615 *bis* c.p.

Prima di esporre le novità legislative sul tema, è necessario mettere in evidenza un dato: appare certo che l'ordinamento, in virtù di una scelta etica effettuata relativamente al principio di legalità della prova, non tollera interpretazioni volte al salvataggio di una prova vietata.

In tale direzione interpretativa si pone il decreto legge 22.09.2006 n. 259, con cui si è introdotto un procedimento il cui fine è la "distruzione dei documenti, dei

¹¹⁸ Così esattamente M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 149; analogamente cfr. G. ARICO', *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, cit., 28; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 172.

¹¹⁹ Così, Cass. Sez. IV, 16.03.2000, Viscovic, in *Cass. pen.*, 2001, 2434.

¹²⁰ Così Cass. Sez. Un., 24.09.2003, Torcasio, cit.

¹²¹ Così Cass. Sez. Un., 30.10.2002, Carnevale, cit.; sul tema si veda anche C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*. La dottrina maggioritaria, secondo cui la violazione di una norma sostanziale non comporta inutilizzabilità della prova, riportava comunemente l'esempio del professionista qualificato che non si fosse avvalso del privilegio previsto all'art. 200 c.p.p. e avesse rivelato, senza giusta causa, un fatto coperto da segreto professionale con documento dell'assistito. In tal caso, il professionista avrebbe violato l'art. 622 c.p., ma le sue dichiarazioni sarebbero state utilizzabili nel procedimento penale. Analogamente, una ripresa visiva effettuata indebitamente da un privato nell'altrui domicilio, in violazione dell'art. 615 *bis* c.p., o un documento rubato, sarebbero potuti entrare nel processo penale secondo l'art. 234 c.p.p.

supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati od acquisiti”, ovvero “formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”. Scopo del legislatore è quindi l’eliminazione materiale dei dati conoscitivi “illegalmente formati od acquisiti”, ovvero “formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”.

L’approvazione del decreto fa seguito ad uno scandalo giudiziario dovuto ad un’inchiesta relativa ad ipotesi di spionaggio telefonico e “dossieraggio” abusivi effettuati nell’ambito di una nota società di telecomunicazioni. Erano venuti a galla numerosi casi di violazioni di sistemi di sicurezza dovute al comportamento di dipendenti e alla intromissione di estranei. D’altronde, lo stesso ricorso alla forma della decretazione evidenziava la natura urgente della normativa: occorreva ribadire immediatamente un’esigenza di legalità. Già la circostanza di per sé rileva come l’intenzione del legislatore fosse, più che colpire i soggetti autori della condotta, evitare che il risultato di attività illecite potesse trovare spazi all’interno del processo; dal momento in cui il procedimento penale era già pendente nei confronti dei captatori abusivi, scopo del decreto altro non poteva essere che vietare l’uso dei dati probatori così acquisiti ¹²². La situazione rivelava la sua pericolosità nella possibile acquisizione e valutazione di tali materiali in quanto documenti.

La circostanza, in tutta la sua novità, rendeva necessario estendere il divieto d’uso a condotte realizzate in sede extra – processuale, e poste in essere da soggetti estranei all’apparato giudiziario ¹²³. Pertanto, si può affermare fine ultimo del legislatore fosse fermare la fuga di informazioni, nonché impedire che i materiali potessero essere utilizzati in procedimenti penali.

Il decreto legge inseriva due ulteriori commi nell’art. 240 c.p.p., che fino ad allora disciplinava i documenti anonimi; contemporaneamente la rubrica veniva così riformulata “documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali”. Al nuovo comma 2 si prevedeva la “immediata distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi al

¹²² F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 66.

¹²³ Così ancora esattamente, F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 66.

traffico telefonico e telematico illegalmente formati od acquisiti”. Lo stesso obbligo si prevedeva per i “documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”. La norma stabiliva poi il divieto di eseguire copia, in qualunque forma, dei materiali, precisandosi in ogni caso che gli stessi non potevano essere utilizzati a fini processuali o investigativi e, tanto meno, come notizia di reato. Il nuovo comma 3 dell’art. 240 c.p.p. a sua volta prevedeva che delle operazioni di distruzione fosse redatto apposito verbale, nel quale si dava atto “dell’avvenuta intercettazione o detenzione e dell’acquisizione, delle sue modalità e dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto delle stesse.” Infine, un nuovo comma 1-*bis*, inserito nell’art. 512 c.p.p., contemplava la lettura dei verbali relativi all’acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti indicati nell’art. 240, comma 2.

Pertanto, il decreto aveva introdotta una forma di “inutilizzabilità rafforzata”¹²⁴: la disciplina non si limitava a tutelare il divieto d’uso processuale attraverso il solo ricorso alla generale categoria di inutilizzabilità, ma si spingeva a prevedere la distruzione materiale automatica e immediata di tutti quei documenti ed atti in grado di trasmettere il contenuto conoscitivo vietato. Si trattava di una sanzione ben più intensa di quanto non fosse l’inutilizzabilità comune, disciplinata dall’art. 191 c.p.p. comma 2¹²⁵.

Dal regime giuridico si possono agevolmente individuare i beni giuridici a tutela del quale è prevista la disciplina: da un lato, la riservatezza come “diritto negativo” alla non ingerenza, nella propria sfera privata, di terzi; dall’altro lato, la riservatezza intesa come libertà di autodeterminazione informativa, cioè il diritto a che le notizie riguardanti la propria vita privata, sebbene acquisite in modo legittimo, non siano diffuse contrariamente alla volontà del titolare¹²⁶. A presidio della riservatezza come diritto alla non ingerenza era posta l’inutilizzabilità processuale delle informazioni, anche come notizia di reato o spunto di indagine; la riservatezza

¹²⁴ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 95.

¹²⁵ Si noti come già l’art. 271 comma 3, c.p.p. prevedesse la distruzione delle intercettazioni illegittime.

¹²⁶ Così ancora, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 96.

“positiva” era tutelata mediante la distruzione dei dati ¹²⁷. A riprova della tutela prevista per i suddetti beni giuridici, l’art. 3 del decreto prevedeva una fattispecie incriminatrice diretta a punire, con la pena della reclusione da sei mesi a sei anni, chiunque illecitamente detenesse i materiali indicati dall’art. 240, comma 2 c.p.p. Scopo della disposizione era anticipare la tutela rispetto ad un’eventuale diffusione del materiale. Da ultimo, l’art. 4 del decreto introduceva un’azione riparatoria a vantaggio delle vittime della divulgazione di detti materiali; si specificava inoltre che l’esercizio dell’azione non avrebbe recato pregiudizio ad eventuali provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali.

Tuttavia, pur essendo condiviso negli scopi di tutela, il decreto era stato oggetto di molteplici critiche. Ciò che veniva contestato era, innanzitutto, l’indeterminatezza dell’oggetto della nuova disciplina: il divieto d’uso era infatti collegato all’attributo dell’“illegalità”, mai prima di allora presente nel codice di rito ¹²⁸.

Secondariamente, il decreto legge attingeva ai dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi al traffico telefonico e telematico, illegalmente formati od acquisiti. E l’acquisizione delle conversazioni, nella rubrica dell’art. 240 c.p.p. e nel comma 3, veniva riferita anche alla “intercettazione”. Da qui derivava il dubbio che la disciplina fosse diretta a ricomprendere anche le intercettazioni compiute illegalmente dall’autorità giudiziaria, con evidenti problemi di coordinamento con l’art. 271 c.p.p.; quest’ultimo infatti già prevedeva la sanzione dell’inutilizzabilità (comma 1) e della distruzione (comma 3) delle intercettazioni compiute dall’autorità giudiziaria fuori dei casi consentiti dalla legge o in violazione di disposizioni espressamente richiamate.

¹²⁷ Così anche L. E. BLASI e G. L. MALAVASI, *Intercettazioni illegali, le norme, i limiti di applicazione, aspetti sostanziali e processuali*, in www.dirittoegiustizia.it, 7 novembre 2006, 5.

¹²⁸ G. GIOSTRA, *Obiettivo giusto ma soluzioni prive di logica*, in *Il Sole 24 Ore*, 21.11.2006, lo ha definito <<impresentabile traduzione normativa>> di scelte pur condivisibili. F. ABRUZZO, *L’ascolto illecito fuori dalla Costituzione*, in *Guida dir.*, 2006, 39, 35.

Inoltre, si faceva notare come la nuova disciplina fosse incompleta, facendosi riferimento alle sole captazioni di comunicazioni telefoniche o telematiche, senza alcun cenno alle intercettazioni ambientali¹²⁹ e le video – riprese¹³⁰.

La distruzione dei materiali veniva poi dal decreto affidata all'”autorità giudiziaria”, espressione idonea a ricomprendere anche la figura del pubblico ministero. Considerato il fatto la distruzione dovesse aver luogo immediatamente, e senza alcun possibile contraddittorio con la difesa, parte della dottrina evidenziava come un simile potere in capo alla pubblica accusa non fosse concepibile¹³¹.

Ma il difetto più grave era costituito dall'assenza di alcuna eccezione al divieto d'uso e all'ordine di distruzione con riguardo al corpo del reato¹³². Si trattava di un *unicum* nel sistema, facendosi sempre salvo il corpo del reato (si vedano gli artt. 253 e 271, comma 3 c.p.p.)¹³³. D'altronde, bastino poche considerazioni per comprendere le conseguenze di una tale regolamentazione: in relazione ai delitti di intercettazione abusiva, interferenze illecite nella vita privata, il corpo del reato è necessario al fine di valutare l'offensività della condotta e quindi commisurare la pena¹³⁴; dalle registrazioni sarebbero poi potute emergere prove a sostegno dell'innocenza dell'indagato¹³⁵; sarebbe poi potuto emergere come l'indagato fosse un mero interlocutore e quindi si trattasse di una registrazione, in quanto tale utilizzabile come documento e non di una intercettazione illecita¹³⁶; ancora, tramite una perizia l'imputato dell'interferenza illecita avrebbe potuto dimostrare il luogo

¹²⁹ R. BRICCHETTI e L. PASTORELLI, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2006, 26.

¹³⁰ Si veda il documento redatto dalle Camere penali, reperibile www.camerepenali.it, Prime osservazioni sul d.l. 22.09.2006, n. 259, recante “*Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche*”, alla luce delle modifiche apportate in senato nella seduta del giorno 18.10.2006.

¹³¹ In tal senso, G. FRIGO, *Rispetto delle garanzie per gli atti irripetibili*, in *Guida dir.*, 2006, 39, 43; S. LAPENNA, *Intercettazioni illegali, dubbi sul Dl e prospettive della legge di conversione*, in www.dirittoegiustizia.it, 4.11.2006, 2, evidenziava un contrasto con gli artt. 24 e 111 commi 2 e 4 Cost.

¹³² M. CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni legali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, in *Guida dir.*, 2006, 39, 13.

¹³³ L. E. BLASI e G. L. MALAVASI, *Intercettazioni illegali*, cit., 11.

¹³⁴ L. E. BLASI e G. L. MALAVASI, *Intercettazioni illegali*, cit., 7.

¹³⁵ S. LAPENNA, *Intercettazione illegali, dubbi*, cit., 2.

¹³⁶ S. BELTRANI, *Intercettazioni illegali, cosa cambia davvero articolo per articolo*, in www.dirittoegiustizia.it, 30.09.2006, 3.

della registrazione fosse pubblico ¹³⁷. Sulla base di tali rilievi, in dottrina si è sostenuta la violazione degli artt. 24 e 13 della Costituzione, non potendo il soggetto sottoposto a processo difendersi.

La distruzione del corpo del reato, peraltro, affidava ogni memoria al verbale nel quale si dava atto dell'avvenuta intercettazione o detenzione e acquisizione, nonché dei soggetti e delle modalità, senza alcun riferimento al contenuto delle medesime. Il verbale era destinato a confluire nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 512 c.p.p., come atto irripetibile. Così facendo, si introduceva un meccanismo di prova legale, tanto che la Relazione governativa al decreto – legge precisava che lo scopo della verbalizzazione era “conservare la prova della consumazione delle diverse fattispecie penali conseguenti” ¹³⁸. La situazione era anomala per un duplice motivo: se da un lato al verbale non poteva essere riconosciuta funzione rappresentativa della condotta penalmente sanzionata ¹³⁹, dall'altro, si profilava un'oggettiva difficoltà nell'individuare il materiale illegale senza possibilità di riferirne, almeno parzialmente, il contenuto ¹⁴⁰.

La legge di conversione 20.09.2006, n. 281, non ha accolto le critiche mosse al decreto-legge. Non si è inserito il riferimento alle intercettazioni ambientali e alle video – riprese, colmando la dichiarata incompletezza, né si è eliminata la distruzione del corpo del reato. Viene però eliminata la previsione secondo la quale il contenuto dei materiali illegali non poteva costituire in alcun modo notizia di reato, né poteva essere utilizzato a fini processuali o investigativi. Ad oggi, l'art. 240, comma 2 c.p.p. si limita a prevedere che di tali atti è vietato effettuare copia, in qualunque momento, in qualunque modo e forma ed “il loro contenuto non può essere utilizzato” ¹⁴¹. La legge si è limitata a porre rimedio ad alcuni inconvenienti

¹³⁷ R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *La distruzione immediata*, cit., 26.

¹³⁸ Relazione governativa al decreto-legge, in Guida dir., 2006, 39, 21. L. E. BLASI e G. L. MALAVASI, *Intercettazioni illegali, le norme, i limiti di applicazione, aspetti sostanziali e processuali*, cit., 12, ritengono violato il diritto a confrontarsi con le prove d'accusa con conseguenti dubbi sulla possibilità di emettere un verdetto di colpevolezza nei confronti dell'imputato.

¹³⁹ L. FILIPPI, *Intercettazioni: decreto necessario, ma da correggere*, in *Unione Sarda*, 25.09.2006, 1.

¹⁴⁰ R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *La distruzione immediata*, cit., 25.

¹⁴¹ Ad avviso di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 102: la inutilizzabilità del contenuto è comunque idonea a precludere l'accesso di prove, quali la testimonianza indiretta, dirette a introdurre nel processo le informazioni.

sul piano procedurale, senza però incidere sulla sostanza della disciplina ¹⁴². In particolare, la distruzione del materiale continua a essere prevista, anche se affidata ad un giudice e preceduta da un'udienza camerale partecipata ¹⁴³. Viene quindi ribadita l'intenzione di mantenere un regime di inutilizzabilità "rafforzata": affianco al divieto d'uso espressione di un divieto di legge, continua a essere prevista la distruzione materiale dei supporti conoscitivi.

Definita la recente disciplina, occorre ora occuparsi dei presupposti operativi, analizzando gli effetti sistematici che la stessa disciplina produce all'interno del codice di rito. Tale compito è reso arduo dalla presenza di neologismi. Ci si riferisce non solo al termine "illegale", ma anche ai "documenti, supporti ed atti" riguardanti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni relativi al traffico telefonico o telematico. Per delineare un ambito applicativo certo è necessario guardare al campo d'azione della disciplina. Fine ultimo della riforma è estendere l'inutilizzabilità alle prove formate e detenute illegittimamente da un privato cittadino, rendendo applicabile un vizio dell'atto probatorio processuale ad atti che solo accidentalmente accedono al processo. La funzione probatoria di tali atti è riferita al solo accertamento della loro esistenza, mai al loro contenuto. In quest'ottica si giustifica il linguaggio utilizzato dal legislatore: lo stesso è conseguenza della volontà di prevedere, utilizzando una formula onnicomprensiva, ipotesi concrete che, verificandosi in sede extra – processuale, possono non risultare ricomprese nel novero delle relative categorie; in sostanza, l'obiettivo è far salve le situazioni espressione dell'indeterminatezza delle ipotesi documentali. A riprova di quanto sostenuto, si consideri la locuzione "atti", contenuta all'art. 240 c.p.p.; essa viene richiamata nell'art. 512, comma 1 bis, c.p.p. per indicare, in via sintetica, tutto il "materiale illegale analiticamente elencato nell'art. 240, comma 2 c.p.p." ¹⁴⁴. Ciò detto, si tracciano con tranquillità i confini con le intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria che siano illegittime ex art. 271 c.p.p.

¹⁴² Si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 101 per una ricostruzione complessiva.

¹⁴³ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 70.

¹⁴⁴ Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 106.

Esaurita questa delimitazione di campo, resta da individuare il significato del termine “illegale”. Sul punto, si parta dal significato etimologico della parola, illegale sta per contrario di legge. Anche guardandosi al diritto sostanziale, il termine illegale viene utilizzato come sinonimo di violazione di una norma di legge¹⁴⁵. Anche volgendo lo sguardo all’area civilistica, si può ripetere lo stesso rilievo¹⁴⁶. Si può quindi concludere con “illegalità” si faccia riferimento ad un atto o una condotta posta in essere in violazione di un “divieto di legge”. Il rilievo trova d’altronde conferma nel comma 6 dell’art. 240 c.p.p., stabilendosi che il giudice, nel verbale di distruzione, dia atto dell’illecita acquisizione o detenzione dei dati. Pertanto, si giunge ad un’assonanza legislativa tra prova illegale e prova illecita¹⁴⁷.

La conclusione porta così a considerare esistenti, anche in questa materia, ipotesi di inutilizzabilità in caso di intercettazioni di comunicazioni o raccolta di dati personali posti in essere in violazione di un divieto di legge¹⁴⁸. Tale divieto di legge risulta sussistente ogni qual volta vi siano delle condotte, seppur non costituenti reato, che risultano vietate o non consentite¹⁴⁹. Si deve sin da subito rilevare come la legge sulla privacy non esaurisca il novero delle possibili cause di inutilizzabilità degli atti, supporti o documenti di cui all’art. 240 c.p.p. Si pensi alle condotte dirette alla illecita formazione, acquisizione o raccolta di informazioni private o segrete (art. 615 bis c.p.) o poste a tutela dell’inviolabilità dei segreti (art. 617 c.p.p.). Altrettanto non irrilevanti risultano le modalità d’acquisizione del dato probatorio: le condotte abusive attraverso cui si è giunti alla raccolta o conversazione di atti o documenti di cui all’art. 240 c.p.p. rileveranno ai fini del discorso in esame¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Si pensi all’ “arresto illegale” eseguito dal pubblico ufficiale “abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni (art. 606 c.p.p.); o all’art 53 c.p., il quale considera legittimo l’uso delle armi effettuato da persona “legalmente” richiesta da pubblico ufficiale.

¹⁴⁶ Si veda l’art. 834, che in tema di espropriazione per pubblica utilità, fa riferimento a una causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata; o all’art. 2702, in tema di scrittura privata, nel punto in cui si fa riferimento alla sottoscrizione legalmente considerata come riconosciuta.

¹⁴⁷ In tal senso si pone la Relazione al decreto-legge, quando precisa che sono introdotte misure dirette a rafforzare il contrasto “all’*illegale* detenzione di contenuti e dati relativi ad intercettazioni *illicitamente* effettuate”. Ancora, si dice che il decreto assimila al trattamento già previsto per i documenti anonimi “gli esiti delle intercettazioni *illicitamente* effettuate e dei dati relativi al traffico telefonico *illicitamente* acquisiti”.

¹⁴⁸ F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 73.

¹⁴⁹ Così ancora, F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 73.

¹⁵⁰ Si pensi al soggetto che per garantirsi il documento effettui una violazione di domicilio.

Quest'ultimo rilievo ci permette di notare come, essendo queste ultime indeterminate, non sia possibile far discendere unicamente dalla violazione del codice della privacy l'inutilizzabilità.

D'altronde, l'art. 11 del decreto legislativo 30.06.2003 n. 196 prevede che i dati "devono essere trattati in modo lecito e secondo correttezza" e che gli scopi del trattamento devono essere determinati, espliciti e legittimi. Al 2 comma si dice che "i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati". Analogamente, l'art. 154 lett. d) del decreto stabilisce che compito del garante è eliminare il trattamento "illecito o non corretto". Se il legislatore avesse inteso racchiudere il campo d'azione dell'art. 240 c.p.p. a tale ipotesi, non avrebbe avuto bisogno di intervenire nuovamente. Tuttavia, occorre notare come la funzione sanzionatoria del citato art. 11 d. lgs. sia posta in discussione dal comma 6 dell'art. 160, dello stesso decreto, laddove si prevede che "la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento dei dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale"^{151 152}.

Appare fuori discussione il fatto che il legislatore, mediante la modifica dell'art. 240 c.p.p., abbia inteso riaffermare il valore di garanzia dell'inutilizzabilità, estendendo la sanzione agli atti formati fuori dal procedimento. Tra l'altro, ratificando questa considerazione, si dà ulteriore credito all'impostazione secondo la quale il divieto di legge è ricavabile anche da regole giuridiche presenti in rami dell'ordinamento diversi e distinti da quello processual – penalistico¹⁵³. È sempre alla luce di questa considerazione che il termine "illegale" trova la propria ragion d'essere: si è inteso utilizzare una qualifica onnicomprensiva in grado di coinvolgere tutti i vari vizi probatori. Non bisogna dimenticare la legalità della

¹⁵¹ Occorre osservare come l'art. 11 d. lgs. ponga dei divieti, e quindi, a prescindere dal comma 2 dell'art. 11, opererebbe l'art. 191 c.p.p. In ogni caso, anche volendo ritenere l'art. 160 derogatorio rispetto all'art. 11, lo stesso richiamo alle disposizioni processuali in sede penale, rende operativo l'art. 191 c.p.p., a fronte dei divieti richiamati dall'art. 11 d. lgs.

¹⁵² Per una diversa ricostruzione, si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, 117.

¹⁵³ Così esattamente, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 75.

prova sia tutelata a livello costituzionale, così rendendosi necessarie scelte omogenee, non limitate al solo processo penale, ma con riguardo ad ogni fase o vicenda che lo possa riguardare ¹⁵⁴.

Come ultima considerazione, l'ambito operativo dell'art. 240 c.p.p., riguardando la disciplina delle conversazioni e comunicazioni, interferisce con profili da sempre tutelati dalla prova incostituzionale. In tal modo, la riforma in questione recepisce le esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali ¹⁵⁵. L'inutilizzabilità in definitiva si pone come trasposizione processuale di un drastico canone di disvalore.

6. La prova incostituzionale

Con l'espressione "prova incostituzionale" giurisprudenza e dottrina indicano gli elementi conoscitivi che vengono raccolti tramite modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive dei diritti dell'individuo tutelati dalla Carta Costituzionale ¹⁵⁶. Il tema si pone come espressione di una crisi della legalità della prova ¹⁵⁷. Il problema si poneva in maggior misura con riferimento ai mezzi di ricerca della prova, dove più i diritti individuali risultano sacrificati in ragione della funzione accertativa del dato conoscitivo ¹⁵⁸. La categoria sorge infatti sotto la vigenza del codice del 1930, nella prima metà degli anni settanta, quando l'inutilizzabilità non risultava ancora codificata, ma solo oggetto di studio da parte di una dottrina che iniziava ad approfondire il delicato rapporto tra funzione accertativa e garanzie individuali. L'inadeguatezza della tutela fornita dalla sanzione della nullità a fronte

¹⁵⁴ In tal senso, A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 3.

¹⁵⁵ G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 165.

¹⁵⁶ L'espressione è di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 341.

¹⁵⁷ Così N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1993.

¹⁵⁸ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 76.

di violazioni delle norme disciplinanti i mezzi di ricerca della prova, induceva a ritenere negli stessi profili sanzionatori non disciplinati.

La Corte Costituzionale, dopo aver evidenziato come al giudice sia consentito apprezzare il valore del materiale probatorio solo qualora non si tratti “di prove vietate dalla legge”¹⁵⁹, precisò che “le attività compiute in dispregio di diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito”¹⁶⁰.

La Cassazione poi, nella sua massima composizione, dopo aver riconosciuto che l’art. 191 c.p.p. si applica anche alle ipotesi di prove incostituzionali, cioè assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell’uomo, ha sottolineato come queste risultino colpite dalla sanzione dell’inutilizzabilità “a prescindere dal fatto che la legge contempri divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario infatti che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta Costituzionale, che disciplinano le attività processuali”¹⁶¹. In sostanza, il campo operativo dell’art. 191 c.p.p. viene esteso a tutte le evenienze che, sebbene non disciplinate, realizzano la violazione di un diritto costituzionalmente tutelato. Quest’ultimo costituisce il divieto di legge che permette all’ordinamento di reagire sanzionando la violazione con l’inutilizzabilità.

Tale impostazione risulta chiaramente influenzata dall’influsso statunitense. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha iniziato a stabilire l’inutilizzabilità processuale degli elementi raccolti in violazione dei diritti fondamentali ricavabili dalla Costituzione federale già all’inizio del novecento¹⁶². Si può quindi affermare che nel sistema nordamericano il tema della inutilizzabilità sia nato e si sia sviluppato assieme alla problematica della prova incostituzionale, in virtù della struttura delle fonti del diritto che in quel sistema vige.

¹⁵⁹ C. Cost. sent. n. 175 del 1970.

¹⁶⁰ C. Cost. sent. n. 34 del 1973.

¹⁶¹ Così Cass. Sez. Un., 23.02.2000, D’Amuri in *Cass. pen.*, 2000, 2595, 1419.

¹⁶² C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 153.

Viceversa, nel nostro ordinamento, tale ricostruzione sembra non rispettare la gerarchia delle fonti. La Costituzione è una tavola di valori che necessita di una concreta attuazione da parte della fonte di rango primario; in quanto tale non è idonea a costituire fonte diretta di divieti di legge. Peraltro, sotto un profilo strettamente letterario, risulta difficile estendere il termine “legge” previsto all’art. 191 c.p.p. fino a ricomprendere una fonte sovraordinata rispetto al codice di procedura, quale è la Carta Costituzionale^{163 164}.

Con riguardo al primo rilievo, c’è da dire che alla Costituzione è ormai riconosciuta una natura *self executing*; tale riconoscimento si pone come conclusione di un iter evolutivo che vede nel costituzionalismo un nuovo paradigma dei diritti, volto a sottoporre la legge ai vincoli della Costituzione¹⁶⁵. Pertanto, la violazione della Carta Costituzionale costituisce violazione di un divieto di legge e in quanto tale determina l’inutilizzabilità del dato conoscitivo, a prescindere dall’esistenza di una fonte legislativa che preveda la sanzione.

La conclusione a cui siamo giunti trova conferma in più sentenze della Corte Costituzionale¹⁶⁶, laddove viene recepito il principio secondo cui l’inutilizzabilità consegue anche all’assunzione di prove incostituzionali. Sempre a riprova milita anche la pronuncia con cui si è dichiarata l’illegittimità dell’art. 224 c.p.p., nella “parte in cui consente che il giudice, nell’ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell’indagato o dell’imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificatamente previste nei <<casi>> e <<modi>> dalla legge”¹⁶⁷. Anche se a prima vista la decisione potrebbe sembrare dar adito alla necessità di una norma legislativa che imponga un divieto di legge, in realtà, così statuendo, la Corte ha di fatto impedito l’utilizzo del dato probatorio; in tal

¹⁶³ Si veda sempre C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 153.

¹⁶⁴ Sempre C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 154: “l’impressione, alla quale non si riesce a sottrarsi, è che lo studioso *prima* decida se è opportuno sul piano sostanziale tutelare i diritti fondamentali contro apprensioni probatorie lesive degli stessi e *poi* cerchi di trovare una spiegazione di tipo tecnico – giuridico alla soluzione cui è pervenuto”.

¹⁶⁵ Tale ricostruzione tra legge ordinaria e Costituzione si veda L. FERRJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari, 2002, 158; A. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di Cassazione*, Cedam, Padova, 2004, 258.

¹⁶⁶ C. Cost. sent. n. 175 del 1970; n. 34 del 1973; n. 81 del 1993; n. 229 del 1998.

¹⁶⁷ C. Cost. sent. 238 del 1996.

modo affermando l'esistenza di divieti di legge da prova incostituzionali. D'altronde, la decisione si era resa necessaria proprio perché l'art. 224 c.p.p. non disciplinava i "casi e modi" in cui sarebbe stato possibile limitare la libertà personale¹⁶⁸. Del resto, l'art. 191 c.p.p., laddove fa riferimento al termine "legge", non autorizza ad una lettura restrittiva dello stesso. Esso non potrà che ricomprendere anche il dato probatorio assunto in violazione della Carta Costituzionale, altrimenti pervenendo ad un assurdo logico: si riterrebbe rilevante, ai fini della legittimità della prova, un divieto previsto da una norma ordinaria, e irrilevante un divieto che trova fonte in un comando costituzionale posto a presidio di un diritto inviolabile¹⁶⁹.

Peraltro, accanto agli strumenti probatori regolati dal codice di rito, lo stesso prevede come valvola di sfogo la prova atipica, consentendo un continuo adattamento automatico del processo all'evoluzione scientifica e tecnologica. Ed è l'inutilizzabilità da prova incostituzionale che risulta in grado di coprire tali vuoti di disciplina, sanzionando procedimenti acquisitivi lesivi di diritti fondamentali. La circostanza ha fatto pensare ad un possibile profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 189 c.p.p., laddove consentirebbe l'ingresso di prove atipiche lesive di diritti previsti dalla Carta Costituzionale.

In realtà, l'ipotesi viene facilmente scartata considerando che la Carta, per limitare un diritto inviolabile, prevede siano espressamente indicati i <<casi e modi>> attraverso cui la limitazione può avvenire. È in questa prospettiva che la previsione normativa di prove atipiche, non contemplando i casi e modi delle stesse, preclude l'acquisizione del dato probatorio assunto in violazione di diritti fondamentali¹⁷⁰. Si può pertanto affermare che l'art. 189 c.p.p. preveda una regola generale di esclusione di tutti quegli atti non espressamente disciplinati e che ledono diritti

¹⁶⁸ Si veda F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 79 nella parte in cui ripercorre le ragioni dell'intervento della Corte. "La Corte, invero, aveva emesso una diffida sulla necessità che la tematica del prelievo ematico coattivo fosse trattata attraverso un "adeguamento" del dato di legge al dettato costituzionale" ... "Pertanto, l'inosservanza dei parametri legislativi imposti dalla Costituzione ha determinato il Giudice delle leggi alla declaratoria di illegittimità".

¹⁶⁹ In tal senso, G. ARICO', *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, cit., 28.

¹⁷⁰ Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 166.

inviolabili. In tal modo si riconosce la rilevanza di divieti scaturenti dalla difformità dallo schema legale previsto per l'atto probatorio, il quale, trova alcuni suoi elementi anche nel dettato costituzionale ¹⁷¹.

In realtà, se è vero che il diritto fondamentale risulta solitamente connotato dalla riserva di legge e di giurisdizione, tale identificazione non è sempre univoca. La Corte Costituzionale ha infatti ritenuto esistente il diritto inviolabile quando “il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione della inderogabile soddisfazione di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante” ¹⁷². In quest'ottica, non si può più elevare l'art. 189 c.p.p. come fattore discriminatore tra prove ammesse e prove vietate. Del resto, sono prospettabili situazioni totalmente disancorate dalla tassatività dei casi e modi previsti della legge ¹⁷³.

Occorre allora ridefinire il campo applicativo della prova innominata. Se da un lato alla prova atipica devono essere applicate le stesse regole applicabili ai mezzi di prova tipici in rapporto di *similia ad similibus*, dall'altro i principi costituzionali devono essere in grado di incidere sulla formazione della prova ¹⁷⁴. D'altronde, essendo le regole poste a tutela del procedimento probatorio estrinsecazione dei valori costituzionali, non sarebbe necessario rinvenire nel testo costituzionale i divieti probatori.

In sostanza, la locuzione “divieti di legge”, correttamente interpretata, rispecchia già i valori dei limiti costituzionali. In questa prospettiva si pone la Corte Costituzionale, precisando che il divieto di legge è diretto a garantire il rispetto della

¹⁷¹ Così F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 81. Per una diversa ricostruzione si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 173. “Il dato deve considerarsi assunto in violazione di un divieto probatorio implicito nel sistema e ricavabile da una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 189” ... “Poiché le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge sono inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 comma 1, occorre concludere che l'elemento, assunto in violazione di un diritto costituzionale in assenza di una espressa disciplina legislativa dei casi e dei modi, risulta inutilizzabile” ... “Il diritto della prove integra un sistema perfettamente autosufficiente, idoneo ad escludere gli elementi lesivi dei diritti fondamentali senza ricorrere alla eterointegrazione dei divieti”.

¹⁷² C. Cost. n. 366 del 1991.

¹⁷³ Si pensi alle prove illecite. In tal senso, F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 81.

¹⁷⁴ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 81.

legalità della prova “anche allorquando il suo procedimento acquisitivo ha assunto non solo connotazioni diverse da quelle consentite, ma la difformità è rivelatrice di una lesione concreta o potenziale dei diritti soggettivi oggetto di specifica tutela costituzionale”¹⁷⁵. L’art. 191 c.p.p. si pone allora “come momento di tutela dei principi generali dell’ordinamento, costituendo la trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cass., Sez. Un., 27.03.1996, Sala, cit.

¹⁷⁶ F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 82.

CAPITOLO II

Perquisizione e sequestro. Tra invalidità derivata e vizio genetico.

SOMMARIO: 1. L'inutilizzabilità derivata. 2. Perquisizione e sequestro: la teoria del *male captum bene retentum*. a. (segue) La teoria dei frutti dell'albero avvelenato. b (segue) Le teorie intermedie. c. (segue) La sentenza Sala 27.03.1998. d. (segue) Orientamenti della Corte Costituzionale. e. (segue) Attuali contrasti giurisprudenziali. 3. Sentenza 219/2019: un'occasione persa. 4. Una diversa soluzione al problema: l'inutilizzabilità come vizio genetico. (segue) Una singolare sentenza di inammissibilità. 5. Perquisizione illegittima: nuove prospettive con la Riforma Cartabia.

1. L'Inutilizzabilità derivata.

Una tra le questioni più delicate che si impongono all'interprete è rappresentata dalla sorte delle prove acquisite sulla base di dati conoscitivi inutilizzabili. Si pensi al pubblico ministero che, grazie ad una dichiarazione estorta, rinviene il corpo del reato nel luogo del crimine, oppure al caso in cui i soli risultati di intercettazioni illegittime abbiano costituito risorsa per poter captare nuove utenze telefoniche. In questi casi, le prove così ottenute sono anch'esse invalide o non si ritengono viziate? La risposta si pone a un bivio tra due esigenze contrapposte, da sempre caratterizzanti il diritto delle prove: da un lato, l'esigenza di accertare il fatto oggetto del giudizio, dall'altro, il dovere di tutelare i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti, spesso posti in discussione dalla ricerca della verità processuale¹⁷⁷. Solitamente, il problema viene risolto facendo ricorso al concetto di "inutilizzabilità derivata", con tale espressione intendendosi l'illegittimità della prova precedente contaminata da quelle assunte, sulla base della stessa, successivamente. La materia, non trovando nel codice di rito una specifica regolamentazione, è

¹⁷⁷ Così C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 796.

oggetto di numerose elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. Queste ultime non hanno però portato a soluzioni pacifiche, né sotto il profilo dell'astratta configurabilità del problema, né con riguardo alla portata applicativa dello stesso.

Anzitutto, è preliminare delineare con maggior precisione la nozione, tracciando i confini tra la stessa e altri due istituti. Nel caso in cui la sentenza o il provvedimento decisorio sia emesso sulla base di prove inutilizzabili, non siamo di fronte ad una inutilizzabilità derivata, ma, al contrario, ad un effetto diretto della inutilizzabilità¹⁷⁸. Quest'ultimo vizio è infatti diretto a impedire che la prova espliciti la propria funzione, cioè dimostrare un assunto sulla cui base il giudice emette un provvedimento. A seguito della violazione di un divieto di legge, la decisione fondata su prove inutilizzabili è instabile e aggredibile mediante gli strumenti in tal senso disposti dal legislatore, e cioè le impugnazioni. Pertanto, non verificandosi una trasmissione del vizio da un atto ad un altro, non è possibile affermare di essere innanzi ad una forma di inutilizzabilità derivata¹⁷⁹.

La seconda evenienza, che va parimenti distinta dalla inutilizzabilità derivata, è rappresentata dal tentativo di introdurre nel processo una prova inutilizzabile attraverso un diverso canale probatorio legittimo (es. il contenuto di un'intercettazione eseguita al di fuori dei casi consentiti viene riportato tramite una testimonianza indiretta). In sostanza, si tratta dei casi in cui, al fine di veicolare nel processo un'informazione utile, precedentemente ottenuta in modo illegittimo, si ricorre ad un mezzo alternativo legittimo. Anche in questo caso, non siamo di fronte ad un vizio derivato, bensì di un vizio originario, che colpisce la prova con la quale si cerca di aggirare il divieto di legge violato con la precedente acquisizione.

Inutilizzabilità vera e propria si ha quando tra due prove intercorre un rapporto di connessione causale. In tal senso, appare condivisibile l'opinione di chi esclude

¹⁷⁸ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 83 e nota 289, mette in luce la differenza tra l'istituto dell'invalidità derivata, che attiene al rapporto tra prova invalida e provvedimento sulla base di questo emesso, e la diversa questione relativa alla relazione tra prova invalida e prova acquisita sulla base della prima.

¹⁷⁹ Secondo Cass. sez. IV, 8. 02. 1994, Borri, in *Cass. pen.*, 1996, 177, l'inutilizzabilità assoluta delle dichiarazioni rese ex art. 63 comma 2 c.p.p., ferma restando la non trasmissibilità ad altri atti, comporta solo un riesame di tutti gli altri atti processuali che deve essere eseguito a prescindere dal contenuto delle dichiarazioni inutilizzabili.

l'invalidità derivata costituisca una diversa specie autonoma di invalidità¹⁸⁰; si tratta invece di un effetto del vizio che colpisce un atto. Circostritta così la portata dell'istituto, la questione fondamentale consiste nell'individuare i casi nei quali tra le due prove esiste una connessione causale giuridicamente rilevante. La fondamentale distinzione che occorre effettuare è quella tra legame di tipo logico – naturalistico e legame di tipo giuridico. Si può discutere di trasmissione del vizio solo laddove tra le prove esista una connessione di tipo giuridico¹⁸¹. Per individuare i possibili legami tra le prove è utile prospettare una distinzione tra atti probatori a compimento libero e atti probatori a compimento vincolato¹⁸².

Gli atti probatori in relazione ai quali la legge non richiede una motivazione del loro esperimento o un presupposto necessario, sono detti “atti probatori a compimento libero”¹⁸³. La presentazione di due esempi chiarirà le idee: si pensi allo svolgimento di un accertamento tecnico ripetibile o all'audizione di una persona informata sui fatti. Nell'ipotesi in cui l'organo deputato alle indagini, sulla base di una lettera anonima, in quanto tale inutilizzabile, individui un possibile testimone, la successiva audizione risulta valida, non intaccata dal vizio della prova precedente¹⁸⁴; analogamente, nell'eventualità in cui disponesse un accertamento tecnico ripetibile su un reparto sottratto illegittimamente, l'atto probatorio resterebbe valido¹⁸⁵.

In relazione agli “atti probatori a compimento vincolato” è possibile effettuare un'ulteriore suddivisione. Si può distinguere tra compimento vincolato in senso stretto e in senso ampio. All'interno della prima categoria ricadono le prove che la stessa legge espressamente collega all'esperimento previo di altre prove. Si pensi

¹⁸⁰ Così, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1972, 79.

¹⁸¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 257.

¹⁸² M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., distingue tra prove “gratuite” e prove il cui esperimento richiede una giustificazione.

¹⁸³ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 257.

¹⁸⁴ Secondo F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., 138: “La sequenza degli atti del rappresentante dell'accusa, da un punto di vista meramente oggettivo, è classificabile il più delle volte esclusivamente in forza di meri collegamenti temporali, e, talvolta, neppure in base a quelli”.

¹⁸⁵ Seguendo M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 644, in questi casi vi sarebbe un “uso” dell'atto precedente soltanto nel senso comune del termine, non secondo quello processuale. In tal caso, il legame tra gli atti non rileva, anche se la precedente acquisizione si pone come *condicio sine qua non*.

al problematico rapporto tra perquisizione e sequestro. Nella categoria di atti probatori a compimento vincolato in senso ampio rientrano invece le prove in relazione al cui esperimento la legge richiede una motivazione, senza prevedere vincoli con prove precedenti. Un esempio potrebbe essere la perquisizione o l'intercettazione ¹⁸⁶.

Relativamente alle prove a compimento vincolato in senso stretto (prove giuridicamente dipendenti da altre prove) il legame giuridico emerge dalla stessa tipizzazione legale. È la stessa legge che, instaurando un rapporto di pregiudizialità, pone il problema della inutilizzabilità derivata.

In relazione alle prove a compimento vincolato in senso ampio, è sulla base della motivazione che va risolta la questione dell'esistenza di un rapporto di mera pregiudizialità logico – naturalistico o di pregiudizialità giuridica ¹⁸⁷. Nel caso in cui sia possibile motivare l'acquisizione successiva senza necessità di riferirsi all'informazione ottenuta attraverso un precedente atto viziato, il legame che lega le due prove resta meramente naturalistico e/o psicologico, non assurgendo a rilevanza giuridica. Si pensi ad una perquisizione effettuata nel domicilio di un determinato soggetto, apparentemente estraneo al procedimento, che sia posta in essere in virtù di una informazione inutilizzabile; a quest'ultima, nella motivazione del decreto, non si farà alcun riferimento ¹⁸⁸. Vien da sé in questo caso non si ponga la questione dell'inutilizzabilità derivata.

Nel caso invece in cui la motivazione faccia riferimento all'informazione inutilizzabile, perché oggettivamente unica giustificazione a fondamento della prova, si pone la problematica della trasmissione del vizio. Il legame tra i due dati probatori diventa giuridicamente rilevante nel momento in cui, in motivazione, si

¹⁸⁶ In realtà, M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 645 rileva acutamente come l'esempio delle intercettazioni sia particolare. Si prenda il caso dell'intercettazione effettuata in seguito a gravi indizi rappresentati da prove inutilizzabili. L'art. 271, comma 1 c.p.p. commina in via autonoma l'inutilizzabilità delle intercettazioni qualora non siano osservate le disposizioni di cui all'art. 267 c.p.p., norma relativa ai gravi indizi di reato. Poiché l'uso di una prova inutilizzabile, quale grave indizio posto a giustificazione di una intercettazione, comporta la mancanza dei gravi indizi ex art. 267 c.p.p., l'intercettazione risulta inutilizzabile ai sensi dell'art. 271 c.p.p., senza necessità di ricorrere all'istituto dell'inutilizzabilità derivata.

¹⁸⁷ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 258.

¹⁸⁸ ¹⁸⁸ Sempre C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 258 e nota 12.

fa espresso riferimento alla prova inutilizzabile ¹⁸⁹. Quando la motivazione di un atto a compimento vincolato in senso ampio fa riferimento ad una precedente acquisizione illegittima, si instaura un rapporto di pregiudizialità giuridica identico a quello riguardante le prove a compimento vincolato in senso stretto. La precedente acquisizione diventa condicio *sine qua non* se, eliminando la prova invalida, cade anche la motivazione. Pertanto, anche in questa evenienza la problematica dell'inutilizzabilità derivata trova ragion d'essere ¹⁹⁰.

2. *Perquisizione e sequestro: la teoria del male captum bene retentum.*

Come visto, il problema della trasmissione del vizio si è posto anche in riferimento al rapporto tra perquisizione e sequestro, essendo previsto nel codice di rito un legame giuridicamente rilevante. Sul tema, dottrina e giurisprudenza risultano divise in due principali orientamenti. Secondo la prima linea di pensiero, il sequestro resta pienamente valido anche se effettuato in seguito a perquisizione illegittima (*teoria del male captum bene retentum*). Viceversa, il secondo orientamento ritiene che l'illegittimità della perquisizione contaminino il susseguente sequestro, rendendolo invalido (teoria dei frutti dell'albero avvelenato).

L'orientamento che esclude l'inutilizzabilità derivata del sequestro fa leva su un assunto di fondo. In materia di inutilizzabilità il legislatore non ha previsto una norma generale di contenuto analogo all'art. 185, comma 1 c.p.p. (che disciplina la nullità derivata) in base al quale la nullità di un atto contamina gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo, divenendo invalidi ¹⁹¹. Pertanto, secondo

¹⁸⁹ Seconda P. FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1984, 1986, a proposito del codice previgente, affinché un atto processuale potesse dirsi giuridicamente condizionato da un precedente atto probatorio, così da recepirne i vizi, era necessario che l'atto successivo appartenesse alla categoria dei provvedimenti che devono, in modo obbligatorio, enunciare le ragioni della loro emanazione e che la motivazione esplicitasse l'influenza esercitata dall'atto invalido sul convincimento giudiziale.

¹⁹⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 259.

¹⁹¹ Cass., sez. II, 24. 01. 1996, Agostino, in *Giur. it.*, 558 (con nota di G. L. VERRINA, *Approccio riduttivo della corte di cassazione alla categoria della inutilizzabilità derivata*): "la regola fissata dall'art. 185 comma 1 c.p.p., secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti successivi che

tale prospettiva, a prescindere dal particolare legame di tipo pregiudiziale che intercorre tra le prove, l'inutilizzabilità dell'atto antecedente non si estende all'atto successivo ¹⁹².

In maniera più radicale, qualcuno tende a negare l'esistenza dello stesso rapporto di pregiudizialità giuridica, affermando che il legame causale tra perquisizione e sequestro è di tipo meramente naturalistico, sulla base del rilievo per cui nel codice di rito non vi sarebbe una norma espressa che instauri tale legame. Infatti, il potere di porre in essere il sequestro, essendo riferito a cose obiettivamente sequestrabili, è condizionato esclusivamente dalla capacità di essere acquisibile del bene e dall'assenza di divieti probatori, espliciti o ricavabili univocamente dal sistema ¹⁹³; è escluso che le modalità con le quali le cose siano state reperite possano influire sul potere di compiere il sequestro. Secondariamente, è il codice di rito a prevedere due differenti e autonome procedure di convalida per la perquisizione e il sequestro effettuati dalla polizia (artt. 352 e 355 c.p.p.). Inoltre, l'art. 103, comma 7 c.p.p. stabilisce l'inutilizzabilità delle perquisizioni e dei sequestri compiuti presso i difensori tramite due previsioni autonome ¹⁹⁴. Un ultimo argomento a sostegno della tesi volta a far salvo il sequestro susseguente una perquisizione illegittima, riprende la tesi secondo la quale si è in presenza di un divieto probatorio soltanto laddove dalla disciplina positiva si ricavi l'assenza di potere istruttorio in capo all'autorità giudiziaria. In questa prospettiva, il potere dell'autorità procedente di apprendere in modo coattivo e di acquisire il dato probatorio è preesistente rispetto all'atto tramite il quale la stessa è illegittimamente appresa o reperita. Pertanto, nonostante l'atto di perquisizione sia illegittimo, l'autorità giudiziaria, nell'atto di acquisire la prova, agisce secondo la misura dei suoi poteri ¹⁹⁵.

dipendono da quello dichiarato nullo, non trova applicazione in tema di inutilizzabilità; quest'ultima sanzione processuale, infatti, rimane circoscritta alle prove illegittimamente acquisite e non incide in alcun modo sulle altre risultanze probatorie ancorché collegate a quelle inutilizzabili, rispondendo alla *ratio* legislativa del *vitiatur sed non vitiat*".

¹⁹² F. CORDERO, sotto la vigenza del codice previgente, ha elaborato tale teoria, *Prove illecite*, cit., 158. Secondo l'autore, il provvedimento acquisitivo "spezza il nesso di causalità giuridica tra l'originario contegno illecito e la disposizione della prova nel giudizio". Si veda anche ID., *Il procedimento probatorio*, cit., 122-123 il quale ritiene valida la teoria del *bene retentum* in assenza di un'eccezione esplicita.

¹⁹³ Cass., sez. VI, 24.04.1991.

¹⁹⁴ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 262.

¹⁹⁵ Cass., sez. III, 8.06.2004, Ganci, in *Dir. giust.*, 2004, 31, 31.

a. (segue) *La teoria dei frutti dell'albero avvelenato.*

Secondo l'orientamento opposto, il rapporto pregiudiziale tra perquisizione e sequestro comporta l'estensione della inutilizzabilità del dato conoscitivo alla prova acquisita successivamente ¹⁹⁶. E' la cosiddetta teoria dei frutti dell'albero avvelenato (*fruits of the poisoned tree*). L'espressione ha fatto ingresso nel nostro ordinamento dopo essere stata coniata dalla giurisprudenza statunitense negli anni Venti del secolo scorso.

Seguendo tale linea di pensiero, il vizio che affligge il sequestro non sarebbe un vizio di tipo genetico, inteso come difformità dell'atto rispetto al modello legale per esso prescritto, bensì un vizio funzionale, dipendente dal legame giuridico che lo lega al precedente atto di perquisizione ¹⁹⁷. Tale patologia "dinamica" rende possibile applicare l'art. 191 c.p.p., essendo del tutto irrilevante non sia prevista, in tema di inutilizzabilità, una norma dal tenore analogo all'art. 185, comma 1 c.p.p. ¹⁹⁸ La regola secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo, non è infatti stata replicata in caso di prove inutilizzabili.

A fondamento di tale soluzione interpretativa è posto il rapporto che intercorre tra i due mezzi di ricerca della prova. Entrambi richiedono l'emanazione di un decreto motivato e, dal momento in cui quasi sempre la perquisizione è diretta alla ricerca

¹⁹⁶ Cass., sez. V, 13.03.1992, Casini, in *Riv. it. proc. pen.*, 1994, 1127: "nel caso della perquisizione illegittimamente disposta, il fatto che la stessa abbia avuto esito positivo perché conclusasi con il rinvenimento ed il sequestro di alcuni documenti giudicati utili ai fini delle successive indagini, non può essere ritenuto evento idoneo a disperdere gli atti conseguenti al riconoscimento della insussistenza originaria delle condizioni che legittimavano il ricorso a quello specifico strumento di ricerca della prova, atteso che il conseguimento del risultato cui l'atto era predisposto non è suscumbibile nella categoria delle sanatorie generali della nullità, quando non ricorrano le condizioni di cui all'art. 183 c.p.p."

¹⁹⁷ In dottrina, condividono l'idea dell'inutilizzabilità "funzionale", G. BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, La Tribuna, Piacenza, 2005, 41; T. BENE, *L'art 191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 120 – 121; F. M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1139.

¹⁹⁸ E. BASSO, sub art. 252 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol II, cit., 731.

di cose da sottoporre a sequestro, solitamente, i due atti vengono disposti per mezzo di un unico decreto perquisizione – sequestro (atto complesso). Anche nell'eventualità in cui ciò non accada, il decreto di sequestro disposto successivamente, non potrà far altro che riferirsi al precedente atto di perquisizione. In questo modo si viene a creare una formalizzazione del legame che unisce i due atti e, anche non accogliendo la tesi per cui il sequestro sia un atto a compimento vincolato *stricto sensu*, non si può non arrivare ad affermare siano retti da autonome regole di validità¹⁹⁹.

Altra parte della dottrina, arriva a sostenere l'estensione del vizio invocando la categoria della prova incostituzionale. In quest'ottica, l'inutilizzabilità di quanto reperito in violazione delle disposizioni di legge poste a tutela della libertà personale e di domicilio si ricava direttamente dagli artt. 13 e 14 Cost²⁰⁰.

C'è da dire che i sostenitori di questa soluzione ritengono l'inutilizzabilità costituisca l'unico strumento in grado di atteggiarsi a deterrente contro le prassi illegittime degli inquirenti. Arbitrarie violazioni dei diritti fondamentali trovano riparo solo laddove sia prevista una sanzione in forma specifica come l'estromissione delle cose sequestrate dal processo²⁰¹.

b. (segue) Le tesi intermedie.

¹⁹⁹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 264.

²⁰⁰ M. CAPPELLETTI, *Spionaggio telefonico, Costituzione e procuratori generali*, in *L'Astrolabio*, 1973, 2, 28; ID, *Giustizia e società*, Edizioni di comunità, Milano, 1972, 376 ss.; L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1548; L. FILIPPI, *L'intercettazione*, Giuffrè, Milano, 1997, 226; P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illegittime compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1998, 1252.

²⁰¹ Si veda M. SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1972, 165, secondo cui all'ipotesi di specie erano applicabili gli artt. 13 e 14 Cost., in base ai quali gli atti di polizia giudiziaria non convalidati si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. Ciò comportava un divieto per il giudice penale di ammettere l'ufficiale di polizia giudiziaria che aveva compiuto l'atto a deporre come testimone nel processo, di ammettere la lettura del relativo processo verbale e di acquisire e valutare le cose eventualmente scoperte e sequestrate.

Sono state prospettate anche tesi intermedie, che caso per caso prevedono un bilanciamento. Secondo una prima teoria, il vizio che affligge la perquisizione si propagherebbe al susseguente atto di sequestro solo laddove l'illegittimità del primo atto abbia influito sulla genuinità dei risultati della prova da questo dipendente ²⁰². Un secondo orientamento ravvisa l'inutilizzabilità derivata del sequestro solo qualora l'atto invalido si ponga come *condicio sine qua non* per il reperimento della prova successiva ²⁰³.

Altri studiosi, ponendosi in una prospettiva di prognosi a base parziale da effettuarsi *ex ante*, sostengono si sia in presenza di inutilizzabilità derivata soltanto nell'evenienza in cui la perquisizione sia funzionalmente preordinata al rinvenimento dei beni poi oggetto dell'atto di sequestro ²⁰⁴. Viceversa, se l'apprensione dei reperti ha luogo casualmente durante l'atto di ricerca, non si verifica una contaminazione del sequestro ²⁰⁵. Se, *ex ante*, non si conoscono le cose da sequestrare, il decreto di perquisizione non ricomprende quello di sequestro e l'apprensione coattiva delle stesse, se posta in essere dalla polizia, deve essere convalidata. Il rilievo rende evidente l'autonomia che caratterizza gli atti e di conseguenza l'assenza di una possibile estensione del vizio.

Infine, c'è chi ammette l'invalidità derivata, ma nella forma della nullità. In particolare, relativamente alla illegittimità della perquisizione dovuta alla carenza

²⁰² N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 219. L'autrice, in un successivo scritto, richiama "ad un suo corretto del criterio circa il perpetuarsi della violazione originaria in relazione al compimento del <<secondo>> atto probatorio. Laddove, infatti, la trasgressione al divieto comporti un vizio capace di riprodursi in maniera direttamente proporzionale all'ultrattività dell'offesa agli interessi tutelati, la prova illegittima (inutilizzabile) arreca danno alla prova ulteriore: il tipo di interesse protetto all'origine dal divieto violato in prima battuta esige quindi una difesa protratta al di fuori dell'ambito di produzione degli effetti del vizio".

²⁰³ G. PIERRO, *Una nuova specie*, cit., 171.

²⁰⁴ Così, R. MENDOZA, *Perquisizione illegittima e i suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 1941, secondo cui la nullità del sequestro si estende alla perquisizione soltanto nel caso in cui il decreto di perquisizione contenga l'indicazione delle cose da sequestrare.

²⁰⁵ In tal senso L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit., 1557 e 1559; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1888. In senso contrario si pone G. BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, La tribuna, Piacenza, 2005, 45, secondo cui la perquisizione è, in ogni caso, un atto con una precisa finalità, quindi risulta innegabile che, una volta indirizzata la ricerca in chiave probatori, discenda da ciò solo che in essa sia già implicitamente contenuto l'ordine di sequestrare.

di motivazione, si è detto la stessa non possa determinare l'inutilizzabilità del successivo sequestro, sulla base del rilievo per cui l'invalidità si trasmette all'atto susseguente nella stessa specie in cui colpisce l'atto precedente ²⁰⁶. Pertanto, in queste ipotesi, si ritiene possa delinarsi un caso di nullità derivata ai sensi dell'art. 185, comma 1 c.p.p.

c. (segue) La sentenza Sala 27.03.1996 delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite nel 1996, chiamate a pronunciarsi sul rapporto tra perquisizione e sequestro, non hanno dato una risposta alla problematica, rendendo una decisione contraddittoria ²⁰⁷. Il Tribunale di Modena, con sentenza del 6 settembre 1994, dichiarava Sala Giorgio colpevole del reato previsto dall'art. 73 n. 1 del D. P. R. 9 ottobre 1990 n. 309 e lo condannava a tre anni di reclusione e venti milioni di lire di multa. Il procedimento era stato instaurato a seguito del sequestro di circa trentun grammi di cocaina, rinvenuti dalla Guardia di Finanza nell'abitazione dell'imputato il 13 agosto 1994, nel corso di una perquisizione domiciliare eseguita senza l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente, ai sensi dell'art. 247 c.p.p. In appello la decisione veniva confermata. La Corte di Appello di Bologna riconosceva fondati i rilievi dedotti dalla difesa in merito alla legittimità della perquisizione, in quanto eseguita in violazione dell'art. 103 comma 3 del D. P. R. 9 ottobre 1990 n. 309, non esistendo motivi di particolare urgenza tali da giustificare la mancata acquisizione della preventiva autorizzazione del magistrato competente. Ciò nonostante, la Corte stabiliva l'utilizzabilità, ai fini della prova del commesso reato, il sequestro della droga rinvenuta nel corso di quella perquisizione. In particolare, la Corte osservava come l'illegittimità della perquisizione non diffondesse i suoi effetti invalidanti sul sequestro, non essendo gli stessi legati da alcun rapporto di stretta consequenzialità giuridica; i due atti sono infatti subordinati a diversi presupposti e sono caratterizzati da funzionalità differenti.

²⁰⁶ G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 79.

²⁰⁷ Cass. Sez. Un., 27.03.1996.

Avverso questa decisione l'imputato proponeva ricorso per Cassazione, denunciando, con unico motivo, la violazione dell'art. 191 c.p.p., sostenendo che, una volta rilevata l'illegittimità dell'atto di perquisizione, la Corte di seconde cure non avrebbe potuto utilizzare, ai fini della motivazione della decisione, né il sequestro della sostanza stupefacente trovata in ragione dell'eseguita perquisizione, né le dichiarazioni testimoniali rese da coloro i quali ad essa avevano partecipato. Pertanto, la sentenza che soltanto utilizzando tali prove aveva condannato il ricorrente, andava annullata senza rinvio.

Il Collegio della sesta sezione con ordinanza rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, evidenziando come i rilievi dedotti dall'imputato andassero esaminati sotto un duplice rilievo: da un lato, quello della estensibilità della sanzione della inutilizzabilità della prova all'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge per la sua acquisizione, e quello degli effetti conseguenti al riconoscimento di una perquisizione illegittima rispetto all'utilizzabilità della prova rinvenuta nel corso della sua esecuzione.

Pertanto, si tratta di rispondere preliminarmente a un interrogativo, e cioè se qualsiasi inosservanza delle formalità prescritte dalla legge ai fini della legittima acquisizione della prova nel processo è sufficiente a rendere quest'ultima inutilizzabile, per effetto del disposto del comma 1 dell'art. 191 c.p.p. Le Sezioni Unite rilevano come il codice di rito, nel prevedere all'art. 191 c.p.p. la sanzione dell'inutilizzabilità per le prove assunte in violazione dei divieti di legge, non abbia inteso far confluire in tale sanzione tutti i vizi del procedimento formativo e acquisitivo della prova. Ciò che ha spinto il legislatore a introdurre tale nuova forma di invalidità è stato l'intento di attuare una più efficace tutela giurisdizionale della prova nel processo penale. Pertanto, l'art. 191 c.p.p., essendo espressione di un'esigenza di tutela giurisdizionale della prova, non ha reso incompatibile il ricorso ad altri mezzi, qualora questi, come accade per il riconoscimento della sanzione della nullità, siano sufficienti a realizzare tale obiettivo.

La stessa Relazione al progetto preliminare²⁰⁸ dava atto del fatto la nuova sanzione si ponesse come rimedio volto a colmare una “lacuna del precedente ordinamento processuale”, ma soltanto relativamente a tutti i divieti probatori che, qualora affidati alla sola tutela sanzionatoria delle nullità, avrebbero continuato a fruire delle eventuali sanatorie, portando alla possibilità il giudice potesse assumere e motivare la sua decisione utilizzando prove vietate.

In linea generale, dunque, le categorie della nullità e della inutilizzabilità, pur operando nell’area della patologia della prova, restano distinte e autonome, perché correlate a diversi presupposti: mentre la nullità attiene all’inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova²⁰⁹, l’inutilizzabilità presuppone la presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero “per effetto del procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale”²¹⁰.

In riferimento alla seconda questione, la Corte afferma come una perquisizione effettuata senza l’autorizzazione del magistrato e non nei “casi” e nei “modi” stabiliti dalla legge, così come disposto dall’art. 13 della Costituzione, costituisca un mezzo di ricerca della prova incompatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino, estrinsecabile attraverso il riconoscimento dell’invioabilità del domicilio. L’illegittimità della ricerca di una prova, prosegue la Corte, anche nell’ipotesi in cui non assuma la dimensione dell’illiceità penale (art. 609 c.p.) non può esaurirsi nella semplice ricognizione dell’avvenuta lesione del diritto soggettivo, come presupposto per l’eventuale applicazione di sanzioni amministrative o penale per colui o coloro che ne sono stati gli autori. La perquisizione, infatti, oltre ad essere un atto di investigazione diretta, è il mezzo più

²⁰⁸ *Relazione al progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale*, cit.

²⁰⁹ Mostra di porsi in questa linea di pensiero C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 76; “l’art. 188 che tutela la libertà morale della persona nell’assunzione della prova, stabilisce un vero e proprio divieto probatorio concernente il *quomodo*. L’art. 499, invece, vieta di rivolgere domande suggestive nel corso dell’esame svolto dalla parte che lo ha citato. In questo caso, nonostante la formulazione, che ha l’aspetto di un divieto probatorio, la giurisprudenza tende ad attenuare le conseguenze della violazione affermando che il rimedio consiste nel potere di opposizione delle altre parti e nel potere presidenziale di direzione dell’esame e di decisione immediata sulle opposizioni, in caso di inerzia, la risposta è ugualmente utilizzabile.

²¹⁰ Cass. Sez. Un., 27.03.1996.

utile per la ricerca di una prova preesistente e, quindi, diventa partecipe del procedimento acquisitivo della stessa, in virtù del rapporto strumentale che si instaura tra la ricerca e il rinvenimento di ciò che può essere necessario o utile ai fini della indagine. D'altronde, nessuna prova, diversa da quelle che possono formarsi solo durante il procedimento, potrebbe essere acquisita al processo se non fosse stata compiuta una ricerca e questa non avesse sortito esito positivo.

Se è vero che una perquisizione, quale mezzo di ricerca della prova, non può essere a questa assimilata, e, quindi, non può essere essa stessa sottratta alla possibilità di essere direttamente utilizzata nel processo vero, è altrettanto vero che il rapporto funzionale che lega la ricerca alla scoperta non può essere negato. Pertanto, il rapporto tra perquisizione e sequestro non può limitarsi all'area di una mera consequenzialità cronologica, come era stato affermato in numerose altre pronunce della Corte ²¹¹. La perquisizione non rappresenta il mero antecedente cronologico del sequestro, ma lo strumento giuridico che rende possibile lo stesso sequestro.

La Corte precisa ciò non valga a mettere in dubbio i diversi presupposti che condizionano la legittimità della perquisizione rispetto a quelli posti a fondamento del sequestro; né si intende sostenere la perquisizione, quale mezzo di ricerca della prova, sia suscettibile di essere utilizzata nel procedimento. E' vero esattamente il contrario, e cioè che è la prova, e solo essa, a poter essere oggetto di utilizzazione processuale. Ma la stessa utilizzabilità è sottoposta all'esecuzione di un legittimo procedimento acquisitivo che si sottragga, durante ogni sua fase, a quei vizi che, ledendo diritti soggettivi irrinunciabili, non possono che diffondere i loro effetti sul risultato che è stato conseguito a seguito del procedimento.

Del resto, l'ordinamento giuridico stesso riconosce il rapporto funzionale che lega perquisizione e sequestro: l'art. 252 c.p.p. impone il sequestro delle "cose rinvenute a seguito della perquisizione" e l'art. 103, comma 7 c.p.p. prevede l'inutilizzabilità dei reperti rinvenuti a seguito di perquisizioni eseguite in violazione delle particolari garanzie di cui debbono godere i difensori per poter porre in essere, in maniera efficace, il diritto di difesa. Non si comprende perché si dovrebbe giungere

²¹¹ Cass. Sez. I, 17.02.1976; Cass. Sez. VI, 23.01.1973; Cass. Sez. V, 24.11.1977; Cass. Sez. I, 15.03.1984; Cass. Sez. VI, 24.04.1991; Cass. Sez. V, 12.01.1994.

a diverse conclusioni nell'evenienza in cui una perquisizione sia comunque eseguita in violazione della garanzia costituzionale riconosciuta dall'art. 13, comma 2 Costituzione: si è in ogni caso in presenza di un procedimento acquisitivo lesivo di un diritto soggettivo, diritto che, per il proprio rango costituzionale, reclama la sanzione più radicale di cui l'ordinamento dispone, e cioè l'inutilizzabilità del dato probatorio così acquisito.

Tuttavia, la Corte, nonostante le conclusioni a cui era giunta, sostiene di non poter assumere la decisione invocata dal ricorrente. Si dice che la perquisizione, nonostante sia stata eseguita illegittimamente, si è di fatto conclusa con il rinvenimento e il sequestro di circa trentun grammi di cocaina, consentendo l'applicazione dell'art. 253 n. 1 c.p.p.

D'altronde, se è vero che l'illegittimità della ricerca della prova del presunto reato, qualora consista in una palese violazione delle norme poste a tutela dei diritti inviolabili oggetto di specifica tutela da parte della carta costituzionale, non può, in linea generale, non far altro che diffondere i suoi effetti invalidanti sui prodotti che quella ricerca ha permesso di conseguire, è altrettanto vero che qualora la ricerca, comunque effettuata, si sia conclusa con la scoperta e il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare assolutamente irrilevanti le modalità mediante le quali si siano pervenuti. Infatti, in questa ipotesi, anche se la ricerca è stata condotta illegittimamente, non si può negare il sequestro costituisca un "atto dovuto", la cui omissione esporrebbe gli autori a precise responsabilità penali. Ciò, si ribadisce, a prescindere da quali siano state, in concreto, le modalità che hanno consentito l'esito positivo dell'attività compiuta.

Si precisa che non si intende affermare l'oggetto del sequestro, in virtù della sua intrinseca illiceità, ovvero per il rapporto strumentale che può esprimere in relazione al reato in questione, sia in grado di eliminare la connessione funzionale che lega la perquisizione alla scoperta e all'acquisizione dei reperti rinvenuti. Ciò che la Corte sta sostenendo è tutt'altro: allorquando ricorrano le condizioni stabilite dall'art. 253, comma 1 c.p.p., gli aspetti che caratterizzano l'attività di ricerca, pur essendo partecipi del procedimento di acquisizione della prova, non possono mai

arrivare a paralizzare l'adempimento di un obbligo giuridico. Quest'ultimo trova fonte di legittimazione nello stesso codice di rito e una ragione giustificatrice nell'esigenza l'ufficiale di polizia giudiziaria non si sottragga all'adempimento dei doveri dovuti, a prescindere dalla legittimità o illegittimità della situazione in cui si trova ad agire.

Del resto, nella stessa direzione convergono le numerose ed esplicite deroghe previste dall'ordinamento relativamente alla disciplina normativa del sequestro del "corpo del reato"²¹². Si consideri l'art. 240 c.p.p.: tramite la misura di sicurezza reale della confisca lo Stato si appropria, in via definitiva, dei beni collegati alla commissione del reato. Se si accettasse la soluzione proposta dal ricorrente, si arriverebbe all'assurda conclusione per cui al giudice sarebbe consentita la confisca del corpo del reato, ma, al tempo stesso, imposto di non tenerne conto ai fini della pronuncia conclusiva del processo.

A niente poi servirebbe opporre il fatto che l'ufficiale di polizia giudiziaria, il quale abbia posto in essere una perquisizione fuori dei casi e non nei modi consentiti dalla legge, a causa dell'abuso compiuto, non sarebbe tenuto ad osservare quanto disposto dall'art. 253, comma 1 c.p.p.; l'illiceità della condotta non può privare l'autore della qualifica soggettiva che gli è propria. Al più, la qualifica soggettiva può assurgere a elemento costitutivo del reato (l'art. 615 c.p. disciplina la specifica ipotesi della violazione di domicilio posta in essere da un pubblico ufficiale) o a presupposto per l'applicazione di una circostanza aggravante (ai sensi dell'art. 61, n. 9 c.p. costituisce circostanza aggravante comune l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio).

Pertanto, la Corte conclude, il sequestro della droga, nell'ipotesi in esame, è stato legittimamente eseguito, essendo un provvedimento imposto *ex lege*, ed una volta

²¹² Si pensi all'art. 103, comma 2 c.p.p. secondo cui "presso i difensori e gli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, nonché presso i consulenti tecnici non si può procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato".

effettuato non solo non poteva essere revocato, ma conservava pieni effetti nel procedimento nel quale era stato posto in essere ²¹³.

Dunque, da una parte la Corte ha riconosciuto esistente un rapporto di pregiudizialità giuridica tra sequestro e perquisizione, e ha ritenuto astrattamente configurabile l'inutilizzabilità derivata, precisando che, qualora l'illegittimità della perquisizione assuma dimensioni tali da costituire una palese violazione delle norme poste a tutela di diritti costituzionalmente tutelati, in linea generale non può che trasmettere quei vizi invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire. Tuttavia, il Supremo collegio ha contestualmente ridotto la portata dell'affermazione, sostenendo sia lo stesso ordinamento a considerare irrilevante il modo con il quale si è pervenuti all'apprensione coattiva del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato. In tali ipotesi, ai sensi dell'art. 252 c.p.p., quest'ultima rappresenta un "atto dovuto" la cui omissione esporrebbe gli autori a responsabilità penali ²¹⁴.

Emerge con chiarezza quanto l'argomentazione sia debole, essendo i possibili oggetti del sequestro esclusivamente costituiti dal corpo del reato o dalle cose ad esso pertinenti ²¹⁵. Pertanto, la premessa per cui il sequestro è affetto da inutilizzabilità derivata, è in realtà contraddetta dalla conclusione che mostra di accogliere la teoria del *male captum bene retentum*.

d. (segue) Orientamenti della Corte Costituzionale.

²¹³ Altrettanto dicasi con riguardo alle dichiarazioni testimoniali rese dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria che quel sequestro avevano compiuto: l'atto rappresenta il risultato dell'adempimento di un obbligo su di loro gravante in virtù dell'art. 253 c.p.p. In relazione a quest'obbligo, essi potevano legittimamente fornire il contributo conseguente alla partecipazione al procedimento acquisitivo del corpo del reato.

²¹⁴ Si veda anche Cass., sez. II, 20.01.2006, C., in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1513: "la nullità della perquisizione non determina necessariamente l'invalidità del conseguente sequestro. Non si può configurare alcun automatismo tra illegittimità dell'atto precedente e la validità di quello successivo. Tra perquisizione e sequestro sussiste una differenza strutturale e funzionale, dalla quale discende l'autonomia del momento valutativo in ordine alla "perquisibilità" e alla <<sequestrabilità>> della *res*. Ne deriva che nei casi in cui l'apprensione e l'assicurazione delle cose sono espressione di un potere – dovere attribuito dalla legge alla polizia giudiziaria, nessun rilievo preclusivo può assumere l'eventuale illegittimità della perquisizione".

²¹⁵ Così, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 268.

La Corte Costituzionale si è pronunciata relativamente ad un conflitto di attribuzione tra il Presidente del consiglio dei ministri e il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, in merito ad un caso in cui il pubblico ministero aveva posto in essere indagini sulla base di fonti di prova coperte da segreto di Stato. In quel caso, la Corte ha concluso l'esistenza del segreto di Stato avesse come effetto di impedire all'autorità giudiziaria di acquisire e utilizzare dati conoscitivi coperti dal segreto. Il divieto, infatti, riguarda anche l'eventuale attività di indagine svolta successivamente, avvalendosi di quelle conoscenze. Sulla base di queste argomentazioni, il Giudice delle leggi ha annullato gli atti di indagine effettuati dall'organo dell'accusa sulla base delle prove coperte dal segreto e la conseguente richiesta di rinvio a giudizio ²¹⁶.

In una decisione successiva emessa in merito ad una differente questione, la Corte ha tuttavia accolto, sia pur con cautela, l'orientamento volto a negare l'esistenza dell'inutilizzabilità derivata. La Corte veniva chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. nella parte in cui consente l'utilizzazione di prove che derivino, in via diretta e in via mediata, da un atto posto in essere in violazione di divieti, in particolare il risultato di una perquisizione nulla ²¹⁷. La Corte affermava che, *de iure condito*, ritenendo esistente l'inutilizzabilità derivata, si sarebbe trasferita nella disciplina in tema di inutilizzabilità una nozione di vizio derivato che l'ordinamento riferisce esclusivamente al tema delle nullità (art. 185

²¹⁶ In particolare, la sentenza n. 110 del 10.04.1998 ha precisato che: "l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del consiglio dei ministri non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indagli sui 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 gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto. Tale divieto riguarda l'utilizzabilità degli atti e documenti coperti dal segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine". Pertanto il vizio "non riguarda soltanto l'acquisizione di atti e documenti del cui contenuto il pubblico ministero sia venuto a conoscenza ma coinvolge anche l'eventuale attività di indagini susseguentemente svolta avvalendosi di quelle conoscenze. Per contro, non è precluso al pubblico ministero di procedere, ove disponga o possa acquisire per altra via elementi indiziati del tutto autonomi e indipendenti dagli atti e documenti coperti dal segreto". Sul punto si veda anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 657 ss.

²¹⁷ Ord. 27.09.2001, n. 332.

c.p.p.). La materia, per la sua delicatezza e per la varietà delle soluzioni possibili, deve ritenersi rimessa alla discrezionalità del legislatore ²¹⁸.

e. (segue) Attuali contrasti giurisprudenziali.

Come è evidente, le ricordate pronunce, discordanti tra di loro, non hanno fornito una soluzione unica e definitiva al problema. L'ipotesi delle operazioni informatiche *under cover* condotte dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 14, comma 2 della legge n. 269 del 1998, volta a contrastare la pornografia minorile, è stata al centro del dibattito giurisprudenziale. Gli ufficiali di polizia giudiziaria, per acquisire elementi probatori in ordine ai più gravi delitti in tema di pedofilia, possono svolgere attività sotto copertura previa autorizzazione o previa richiesta motivata dell'autorità giudiziaria. Relativamente ai delitti meno gravi, è consentito agli ufficiali specializzati di polizia di svolgere attività sotto copertura disposta dai vertici dei corpi di appartenenza e previamente comunicata al pubblico ministero ²¹⁹.

In giurisprudenza si è quindi posto il problema dell'utilizzabilità del materiale sequestrato a seguito di operazioni effettuate in mancanza delle prescritte autorizzazioni o autorizzazioni con riferimento a reati diversi e più gravi di quelli in realtà risultati a seguito di dette operazioni. Le decisioni pronunciate in merito

²¹⁸ G. SPANGHER, *E pur si muove: dal male captum bene retenum alle exclusionary rules*, 2001, 2829, ritiene sia auspicabile una regolamentazione legislativa espressa.

²¹⁹ La disciplina è stata poi modificata dalla legge 6.02.2006, n. 38 recante disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet, che ha esteso la possibilità delle operazioni *under cover* anche ai reati di pedopornografia virtuale (art. 600 – quater, introdotto dalla stessa legge). Occorre tuttavia tenere in considerazione che la successiva legge 16.03.2006, n. 146, recante Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni unite contro il crimine organizzato transnazionale, all'art. 9 ha previsto una disciplina unitaria in tema di operazioni sotto copertura in relazione ai delitti contro la libertà individuale, rinviando per l'individuazione delle specifiche modalità delle attività telematiche ad un decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia e con gli altri ministri interessati. Oltre a disciplinare unitariamente tutti i delitti in materia di libertà individuale, l'art. 9 non prevede la necessaria autorizzazione dell'autorità giudiziaria, ma soltanto una comunicazione previa della stessa. In ogni caso, la nuova disposizione non ha espressamente abrogato la disciplina previgente dell'art. 14 della legge n. 269 del 1998, che risulta pertanto ancora operativa per la sua specialità.

sono contrastanti. Da un lato, si è affermata l'utilizzabilità del materiale, sulla base della sentenza delle Sezioni unite del 1996 ²²⁰. In particolare, con riguardo all'ipotesi di reato diverso da quello oggetto di autorizzazione, si è rilevato come la legittimità dell'attività sotto copertura debba essere valutata *ex ante*, in relazione al momento in cui la stessa è disposta dall'autorità giudiziaria, e non all'esito dell'investigazione. Pertanto, se al momento dell'autorizzazione, risultavano presenti gli indizi di uno dei gravi reati indicati in modo tassativo, le prove così acquisite risultano utilizzabili, seppur riguardanti reati diversi e meno gravi rispetto a quelli inizialmente ipotizzati. La Cassazione precisa che, in ossequio all'art. 55 c.p. e allo stesso principio di obbligatorietà dell'azione penale, la polizia non può venir meno al suo compito istituzionale di svolgere indagini e assicurare le fonti di prova, anche in relazione a reati diversi da quelli per cui era stata autorizzata specificatamente ²²¹.

Sul fronte opposto, si è affermata l'illegittimità del sequestro, facendo leva sul fatto la tesi delle Sezioni unite nella sentenza Sala non sia sostenibile. L'argomentazione non risulterebbe valida perché trascura che, oltre al rapporto di pertinenza tra la *res* sequestrata e il reato, presupposto di legittimità del sequestro sia il *fumus delicti*: non si può affermare la sussistenza di indizi sulla base di risultati investigativi inutilizzabili ²²². Seguendo poi una tesi intermedia, si è affermato i reperti siano utilizzabili soltanto come *notitia criminis* ²²³.

È giocoforza affermare come, dietro alle soluzioni di volta in volta proposte in giurisprudenza, sia possibile ravvisare un *background* fattuale che influenza la soluzione giuridica prospettata. Le varie ragioni poste a giustificazione della

²²⁰ Così, Cass., sez. V, 7.05.2004, Lagazzo, in CED Cass., 2004; Cass., sez. III, 8.06.2004, Ganci, in *Dir. e giust.*, 2004, 31, 24, ha confermato la soluzione della Sezioni unite Sala, secondo cui il sequestro è comunque un atto dovuto.

²²¹ G. AMATO, *L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate*, in *Guida dir.*, 2005, 25, 67 ss. Secondo l'autore, da un lato, sono legittime le attività che, autorizzate in relazione ad un reato, abbiano condotto all'accertamento di altro reato, giacché la legittimità dell'autorizzazione deve essere accertata tramite criterio di prognosi *ex ante*; da un altro lato, nell'ipotesi di operazioni illegittime perché prive di autorizzazione, considera comunque utilizzabile il sequestro, in linea con la pronuncia delle Sezioni unite.

²²² Così, Cass., sez. III, 28.01.2005, Gallotti, in *Guida. dir.*, 2005, 27, 71; Cass., sez. III, 5.05.2004, Gullello, in *Cass. pen.*, 2005, 2679.

²²³ In tal senso, A. CISTERNA, *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione*, in *Guida. dir.*, 2005, 27, 76.

negazione della categoria della inutilizzabilità derivata possono essere lette come esigenza di salvare dati probatori caratterizzati da un'elevata efficace valenza persuasiva e spesso determinanti per l'esito del processo, bilanciata comunque con gli altri interessi individuali che possono venire in questione ²²⁴.

In definitiva si può affermare nel nostro ordinamento il tema dell'inutilizzabilità derivata sia divenuto uno dei luoghi in cui si consuma la frizione tra esigenze di accertamento e istanze di legalità della prova ²²⁵. Il contemperamento di interessi che *de iure condito* non trova soluzione attraverso l'ammissibilità di una sanatoria, o di un superamento del vizio che colpisce la prova invalida, riemerge nelle argomentazioni che giustificano l'acquisizione del dato *male captum* ²²⁶.

3. Sentenza 219/2019: un'occasione persa.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 219 del 2019, a distanza da diciotto anni dall'ultima volta ²²⁷, è tornata ad occuparsi, con una pronuncia di inammissibilità, della questione relativa all'inutilizzabilità ai fini probatori ex art. 191 c.p.p. della perquisizione affetta da invalidità e del susseguente sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato. La decisione in esame ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p., sollevata relativamente agli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97, comma 2 e 117, comma 1 Cost., “nella parte in cui – secondo l'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, assunta quale diritti vivente – non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della

²²⁴ Così, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 273.

²²⁵ F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 243, rileva il collegamento tra inutilizzabilità e legalità della prova. A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, secondo cui si possono contrapporre “un principio di conformità ai modelli tipici degli atti, che è espressione dei sistemi accusatori”, e un “principio di adeguatezza agli scopi degli atti, che è espressione dei sistemi inquisitori”.

²²⁶ Secondo R. GAMBINI, *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1291 ss., pur dovendosi ritenere esistente la categoria dell'inutilizzabilità derivata, occorre effettuare un bilanciamento dei differenti interessi che vengono in gioco del caso concreto, alla stregua dalla giurisprudenza americana, che tempera assai la teoria dei frutti dell'albero avvelenato.

²²⁷ Si tratta dell'ord. 24-27.09.2001, n. 332, Corte Cost.

prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività”²²⁸.

Il giudizio di legittimità costituzionale faceva seguito a due ordinanze di rimessione del G.u.p. di Lecce (r. o. n. 14 del 2018 e r. o. n. 93 del 2018), in cui lo stesso premetteva di essere chiamato a giudicare, in entrambi i casi, nelle forme del giudizio abbreviato, una persona imputata del reato di detenzione di sostanze stupefacenti per uso non personale. Il giudice riferiva come gli elementi a carico dell'imputato fossero costituiti, nel caso dell'ordinanza n. 93 del 2018, dai risultati dell'ispezione del bagaglio e della perquisizione personale e, nel caso dell'ordinanza n. 93 del 2018, dai risultati della perquisizione personale e domiciliare cui l'imputato era stato sottoposto da militare appartenenti all'Arma dei carabinieri, di loro iniziativa. Tali ispezioni e perquisizioni avevano portato alla scoperta e al conseguente sequestro di alcuni grammi di sostanza stupefacente. Nel primo caso, i Carabinieri, stando alle indicazioni del processo verbale di perquisizione, avevano proceduto a tali attività, “particolarmente invasive” in virtù di indefinito “atteggiamento asseritamente sospetto” tenuto dall'imputato. Nel secondo caso, la perquisizione era stata posta in essere in ragione della circostanza che “fonti confidenziali” avevano indicato nell'imputato uno spacciatore di sostanze stupefacenti. Pertanto, avendo in occasione precedenti rivelato, in quella zona, “un andirivieni di soggetti noti come tossicodipendenti”, e avendo osservato un giovane nell'atto di consegnare una banconota all'imputato, i militari erano stati indotti a procedere all'immediata identificazione dei soggetti in questione. Pur avendo accertato il ragazzo fosse il fratello dell'imputato e sebbene avendo questi chiarito stesse consegnando il denaro al fratello per le “spese di casa”, i Carabinieri avevano effettuato una perquisizione personale dell'imputato e, a seguito del rinvenimento in tasca di tre involucri di sostanza stupefacente, avevano esteso la perquisizione all'abitazione, dove era poi stata scoperta la restante parte di sostanza

²²⁸ Corte Cost., sent. n. 219, 15.07.2019.

stupefacente poi sequestrata. Secondo il rimettente, tali atti di ricerca avrebbero dovuto essere ritenuti “abusivi”, in quanto posti in essere fuori dei casi tassativamente indicati dalla legge.

L’art. 13 Cost. (richiamato dall’art. 14 Cost., quanto a garanzie e forme ivi previste, con riguardo a ispezioni, perquisizioni e sequestri domiciliari), affermava il giudice rimettente, richiede ogni forma di limitazione della libertà personale, compresa quella verificatasi durante ispezioni e perquisizioni personali, sia disposta solo con “atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”. Si può derogare a tale principio solo “in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge”, nei quali l’autorità di pubblica sicurezza può adottare “provvedimenti provvisori” soggetti a convalida da parte dell’autorità giudiziaria, in difetto della quale essi “si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”.

L’ipotesi principale che, secondo il codice di rito, legittima l’intervento eccezionale delle forze di polizia è quella della flagranza di reato, ai sensi degli artt. 352 e 354 c.p.p. A livello di legislazione speciale ²²⁹, l’ipotesi più ricorrente nella pratica, e rilevante nei giudizi *a quibus*, è quella prevista dall’art. 103 del d. P. R. 9.10.1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza). I commi 2 e 33 dell’art. 103 legittimano la polizia giudiziaria a procedere, nel corso di operazioni per la prevenzione e la repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, rispettivamente, all’ispezione dei mezzi di trasporto, dei bagagli e degli effetti personali, e a perquisizioni, personali e domiciliari, qualora vi sia “fondato motivo” di ritenere che possano essere rinvenute tali sostanze e ricorrano, altresì, nei soli casi delle perquisizioni, “motivi di particolare necessità ed urgenza che non consentano di richiedere

²²⁹ Si vedano anche: l’art. 4 della legge 22.05.1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell’ordine pubblico), consente, in casi eccezionali di necessità e urgenza, la perquisizione, per la ricerca di armi e strumenti di effrazione, di persone il cui atteggiamento o la cui presenza non appaiano giustificabili, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo e di tempo; l’art. 41 del regio decreto del 18.06.1931, n. 773 (Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza) permette la perquisizione domiciliare per la ricerca delle armi della cui esistenza, in locali pubblici o privati, la polizia abbia notizia, anche per indizio.

l'autorizzazione telefonica del magistrato competente". Di tali operazioni deve essere data notizia, entro quarantotto ore, al procuratore della Repubblica, il quale le convalida nelle quarantotto ore successive, sempre sussistano i presupposti.

Secondo il giudice *a quo*, affinché l'interpretazione delle disposizioni ora richiamate sia rispettosa della carta costituzionale, il presupposto che legittima l'intervento della polizia giudiziaria, anche fuori dai casi di flagranza di reato, deve possedere "un requisito minimo di comprovabilità e verificabilità". Non occorrerebbe, quindi, la prova preventiva della detenzione illegittima di armi o stupefacenti, ma dovrebbero esserci almeno degli indizi in tal senso, sia pur semplici e non gravi, ma verificabili. Altrimenti ragionando, la polizia si vedrebbe attribuito il potere di ledere *ad libitum* la libertà personale e domiciliare dell'individuo, vanificando pertanto il senso del controllo dell'autorità giudiziaria del suo operato.

Alla luce di queste considerazioni, la sussistenza di un indizio di detenzione delle armi o dello stupefacente non potrebbe desumersi da fonti anonime o confidenziali, le quali non sono in alcun modo verificabili dal giudice e delle quali è proprio per questo motivo prevista, in linea generale, l'inutilizzabilità²³⁰; conclusione che peraltro troverebbe riscontro in plurime decisioni della giurisprudenza di legittimità.

Pertanto, l'ispezione e la perquisizione del caso in esame apparivano illegittime, risultando assolutamente ingiustificate sulla base del giudizio *ex ante* che deve presiedere alla valutazione degli atti della polizia giudiziaria volti a incidere su libertà costituzionalmente tutelate. Nei casi in questione non si era, infatti, in presenza di un'ipotesi di flagranza di reato, essendosi questa concretizzata solo *ex post*, all'esito degli atti di ricerca. Non vi sarebbe stato altresì, il "fondato motivo" per credere potessero essere rinvenute sostanze stupefacenti, richiesto dall'art. 103

²³⁰ Si veda l'art. 195, comma 7 c.p.p. secondo cui "non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame"; l'art. 203, comma 1 c.p.p. "il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate"; l'art. 240, comma 1 c.p.p. dispone "i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato".

t. u. stupefacenti. Infatti, nell'ordinanza n. 14 del 2018 il verbale di perquisizione non specificava in alcun modo l'espressione indeterminata di "atteggiamento sospetto" tenuto nella circostanza dall'imputato, traducendosi, di fatto, in un'affermazione "apodittica" e "non verificabile". Allo stesso modo, nel caso dell'ordinanza n. 93 del 2018, il verbale, al di là del riferimento a "fonti confidenziali" non sufficiente a legittimare un intervento della polizia, non indicava quali fossero gli elementi che inducevano a ritenere l'imputato fosse dedito allo spaccio, ovvero a qualificare la dazione del denaro al fratello come acquisto di stupefacenti. D'altra parte, la conseguente "abusività" della perquisizione personale non poteva che riverberarsi sulla successiva perquisizione domiciliare ²³¹.

Il giudice rilevava poi come gli atti in questione, di ispezione e perquisizione, fossero stati convalidati, dal pubblico ministero, in entrambi i casi, con provvedimenti totalmente privi di motivazione, consistenti nella formula "v, si convalida". Pertanto, non era possibile individuare le ragioni in base alle quali il pubblico ministero aveva ritenuto l'operato della polizia giudiziaria legittimo.

Secondo il giudice *a quo*, simili provvedimenti non avrebbero impedito gli atti di polizia perdessero efficacia, ai sensi dell'art. 13 Cost., nel caso di mancata convalida da parte dell'autorità giudiziaria nel termine stabilito. Anche se non vi è un'espressa previsione a riguardo, è giocoforza infatti ritenere la convalida debba essere effettuata mediante provvedimento motivato, rimanendo in caso contrario frustrata la *ratio* della garanzia apprestata dall'art. 13 Cost., la quale presuppone il controllo sulla legalità degli atti posti in essere dalla polizia sia effettivo. Diversamente opinando, si arriverebbe a ritenere la norma costituzionale, da un lato, richieda l'"atto motivato", dall'altro, permetta all'autorità giudiziaria, titolare del potere in via ordinaria, di incidere di sua iniziativa sulla libertà personale, anche nell'ipotesi in cui sia chiamata a verificare se la polizia giudiziaria abbia agito fuori dai casi eccezionali nei quali la legge permette di intervenire. La conclusione sarebbe tra l'altro avvalorata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti

²³¹ Si osservava, peraltro, che anche ragionando in maniera contraria, la pena da irrogare è in diretta funzione della gravità del fatto e questa dipende anche dalla quantità di sostanza stupefacente detenuta: la possibilità o meno di computare nel calcolo quanto è stato rinvenuto sulla persona dell'imputato influirebbe, in ogni caso, sugli esiti del giudizio principale.

dell'uomo, la quale ha affermato come requisito per il rispetto della garanzia prevista dall'art. 8 CEDU sia rappresentato dalla presenza di un controllo effettivo dell'autorità giurisdizionale sugli atti di perquisizione ²³².

Ciò detto, il giudice rimettente osservava come, alla luce dell'art. 13 Cost., gli atti di ispezione, perquisizione e sequestro eseguiti abusivamente dalla polizia giudiziaria, o non convalidati dall'autorità giudiziaria con atto motivato, dovessero rimanere privi di efficacia anche sul piano probatorio.

Se infatti da un lato la sanzione della revoca e della perdita di efficacia non è limitata ai soli provvedimenti di arresto e di fermo, ma si estende a tutti i “provvedimenti provvisori” adottati dalla polizia giudiziaria, e quindi anche alle ispezioni e alle perquisizioni, dall'altro lato occorre considerare il rinvio che l'art. 14 Cost. opera con specifico riguardo a “ispezioni, perquisizioni o sequestri” eseguiti nel domicilio. Del resto, l'unica efficacia che perdura nel tempo degli atti di perquisizione o sequestro è quella relativa alla loro “capacità probatoria”, e quindi la perdita di efficacia, per essi, non può che equivalere alla sanzione dell'inutilizzabilità probatoria. Il giudice *a quo* riteneva, dunque, che l'eccentricità degli atti in esame, rispetto alle citate prescrizioni normative, si traducesse nell'inefficacia probatoria degli stessi, secondo un'interpretazione, a suo avviso, corretta dell'art. 191 c.p.p.

L'art. 191 c.p.p., al suo primo comma, prevede la sanzione dell'inutilizzabilità per le “prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge” per tale intendendosi, pacificamente, i divieti probatori stabiliti da previsioni normative di rango primario, codicistiche e non ²³³. È necessario quindi delineare con precisione il concetto di “divieto probatorio”, al fine di individuare la portata operativa dell'articolo. Nel caso di specie, il giudice *a quo* riteneva applicabile l'art. 191 c.p.p., ai due casi sottoposti al suo esame, in ragione di una “piena esegesi” della norma stessa, “apparendo evidente che la polizia, allorché procede a un atto di perquisizione fuori dei casi consentiti, compie un atto che le è vietato, e non è semplicemente un atto irrituali o nullo”. Pertanto, secondo il giudice rimettente, gli

²³² Si veda sent. 16.03.2017, Modestou c. Grecia.

²³³ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 639.

atti di indagine posti in essere dalla polizia giudiziaria al di fuori dei presupposti normativamente previsti integrerebbero la violazione di un divieto probatorio secondo l'art. 191 c.p.p.; lo stesso sarebbe quindi applicabile ai due casi oggetto di cognizione del giudice.

Tuttavia, il giudice a quo metteva in luce il fatto l'esegesi corrente della disposizione, avallata dalla giurisprudenza di legittimità e tale da essere "assolutamente dominante", fosse di opposto avviso. Tale indirizzo, proseguiva il giudice, risulta però foriero di diversi profili di frizione con il dettato costituzionale, motivo per cui sollevava questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale. L'interpretazione a cui lo stesso faceva riferimento risulta imputabile alla sentenza della corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, 27.03.1996, n. 5021 ²³⁴, la quale aveva riconosciuto l'inutilizzabilità della prova acquisita a seguito di una perquisizione eseguita dalla polizia giudiziaria senza l'autorizzazione del magistrato e fuori dei casi e dei modi stabiliti dalla legge, e pertanto in violazione dell'art. 13 della Carta costituzionale.

Nella sentenza citata, le Sezioni Unite avevano riconosciuto le conseguenze dell'acquisizione illegittima di una prova non potessero infatti esaurirsi nella comminazione di sanzioni amministrative, disciplinari o penali nei confronti dell'autore dell'illecito, al contrario, dovessero estendersi al piano dell'inutilizzabilità della prova. Nondimeno, nella medesima pronuncia la Corte aveva ritenuto valido il sequestro susseguente alla perquisizione eseguita fuori dai casi e dai modi previsti dalla legge, qualora avesse ad oggetto il corpo del reato o cose pertinenti al reato, in virtù del fatto che, in questo caso, il rappresenta un "atto dovuto" ai sensi dell'art. 253, comma 1 c.p.p., il quale non potrebbe essere omesso, per ciò solo, dalla polizia giudiziaria ²³⁵.

La giurisprudenza di legittimità successiva si sarebbe poi allineata a tale soluzione interpretativa, rendendo decisioni che confermano la legittimità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima, e dunque la piena utilizzabilità in

²³⁴ Cass., Sez. Un., 27.03.1996, cit.

²³⁵ Correlativamente, gli agenti di polizia giudiziaria potrebbero anche testimoniare sugli esiti della perquisizione. La perquisizione rimarrebbe inutilizzabile in quanto tale.

quanto prova. I principi affermati nella prima parte della sentenza risultano quindi vanificati, non essendo stati valorizzati neanche per limitare l'utilizzabilità del sequestro in quanto tale. Il sequestro ha infatti valenza probatoria in quanto tale: costituisce fonte di eventuali tracce a carattere individualizzante, quali ad esempio le impronte digitali, ed è utile ai fini della sola dimostrazione della sussistenza del reato.

Tale lettura della norma dava origine alla questione di legittimità costituzionale della norma, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 24, 97 e 117 co. 1 Cost.²³⁶. La mancata pronuncia da parte della Corte nel merito delle questioni sollevate, rende doveroso ripercorrere i passaggi argomentativi che hanno portato il giudice a pronunciare una sentenza di inammissibilità della questione.

Il ragionamento delle Sezioni Unite muove dal riconoscimento della natura di disposizione cardine del codice di procedura penale dell'art. 191 c.p.p. Tale norma stabilisce in via generale il principio secondo il quale "è preclusa la possibilità di utilizzare prove assunte in violazione dei divieti stabiliti dalle legge". L'istituto

²³⁶ In particolare, secondo il giudice *a quo*, l'interpretazione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 13 e 14 Cost., negando attuazione alla previsione di perdita di efficacia degli atti di ispezione e perquisizione, nonché dei sequestri seguenti, qualora eseguiti in violazione dei divieti. La disciplina prevista dall'art. 191 c.p.p. non è, infatti, tanto di ordine etico, quanto di ordine politico costituzionale, mirando a offrire tutela ai diritti garantiti dalla Costituzione, disincentivando le violazioni finalizzate all'acquisizione della prova col prevedere l'inutilizzabilità dei relativi risultati. Ammettere una sanatoria *ex post* significherebbe negare tutela al cittadino vittima degli abusi della polizia giudiziaria, i quali risulterebbero incentivati dall'assenza di conseguenze processuali relativamente all'impiego dei risultati probatori. L'interpretazione censurata violerebbe l'art. 3 Cost, comportando una disparità di trattamento perché negherebbe la conseguenza dell'inutilizzabilità, pur a fronte di una identità di *ratio*, in casi sovrapponibili ad altri, per i quali la legge la prevede espressamente (ad esempio, le intercettazioni eseguite dalla polizia giudiziaria in assenza di decreto motivato dell'autorità giudiziaria). Gli articoli 8 CEDU e 117 co. 1 Cost risulterebbero violati perché l'interpretazione in questione si risolverebbe nella mancata adozione di disincentivi agli abusi posti in essere dall'autorità giudiziaria che implicino indebite interferenze nella vita privata della persona o nel suo domicilio. Secondo l'ordinanza n. 39 del 2018, l'interpretazione maggioritaria violerebbe anche il "principio di necessaria razionalità dell'ordinamento, espresso dall'art. 3 Cost. Secondo l'ord. citata sussisterebbe violazione dell'art. 2 Cost perché mancherebbero garanzie contro le illecite compromissioni dei diritti inviolabili, tra i quali rientra il diritto alla libertà personale; dell'art. 97, comma 3 il quale prevede il principio di legalità a cui sono sottoposti i pubblici poteri; dell'art. 3 Cost., perché i diritti inviolabili della persona dovrebbero essere sullo stesso piano dei diritti della collettività e dello Stato; sempre dell'art. 3 Cost. nella parte in cui l'interpretazione in oggetto, che porta a negare la sanzione dell'inutilizzabilità in relazione a prove acquisite in violazione di un divieto di legge e caratterizzate da una ridotta verificabilità, convive con quella secondo cui l'inutilizzabilità è riconosciuta a fronte di prove vietate perché non verificabili (quali gli scritti anonimi); dell'art 24 Cost., limitando l'esplicazione del diritto di difesa l'ingresso di elementi dei quali non è possibile verificare la genuinità tra le prove utilizzabili.

della inutilizzabilità affonda le proprie radici nel periodo di vigenza del codice del 1930, durante il quale legislazione, dottrina e giurisprudenza avevano maturato l'esigenza di far sorgere "un figura destinata a fraporsi, in termini di maggior incisività, all'impiego di prove vietate dalla legge, in contrapposizione alla tradizionale sanzione della nullità, riservata, invece, alla violazione delle forme degli atti processuali"²³⁷. Pertanto, il legislatore ha scelto di introdurre un meccanismo preclusivo diretto ad eliminare la stessa "idoneità" probatoria di atti vietati dalla legge, differenziando tale istituto dalla inefficacia conseguente alla violazione di regole sancite a pena di nullità dell'atto.

Da qui, il naturale dibattito, sorto tra le file della dottrina e della giurisprudenza, attorno alla individuazione della effettiva portata applicativa dell'istituto della inutilizzabilità. Occorre infatti rilevare come "essendo il diritto alla prova un connotato ineludibile del nuovo processo penale, assunto al rango di paradigma del parametro costituzionale sul <<giusto processo>>, qualsiasi divieto probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale"²³⁸. D'altronde, in virtù delle stesse peculiari funzionalità proprie del sistema delle inutilizzabilità e dei connessi divieti probatori, e dei valori che mirano a tutelare, esiste una varietà di regole di esclusione per ogni livello di lesione dei beni che quelle regole intendono tutelare. Tali divieti devono pertanto trovare fondamento in precise scelte di "politica processuale", che competono in via esclusiva al legislatore, nei limiti della ragionevolezza.

Ad avviso della Corte, da tale premessa è possibile inferire una serie di corollari, ormai consolidati in dottrina e in giurisprudenza. È ormai infatti assodato l'assunto secondo cui l'istituto della inutilizzabilità abbia un regime e una natura giuridica

²³⁷ Si veda l'art. 5 della legge 8.04.1974, n. 98, il quale introduceva l'art. 226 *quinquies* secondo il quale non si poteva tener conto delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge od eseguite in difformità dalle prescrizioni in essa stabilite, nonostante si dicesse "a pena di nullità insanabile da rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del processo", quindi richiamando la tradizione forma di invalidità della nullità. La stessa Corte, con sentenza n. 120 del 1975, chiariva come l'art. in questione impedisse "di tener conto delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o in difformità delle relative prescrizioni, sancendo una nullità insanabile, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Ciò equivale a dire che nessun effetto può derivare da intercettazioni siffatte, le quali debbono ritenersi come inesistenti".

²³⁸ Cass. Sez. Un., 25.03.2010.

totalmente autonomi rispetto al fenomeno della nullità. Si è anche provato a definire l'inutilizzabilità come ipotesi di “difetto funzionale della <<causa>> dell'atto probatorio, vale a dire come una inidoneità dell'atto stesso a svolgere la funzione che l'ordinamento processuale gli assegna”²³⁹. Peraltro, la inutilizzabilità, al pari delle nullità, risponde ai paradigmi della tassatività e legalità, potendo solo la legge stabilire quali siano i diversi divieti probatori.

Poste queste considerazioni, si può affermare non sia possibile estendere in via analogica il principio secondo cui la nullità di un atto determina l'invalidità degli atti successivi e dipendenti da quello dichiarato nullo, previsto dall'art. 185 c.p.p. Tale principio è infatti codificato solo con riguardo alle nullità e “derivando il divieto probatorio e la sanzione dell'inutilizzabilità da una espressa previsione della legge, qualsiasi estensione di tale regime ad atti diversi da quelli cui si riferisce il divieto non potrebbe che essere frutto di una, altrettanto espressa, previsione legislativa”.

Diversamente ragionando, prosegue la Corte, si violerebbe il “rigoroso regime di tassatività e tipicità” che caratterizza la materia dei divieti probatori e della conseguente inutilizzabilità, e si porrebbe in essere un'operazione ermeneutica non consentita, considerata la riserva legislativa che governa scelte di politica processuale di questo tipo.

Con specifico riguardo alla perquisizione illegittima e al successivo sequestro, tutto ciò si traduce nel rifiuto, da parte dei giudici costituzionali, della teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”, secondo la quale l'invalidità della perquisizione si estenderebbe al sequestro, avendo l'effetto di rendere inutilizzabile l'atto di sequestro. D'altronde, anche ritenendo l'art. 191 c.p.p. svolga una funzione di tipo politico costituzionale, mirando ad una effettiva tutela dei valori costituzionali coinvolti, disincentivando le violazioni degli stessi attraverso la previsione dell'inutilizzabilità dei dati conoscitivi così acquisiti, resterebbe necessario un intervento da parte del legislatore. Occorre vi sia uno specifico intervento legislativo che espressamente codifichi l'ipotesi di inutilizzabilità in questione.

²³⁹ Cass. Sez. Un, 25.03.2010.

Svolte queste considerazioni, la Corte giunge pertanto alla declaratoria di inammissibilità della questione sottoposta al suo vaglio, ritenendo la stessa una richiesta di creazione, mediante una non permessa pronuncia additiva e manipolativa, di un nuovo caso di inutilizzabilità ²⁴⁰.

Infine, i giudici ricordano che l'esigenza di introdurre misure volte a disincentivare possibili abusi posti in essere nel corso delle indagini preliminari dalla polizia giudiziaria, cui faceva riferimento il giudice rimettente accogliendo la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato", sembra essere soddisfatta dalla possibilità, prevista dell'ordinamento, di perseguire, in sede disciplinare, o, se del caso, anche penale, la condotta abusiva ²⁴¹.

Pertanto, la posizione espressa nella sentenza in commento si inserisce in un filone dottrinale tradizionale, condiviso e fatto proprio anche dalla giurisprudenza di legittimità ²⁴². L'orientamento ritiene la perquisizione illegittima non dia luogo all'inutilizzabilità probatoria del susseguente sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato ²⁴³.

4. Una diversa soluzione al problema: l'inutilizzabilità come vizio genetico.

La Corte costituzionale, come visto, dichiara inammissibile la questione in ragione del fatto il giudice rimettente abbia avanzato "una richiesta fortemente manipolativa, pretendendo di desumere l'automatica inutilizzabilità degli atti di sequestro, attraverso il trasferimento su di essi dei vizi che affliggerebbero gli atti

²⁴⁰ Peralto, la richiesta di addizione, oltre ad introdurre un nuovo caso di inutilizzabilità di ciò che l'ordinamento prescrive come attività obbligatoria (il sequestro del corpo del reato), al contrario, si propone di introdurre, *ex novo*, uno specifico divieto probatorio, stabilendo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni a tal proposito rese dalla polizia giudiziaria.

²⁴¹ Così, Cass. Sez. I, 28.04.2006.

²⁴² Si veda *ex multis* Cass., Sez. Un., 27.03.1996, Sala, cit., Cass., Sez. II, 5.12.1994, Prisinzano, in Mass. Uff., n. 201267 - 01; Cass., Sez. I, 19.09.1990.

²⁴³ Si veda CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613 e ss.; FERRUA, *La prova nel processo penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, 251 e ss.; SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., 143 e ss.

di perquisizione personale e domiciliare dai quali i sequestri sono scaturiti”²⁴⁴. A nostro avviso, nessuno degli argomenti spesi dal Giudice delle leggi, sopra esposti, giustifica la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata dal Tribunale di Lecce: sarebbe infatti stato possibile pervenire ad una decisione nel merito, o di accoglimento o di rigetto, a secondo dell’orientamento seguito²⁴⁵. Tracciamo quindi l’ipotetico *iter* che ragionevolmente avrebbe dovuto essere seguito ai fini di una pronuncia nel merito.

La Corte avrebbe dovuto assumere come punto di partenza il riconoscimento che l’art. 191 c.p.p. si presta a due diverse letture nella parte in cui afferma che “le prove acquisite in violazione dei divieti stabili dalla legge sono inutilizzabili”²⁴⁶. In particolare, la locuzione “prove acquisite” può assumere – ed ha assunto – due diversi significati: può essere intesa, in un senso più ristretto, come “prove ammesse”, e in un senso più lato come prove “raccolte”, “ottenute”, “reperate”.

La prima prospettiva, influenzata dagli studi in materia svolti da Franco Cordero sin dal codice previgente²⁴⁷, è quella espressa dalla giurisprudenza prevalente, e come tale, costituita in “diritto vivente”²⁴⁸. Intesa in questo modo, la disposizione opera solo laddove sia presente un divieto di ammissione, il quale si realizza quando il giudice risulta privo del potere di assumere la prova. Naturalmente, la sola legge processuale può vietare l’ammissione della prova²⁴⁹. Dunque, le “prove acquisite in violazione della legge” sono le prove inammissibili, previste dalle c.d. regole di esclusione probatoria, cosicché devono ritenersi giuridicamente inesistenti e, conseguentemente, radicalmente inutilizzabili ai fini del convincimento giudiziale²⁵⁰. Costituiscono esempi: lo scritto anonimo, stabilendo l’art. 240 c.p.p. “i

²⁴⁴ Corte Cost., 15.07.2019, n. 219.

²⁴⁵ Così esattamente, P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *disCRIMEN articoli*, 2019, 3.

²⁴⁶ P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 3.

²⁴⁷ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 99 ss.

²⁴⁸ Si vedano F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613 ss.; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 251 ss.

²⁴⁹ B. LAVARINI, *Segreto d’ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 900 s.

²⁵⁰ In questo senso, si veda la sentenza Cass., Sez. III, 30.04.1999, nella parte in cui afferma “l’inutilizzabilità, prevista in via generale dall’art. 191 c.p.p., si riferisce alle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e non a quelle, la cui assunzione, pur consentita, sia avvenuta senza l’osservanza delle formalità prescritte e, in particolare, senza l’intervento del

documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati”; le deposizioni sulle voci correnti nel pubblico, ai sensi dell’art. 194 c.p.p., secondo cui il testimone è esaminato su fatti determinati, non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali; l’assunzione dell’imputato come testimone al di fuori delle ipotesi in cui la testimonianza è ammessa, secondo l’art. 197 c.p.p..

Tuttavia, c’è da dire che, contrariamente a quanto assume la sentenza in questione, letto in questa accezione, l’art. 191 c.p.p. risulta essere una norma tautologica: la prova inammissibile, perché oggetto di un divieto probatorio, è intrinsecamente inutilizzabile ai fini decisori ²⁵¹. Quando si prevede il divieto di testimoniare sulle voci correnti nel pubblico o il divieto l’imputato possa essere assunto come testimone, non è necessario aggiungere altro. È infatti implicito la prova assunta in violazione dei divieti cada nel vuoto, non è necessario ricorrere all’art. 191 c.p.p., dove meramente si ripete che la prova ammessa contro i divieti di legge è inammissibile. La norma generale risulterebbe quindi giuridicamente superflua. In questa prospettiva la funzione dell’art. 191 c.p.p. sarebbe, dunque, limitata ad un mero intento pedagogico e chiarificatore del legislatore, il cui obiettivo sarebbe prevenire i fraintendimenti e gli abusi caratterizzanti il passato, quando, in nome del libero convincimento del giudice, la giurisprudenza recuperava prove illegittimamente ammesse ai fini della decisione.

In quest’ottica l’atto di sequestro, conseguente ad una perquisizione illegittima, risulta pienamente valido. L’art. 253 c.p.p. prevede l’autorità giudiziaria disponga con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l’accertamento dei fatti, non interessandosi delle modalità con le quali i reperti pervengono in possesso dell’autorità giudiziaria; al più, queste

difensore, poiché, in questo caso, si applica la disciplina sulle nullità”; analogamente, Cass., Sez. VI, “la violazione dell’art. 500 c.p.p. in materia di contestazioni all’esame testimoniale non può essere presa in considerazione sotto il profilo della inutilizzabilità della prova. Tale sanzione infatti, ai sensi dell’art. 191 c.p.p. trova applicazione solo quando un elemento probatorio sia stato assunto “in violazione dei divieti stabiliti dalla legge” e non quando l’assunzione, pur consentita, venga effettuata senza l’osservanza delle prescritte formalità, potendo trovare applicazione in tale ipotesi, solo il diverso istituto della nullità”.

²⁵¹ P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 4.

modalità possono rilevare ai fini disciplinari o penali. Pertanto, se tra l'atto di ricerca e di sequestro intercorre un rapporto causale, non si può dire sussista un rapporto giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 191 c.p.p.²⁵². L'interpretazione data dalla Corte nella sentenza n. 219 del 2019 poggia evidentemente su tale lettura restrittiva della norma in questione; dunque, *male perquisitum, male captum, bene retentum*.

L'orientamento opposto, attribuisce invece all'espressione "prove acquisite" il significato di prove ottenute, reperite o raccolte²⁵³. In questa prospettiva, sarebbero inutilizzabili tutte le prove che derivino, sulla base di un rapporto di causa – effetto, da una violazione di legge. In tal senso, risulterebbero non utilizzabili ai fini decisorii non solo le prove non ammesse in quanto tali dalla legge, al contrario, più in generale, tutte quelle che costituiscano l'esito di una violazione della legge. In sostanza, l'illegittimità non riguarda solo l'*an* (cioè la prova inammissibile), ma si estende al *quomodo* (le modalità con cui è acquisita la prova).

La cosa rinvenuta e appresa coattivamente a seguito di perquisizione illegittima è inutilizzabile in quanto ottenuta in spregio alle regole stabilite dalla legge a tutela del domicilio e della libertà personale²⁵⁴. Dunque, secondo questa lettura dell'art. 191 c.p.p., la legge non è necessariamente quella processuale, ma può anche essere penale sostanziale, come nell'ipotesi di una testimonianza raccolta in violazione del segreto professionale sanzionato dal codice penale ai sensi dell'art. 622 c.p.

Secondo questa interpretazione, l'art. 191 c.p.p. risulta essere una norma centrale nel sistema probatorio, non risolvendosi in una mera tautologia²⁵⁵. Appaiono così superflue tutte le nullità e le specifiche previsioni di inutilizzabilità contemplate dal

²⁵² P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 4.

²⁵³ In tal senso si veda, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 157 ss.; L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata dalle prove acquisite con susseguente sequestro*, cit., 1547 ss.; R. GAMBINI, *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1289 ss.; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, cit., 1878 ss.

²⁵⁴ P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 5.

²⁵⁵ In tal senso F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 54 ss.

codice di rito per le violazioni in materia probatoria; tutte le ipotesi sarebbero assorbite dalla generale previsione di inutilizzabilità ²⁵⁶. Qualsiasi deviazione dall'*iter* previsto dalla legge per l'assunzione di una prova diventa rilevante e sanzionabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Pertanto, nello specifico caso in esame, l'atto di sequestro sarebbe inutilizzabile non in virtù di un'ipotetica inutilizzabilità derivata; non vi sarebbe un trasferimento dell'illegittimità della perquisizione al conseguente sequestro. L'atto non potrebbe entrare all'interno del materiale conoscitivo utile per la decisione del giudice in ragione di una intrinseca illegittimità. Il vizio affligge il sequestro da un punto di vista genetico, con ciò intendendosi la difformità dell'atto rispetto al modello legale, non sotto un punto di vista funzionale, cioè nel suo legame dinamico con il precedente atto di perquisizione ²⁵⁷.

La Corte poi, nella sentenza in esame, ritiene l'istituto della inutilizzabilità sfugga al fenomeno dell'invalidità derivata, prevista dall'art. 185 c.p.p. in tema di nullità. È un discorso alquanto equivoco, dal momento in cui, correttamente intesa, l'invalidità derivata non trova cittadinanza in materia probatoria, indipendentemente dalla circostanza la prova sia nulla o inutilizzabile ²⁵⁸. Occorre delineare con certezza la nozione di "dipendenza" a cui allude l'art. 185 c.p.p.: la dipendenza è solo quella di tipo giuridico, di tipo meccanico, che si concretizza quando un atto, a livello legislativo, rappresenta il presupposto, la *condicio sine qua non*, per il compimento di un altro atto (si pensi all'ipotesi in cui la citazione sia nulla, contagiando gli atti del dibattimento successivo). Pertanto, l'invalidità derivata attiene ai c.d. atti propulsivi, quegli atti che si inseriscono come necessari nella serie procedimentale ²⁵⁹, non riguarda le prove ²⁶⁰.

²⁵⁶ Sempre P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 5.

²⁵⁷ In senso opposto, Cass., Sez. V, 22.09.1995, Cavarero, in Cass. pen., 1996, 1545.

²⁵⁸ P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 5.

²⁵⁹ F. CORDERO, *Procedura*, cit., 1992 ss.; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 199.

²⁶⁰ Si pone in questa prospettiva A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2013, 115: "come stabilisce chiaramente l'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità opera in conseguenza della violazione di un divieto: la prova può essere estromessa in quanto di per sé vietata (art. 240 c.p.p.), oppure perché formata attraverso modalità vietate (art. 188 c.p.p.). Questo vizio è dunque lo strumento attraverso il quale

La valutazione posta in essere dall'organo giudicante nella decisione di una prova invalida, sia essa nulla o inutilizzabile, si risolve in un vizio della motivazione, non essendo presente alcuna nullità derivata. Peraltro, anche ritenendo nulla la perquisizione, il vizio non si estenderebbe al conseguente sequestro in forza dell'art. 185 c.p.p., perché non vi è nessuna previsione che qualifichi la perquisizione come atto necessario per il compimento di un sequestro.

L'inutilizzabilità del sequestro può derivare allora solo da un'interpretazione dell'art. 191 c.p.p. nel senso sopra esposto; qualsiasi violazione posta in essere durante la raccolta della prova rende la prova non utilizzabile dal giudice ²⁶¹.

(segue). Una singolare sentenza di inammissibilità.

In base al percorso argomentativo appena svolto, non si comprende perché la Corte abbia emesso una sentenza di inammissibilità della questione di legittimità sollevata, anziché affrontare la stessa nel merito ²⁶². Il giudice di merito aveva,

viene selezionato il materiale probatorio fruibile nel corso del procedimento. L'invalidità derivata ha tutt'altra origine e opera in situazioni completamente differenti: essa rimuove dal processo atti <<formalmente perfetti>>, meritevoli di essere esclusi in quanto appartenenti a una sequenza viziata. L'atto contagiato corrisponde al proprio modello legale e non ha alcun difetto; eppure viene travolto dalla nullità. Questo fenomeno consente allora di invalidare una serie di atti, in cui l'elemento <<presupposto>> non permetteva il compimento di quelli successivi. Da una parte, vi sono prove vietate, che entrano nel procedimento nonostante il divieto di acquisirle; dall'altra, atti legittimi – se singolarmente considerati – la cui contrarietà alla legge non sta propriamente in sé, ma <<deriva>> da quelli che li hanno preceduti. Dovrebbe quindi essere chiara l'irriducibile distinzione fra la violazione di un divieto e un fenomeno di contaminazione: secondo quanto afferma l'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità opera nel primo caso ed è estranea al secondo". Analogamente si pronuncia N. GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata" (nota a margine di Corte cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219, e a Corte cost., sent. 26 novembre 2020 n. 252)*, in *Sistema penale*, 3/2021, 158: "la eliminazione dal quadro probatorio della prova illegittima è garantito da quello che si era definito lo stesso effetto intrinseco della inutilizzabilità che, coniugato al principio di autosufficienza che connota la sanzione, si esprime in sintesi nel concetto di relazione sottostante alla fattispecie. Che si misuri con un provvedimento o un atto, l'inutilizzabilità non necessita di estensione, bastando l'illegittimità a funzionare in sé da sbarramento all'atto cui inerisce, quale che sia, senza che possa essere opposta la insussistenza di un principio ad hoc ovvero la inapplicabilità di una regola prevista per la nullità".

²⁶¹ P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 5. Nello stesso senso, G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *Archivio penale* 2017, n. 2, 7.

²⁶² Così ancora, P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 6.; G. PICARO, *Perquisizione*

correttamente, rilevato come l'interpretazione dell'art. 191 c.p.p. volta ad escludere la sanzione della inutilizzabilità nel caso di sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato successivo a una perquisizione illegittima, in ragione della natura di atto dovuto di tale sequestro ai sensi dell'art. 253 c.p.p., costituisca "diritto vivente" in quanto espresso dalla giurisprudenza assolutamente prevalente. Il medesimo giudice dubitava però questa limitazione fosse compatibile con il dettato costituzionale, in tema di libertà personale e del domicilio, dovendo dalla violazione delle stesse discendere una sanzione processuale, quale l'estensione dell'inutilizzabilità dell'art. 191 c.p.p. alle cose sequestrate a seguito di una perquisizione illegittima.

Il Giudice delle leggi ben avrebbe potuto fornire una risposta al quesito sollevato, dichiarando infondata la questione, o accoglierla, a seconda della prospettiva seguita. Nel caso l'avesse accolta avrebbe potuto dichiarare illegittimo l'art. 191, comma 1 c.p.p. nella parte in cui non considera inutilizzabili le cose apprese coattivamente a seguito di perquisizione illegittima, ovvero dichiarare illegittimo in via derivata l'art. 253 c.p.p. laddove ammette il sequestro anche a seguito di una perquisizione illegittima.

Non si comprende cosa vi sia di "fortemente manipolativo" nella questione di legittimità sollevata. Del resto, se tale sentenza viene considerata manipolativa, lo sono per coerenza buona parte delle sentenze di accoglimento, e in particolare le numerose sentenze additive emanate nel passato²⁶³. Ciò che si avverte è la tendenza della Corte a dichiarare inammissibili le questioni sollevate, salvo poi inserire nella motivazione numerosi *obiter dicta*, più adatti ad una decisione nel merito²⁶⁴.

illegittima e limiti dell'inutilizzabilità, in *Archivio penale* 2017, n. 2, 7, si allinea a tale prospettazione.

²⁶³ Si pensi alla sentenza Corte Cost., 26.10.1998, relativa all'art. 513 c.p.p.

²⁶⁴ In questo senso, è esemplare la sentenza 132 del 2019, la quale, a seguito di una dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata relativa all'art. 525 c.p.p., ha suggerito al legislatore di introdurre deroghe alla rinnovazione delle prove in caso di rinvio del dibattimento davanti ad un diverso collegio giudicante; tutto ciò senza accennare a profili di illegittimità della disciplina previgente. Si vedano i contributi di P. FERRUA, O. MAZZA, D. NEGRI, L. ZILLETTI nel *Confronto di idee su: La post immediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)* in *Arch. Pen.*, 2019, 2 (online).

Ma l'aspetto più singolare nella sentenza in esame, avuto riguardo alla motivazione, è il seguente: se la richiesta da parte del giudice di merito è manipolativa, la possibilità di sollevare la questione di incostituzionalità dell'art. 191 c.p.p., relativamente al rapporto sussistente tra perquisizione e sequestro, e quindi di vedere affermata o negata la legittimità, è persa per sempre. La disposizione risulta blindata, e non perché ne sia stata accertata la conformità alla Carta costituzionale, ma perché le eccezioni sollevate sarebbero manipolative ²⁶⁵.

Analizzando i contenuti della sentenza, si può ritenere la Corte, se avesse deciso di affrontare nel merito la questione, l'avrebbe dichiarata infondata. Si allude, in particolare, al passaggio in cui la Corte afferma che “se è vero quanto afferma il giudice *a quo* a proposito del fatto che le regole che stabiliscono divieti probatori riposano essenzialmente sulla esigenza di introdurre misure volte anche a disincentivare possibili <<abusi>> ... è altrettanto vero che un simile obiettivo viene in ogni modo perseguito dall'ordinamento attraverso la persecuzione diretta, in sede disciplinare, o, se del caso, anche penale, della condotta “abusiva” che possa essere stata posta in essere dalla polizia giudiziaria”.

Perché quindi la Corte, avendo fatto propria questa prospettiva, non ha dichiarato infondata la questione? Si può ipotizzare abbia preferito limitarsi ad una sentenza di inammissibilità perché un rigetto avrebbe significato contraddire il precedente della sentenza n. 34 del 1973, laddove si era avvertito il “dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito”. Contemporaneamente, l'*obiter dictum* sulla sufficienza delle sanzioni disciplinari e penali volte a disincentivare gli abusi perpetrati dalla polizia giudiziaria, si può dire abbia avuto come intento quello di dissuadere i giudici dal proporre, in futuro, ulteriori questioni di costituzionalità sul medesimo tema. Resta ovviamente il rammarico si sia persa un'importante

²⁶⁵ Così autorevolmente, P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019, 5. Nello stesso senso, G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *Archivio penale* 2017, n. 2, 7.

occasione per fare chiarezza su una questione rilevante e al centro di un ampio dibattito²⁶⁶.

5. Perquisizione illegittima: nuove prospettive con la Riforma Cartabia.

Alla luce delle considerazioni effettuate, senza dover ricorrere alla categoria della inutilizzabilità derivata, è da ritenere sia la stessa illegittimità della perquisizione a sancire l'inutilizzabilità del sequestro conseguente. Volendo trovare conferma nella giurisprudenza sovranazionale, si consideri la sentenza *Brazzi contro Italia*, pronunciata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Rileva ai nostri fini in quanto la stessa afferma sia la perquisizione in sé, indipendentemente dagli atti conseguenti e a prescindere dall'utilità o meno dei risultati ottenuti, a generarne l'illegittimità in mancanza delle garanzie prescritte per l'esecuzione.

Con sentenza del 27 settembre 2018, la Corte di Strasburgo, in un caso di perquisizione domiciliare disposta dal pubblico ministero, non seguita da sequestro, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata), ritenendo che il ricorrente non disponesse né di un controllo giurisdizionale *ex ante* della misura né di un sindacato *ex post* della legittimità della stessa.

Nel caso concreto, il ricorrente era indagato per il reato di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000, perché, sebbene da un punto di vista formale residente in Germania, aveva conservato il proprio domicilio fiscale in Italia, ed aveva pertanto omesso di presentare le relative dichiarazioni fiscali per il periodo d'imposta 2003. Nei confronti dello stesso il pubblico ministero disponeva di effettuare perquisizione domiciliare ed eventuale sequestro, al fine di acquisire documenti pertinenti al reato per il quale si procedeva. La perquisizione aveva esito negativo, nessun reperto

²⁶⁶ Giunge a tale conclusione P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019.

veniva rinvenuto; il ricorrente depositava una memoria difensiva nella quale contestava la necessità della perquisizione, dimostrando di risiedere principalmente in Germania e di versare regolarmente le sue imposte in tale Paese, e chiedeva, pertanto, venisse disposta l'archiviazione del procedimento. Il pubblico ministero presentava richiesta di archiviazione poi accolta. Veniva quindi dal ricorrente proposto ricorso per Cassazione avverso la perquisizione.

La Corte di cassazione dichiarava il ricorso inammissibile, affermando gli artt. 247 e seguenti cpp non prevedessero, nel caso alla perquisizione non faccia seguito un atto di sequestro, alcuna impugnazione; il mandato di perquisizione poteva essere oggetto di un riesame ai sensi dell'art. 257 c.p.p. solo se seguito da un sequestro di beni. Inoltre, non era ammissibile neppure il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., dal momento in cui il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero, non seguito da sequestro, non costituisce un provvedimento decisorio e, a differenza della perquisizione personale, non ha alcuna incidenza sulla libertà personale. Infine, in caso di violazione delle norme relative allo svolgimento della perquisizione, la stessa non era inquadrabile in nessuna delle ipotesi di nullità previste dall'art. 178, comma 1, lett. c) o di inutilizzabilità di cui all'art. 191, riguardando la violazione non l'atto in sé, ma le modalità della sua esecuzione e, pertanto, esulando dalla sfera di applicabilità della norma, la quale riguarda l'acquisizione probatoria dell'atto. In caso di inosservanza da parte delle norme e dei limiti che disciplinano la perquisizione, erano possibili unicamente sanzioni disciplinari contro le forze di polizia tributaria che avevano effettuato le operazioni.

Il ricorrente adiva, dunque, la Corte di Strasburgo affermando che la perquisizione della sua abitazione aveva costituito un'ingiustificata ingerenza nell'esercizio del suo diritto al rispetto della vita privata e del suo domicilio, così come tutelati dall'articolo 8 della Convenzione.

La Corte ha affermato che, "in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo *a posteriori* della misura adottata, le garanzie della legislazione italiana non sono state sufficienti per evitare abusi da parte delle

autorità incaricate dell'indagine penale”²⁶⁷. Sebbene la misura abbia una base legale costituita dalle norme del codice di procedura penale, “il diritto interno non ha offerto al ricorrente sufficienti garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione”. Conseguentemente, l'interessato non ha beneficiato di un “controllo effettivo” come richiede “uno Stato di diritto in una società democratica”. Pertanto, la Corte ha concluso si sia consumata un'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio del ricorrente non prevista dalla legge nel senso richiesto dall'articolo 8, par. 2 della Convenzione.

La Corte europea motiva questa decisione affermando che la perquisizione in oggetto, rappresentando una ingerenza delle autorità pubbliche nel diritto alla vita privata del privato cittadino, debba essere “prevista dalla legge” e “necessaria in una società democratica”. Relativamente al requisito della base legale, la Corte osserva che la perquisizione in questione si fonda sulle norme contenute negli articoli 247 e ss. del codice di rito, le quali non pongono alcun problema di prevedibilità. Tale presupposto richiede però il diritto interno offra anche delle garanzie adeguate e sufficienti contro l'arbitrarietà e l'abuso dei pubblici poteri che, in materia di perquisizioni, consistono nella necessità di un controllo giurisdizionale, al fine di assicurare un accertamento sull'ingerenza dei pubblici poteri.

Prosegue la Corte di Strasburgo affermando che, laddove la legislazione interna non preveda un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legalità e necessità di tale misura, dovrebbero esistere altre garanzie, sul piano dell'esecuzione del mandato, di natura tale da “controbilanciare le imperfezioni legate alla fase di emissione del mandato stesso”. Nel sistema italiano, evidenzia la Corte, non è previsto un controllo *ex ante* delle perquisizioni ordinate nella fase delle indagini preliminari, “non è previsto che il Pubblico Ministero, nella sua qualità di Magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione”. Qualora tale controllo *ex ante* non sia previsto, anche un controllo *ex post* sulla legittimità e necessità della misura, può rappresentare una garanzia adeguata a norma dell'articolo 8 della Convenzione,

²⁶⁷ C. eur., 27.09.2018, Brazzi c. Italia.

sempre laddove sia un “controllo giurisdizionale effettivo”. La Corte ricorda di aver già ritenuto tale rimedio possa essere rinvenuto nella sanzione processuale dell’inutilizzabilità del risultato probatorio. Tuttavia, si rileva che, nel caso in esame, avendo la perquisizione avuto esito negativo e non essendovi quindi alcun elemento di prova da rendere inutilizzabile, il rimedio non poteva essere esperito.

Infine, la Corte precisa che il ricorrente non avrebbe potuto nemmeno ottenere il riesame della misura, rimedio previsto solo nelle ipotesi in cui alla perquisizione sia seguito il sequestro di beni rinvenuti durante l’attività di ricerca; nel caso di specie alla perquisizione non aveva infatti fatto seguito il sequestro.

La Corte censura l’ordinamento italiano relativamente alla mancanza di un rimedio giurisdizionale successivo al compimento della perquisizione, ma la sentenza non individua uno specifico rimedio, fornisce solo delle indicazioni di massima, riferendosi a precedenti decisioni nelle quali la Corte ha affrontato questioni analoghe. Ad esempio, come già accennato, il giudice di Strasburgo ricorda che la possibilità del soggetto di contestare la legittimità e la necessità della misura investigativa adottata e, se del caso, di ottenere la declaratoria d’inutilizzabilità, costituisce un rimedio giurisdizionale effettivo, ma nel caso in esame, tale rimedio di carattere processuale non avrebbe potuto essere esperito; la perquisizione aveva infatti avuto esito negativo e non vi era alcun elemento di prova da rendere inutilizzabile in un processo che, inoltre, non era mai iniziato.

Pertanto, si richiede un rimedio di natura processuale che consenta al soggetto destinatario di un atto invasivo della propria sfera personale di dedurre le proprie doglianze dinanzi ad una giurisdizione terza rispetto a quella che ha disposto la misura. La possibilità di ottenere tale scrutinio sembrerebbe idoneo ad elidere le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla illegittima ingerenza nella sfera privata del soggetto, e quindi si tratta, di per sé, un rimedio effettivo nel senso richiesto dall’articolo 8 della Convenzione.

Con legge 27.09.2021, n. 134 (*“Delega al governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”*) si delegava allora il Governo di porre rimedio a tale lacuna normativa. Con la pubblicazione della legge citata arrivava

ufficialmente in porto la riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale. Si può dire rappresenti la prima riforma organica in materia di giustizia penale approvata dal Parlamento, su iniziativa della ministra Marta Cartabia ²⁶⁸.

Efficienza è la parola chiave della riforma: efficienza del processo, e con essa, della giustizia. Gli interventi riformatori fanno seguito all'esigenza di raggiungere precisi e ineludibili obiettivi previsti dal P.N.R.R., concordati dal Governo con la Commissione Europea: la riduzione dei tempi del processo entro i prossimi cinque anni, nei tre gradi di giudizio, al 25% nell'ambito penale e al 40% in quello civile. Dal raggiungimento di questi obiettivi dipendono i fondi europei legati al P.N.R.R., indispensabili per la ripresa del Paese ²⁶⁹. Mai come prima, gli interventi normativi vertono sul tema della qualità e organizzazione della giustizia, intese come fattori fondamentali per la giustizia. L'opinione pubblica, concentrata sull'acceso dibattito riguardante la prescrizione del reato e l'improcedibilità, non si è resa conto della vastità degli interventi riformatori contemplati dalla legge delega ²⁷⁰. Infatti, tali interventi attraversano l'intero processo penale, dalla fase delle indagini preliminari al giudizio di legittimità, arrivando a coprire istituti del sistema sanzionatorio e aprendo la strada alla giustizia riparativa.

Il 28 settembre 2022 il Governo ha dato compiuta attuazione alla delega, approvando in via definitiva lo schema di decreto legislativo, predisposto anche sulla base delle conclusioni e delle proposte dei sei gruppi di lavoro costituiti a tale scopo dalla Ministra della Giustizia Cartabia, poi entrato in vigore il 1 novembre 2022. Il decreto legislativo prevede novantanove articoli, tramite i quali si interviene sul codice penale, sul codice di procedura penale, nonché sulle leggi complementari, e si delinea una disciplina organica della giustizia riparativa.

Per ciò che in questa sede interessa, l'art. 1, co. 24 della legge n. 134 delegava il Governo a colmare la lacuna normativa in tema di perquisizione illegittima non seguita da sequestro, introducendo un nuovo rimedio giurisdizionale: la persona

²⁶⁸ Una riforma gemella, riguardante il processo civile, è stata approvata dal Senato nel settembre 2021 e il relativo d. lgs. 10.10.2022 n. 149 è entrato in vigore il 18.10.2022.

²⁶⁹ Lo ha ricordato la stessa Marta Cartabia, in più interventi nella rivista *Sistema penale*.

²⁷⁰ Così G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema penale*, 2021.

sottoposta avrebbe dovuto avere il diritto di proporre opposizione innanzi al giudice delle indagini preliminari avverso il decreto di perquisizione cui non faccia seguito un provvedimento di sequestro ²⁷¹.

Con riguardo al decreto legislativo attuativo del 10.10.2022, n. 150, l'art. 12 prevede al Titolo III del Libro III del codice di procedura penale, dopo l'articolo 252, sia inserito il seguente: "Art. 252 -bis (Opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero). 1. Salvo che alla perquisizione sia seguito il sequestro, contro il decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e la persona nei cui confronti la perquisizione è stata disposta o eseguita possono proporre opposizione, sulla quale il giudice provvede a norma dell'articolo 127. 2. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro dieci giorni dalla data di esecuzione del provvedimento o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuta perquisizione. 3. Il giudice accoglie l'opposizione quando accerta che la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge".

Pertanto, come accennato, si può concludere la condanna da parte della Corte europea per l'assenza di una disposizione codicistica che preveda un rimedio giurisdizionale nel caso di perquisizione non seguita da sequestro, e gli interventi riformatori a cui ha dato luogo la stessa, accentui l'incidenza dell'irritualità in sé dell'atto di ricerca della prova ²⁷².

²⁷¹ Si legge nella Relazione della Commissione Lattanzi, "la modifica è volta a colmare un vuoto di tutela dell'ordinamento processuale penale italiano messo in luce dalla Corte di Strasburgo (Corte edu, sez. I, Brazzi c. Italia), la quale ha ritenuto l'Italia responsabile per aver violato l'art. 8, par. 2 CEDU, in una fattispecie in cui il ricorrente si era lamentato di non aver potuto beneficiare di alcun controllo giurisdizionale preventivo o a posteriori nei confronti di una perquisizione disposta in indagini a seguito della quale non era stato sequestrato alcun bene".

²⁷² Così, N. GALANTINI, in *Alla ricerca della 'inutilizzabilità derivata'*, cit., 162.

CAPITOLO III

Un approccio comparatistico: uno sguardo al sistema inglese.

SOMMARIO: 1. Un'alternativa al modello italiano: il sistema discrezionale. a. (segue) L'esclusione fondata sull'attendibilità della prova. b. (segue) L'esclusione fondata sull'attendibilità della prova e il pregiudizio per altri valori. 2. Il sistema inglese. Sezione 78 P.a.c.e. a (segue) La giurisprudenza della Sezione 78. b. (segue) "*Significant and substantial*" *illegality*. c. (segue) Il futuro della Sezione 78. 3. *Fair trial e Human Rights Act*. 4. In tema di perquisizione e sequestro.

1. Un'alternativa al modello italiano: il sistema discrezionale.

Come visto, le regole di esclusione vietano al giudice di impiegare determinati dati conoscitivi ai fini del convincimento giudiziale; ogni qual volta una norma giuridica preveda una forma di inefficacia di una prova si è in presenza di una regola di esclusione²⁷³. Nel sistema italiano, si possono individuare le regole di esclusione probatoria nelle norme che prevedono le ipotesi di inutilizzabilità²⁷⁴. Tale sanzione, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., riguarda le prove oggetto di divieti di acquisizione. Questi ultimi sono previsti da specifiche disposizioni, le quali talvolta mirano a integrare la norma generale dell'art. 191 c.p.p., fissando i presupposti dell'effetto da questa previsto, talaltra configurano fattispecie autonome²⁷⁵.

La tipologia di regole di esclusione prevista dal nostro ordinamento non è però l'unica ipotizzabile. In ogni ordinamento sono previsti divieti probatori, ma esistono diverse tecniche di previsione. Se da un lato, con l'art. 191 c.p.p., il

²⁷³ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, 3.

²⁷⁴ Per l'identificazione delle ipotesi di inutilizzabilità quali "regole di esclusione" si vedano E. FASSONE, *L'utilizzazione degli atti. La valutazione della prova*, in *Quad. C.S.M.*, 1989, n. 27, 528, e G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, 324.

²⁷⁵ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 148, effettua questa distinzione.

legislatore ha “incatenato” il giudice ai limiti di ammissibilità della prova ²⁷⁶, dall’altro, esiste un modello alternativo, il quale trova accoglienza in altri ordinamenti e in ambito di giustizia penale internazionale. In questo modello, le regole di esclusione si caratterizzano per richiedere giudizi non solo di tipo interpretativo, ma anche di tipo induttivo, mirando gli stessi a stabilire il potenziale peso conoscitivo della prova da ammettere oppure a valutare il pregiudizio che potrebbe derivare dall’eventuale ammissione del dato probatorio, rispetto ad altri valori protetti dalla legge ²⁷⁷.

In sostanza, in alcuni ordinamenti si fa ricorso al principio del bilanciamento (o di proporzionalità) tra l’entità della lesione del diritto soggettivo e l’utilità del dato conoscitivo così acquisito, al fine di ritenere utilizzabili anche *contra reum* prove vietate ²⁷⁸. Pertanto, la struttura di tali regole di esclusione risulta essere più elastica rispetto alle norme previste dal sistema italiano, e le stesse si possono conseguentemente definire regole di “esclusione discrezionale” ²⁷⁹. Esse, seppur non attribuendo al giudice una totale libertà di scelta, in merito all’ammissibilità o inammissibilità di una prova, conferiscono allo stesso un’elevata discrezionalità; i parametri stabiliti dalla legge volti a vincolare l’attività discrezionale, infatti, devono comunque essere specificati nel loro contenuto dal giudice nel caso concreto ²⁸⁰.

Può essere utile analizzare la genesi che ha portato alla formulazione di tali regole di esclusione, al fine di comprendere le ragioni e i principi sottostanti. All’inizio del XIX secolo, il sistema inglese delle regole di esclusione veniva sottoposto ad un pesante attacco da parte di Jeremy Bentham, secondo il quale il giudice avrebbe dovuto essere libero di selezionare e valutare la maggior parte del panorama probatorio ²⁸¹. Le regole di esclusione avrebbero dovuto essere abbandonate e

²⁷⁶ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 338.

²⁷⁷ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 37.

²⁷⁸ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 338. L’Autrice osserva come la teoria del bilanciamento sia una forma di ragion pratica, rappresentante una riedizione, più sofisticata e accettabile, del principio del libero convincimento.

²⁷⁹ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 37.

²⁸⁰ A proposito di “discrezionalità vincolata” cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Utet, Torino, 1956, 168.

²⁸¹ Si veda J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence* (Hunt and Clarke, London, 1827), in particolare i volumi IV e V.

sostituite dal principio della *free proof*, in virtù della stessa intrinseca finalità del processo di accertamento della verità²⁸². Emblematica è l'affermazione: “*evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice*”²⁸³. Pertanto, le regole di esclusione troverebbero esclusiva giustificazione in un interesse corporativo della classe dei giuristi (“*Judge and Co*”): anzitutto, i giudici trarrebbero beneficio perché, da un lato, sarebbero esonerati dalla valutazione del peso del materiale probatorio, dall'altro, risultando depositari di un sapere specialistico essenziale per la decisione del processo, il loro prestigio sociale agli occhi della società aumenterebbe²⁸⁴. Inoltre, risulterebbero avvantaggiati gli avvocati, i quali, dal momento in cui, aumentando la complessità del sistema giudiziario, e così allungandosi la durata dei processi, vedrebbero le occasioni di guadagno decisamente accresciute²⁸⁵. Sulla scorta di queste considerazioni Bentham propone dunque l'eliminazione delle più tipiche *exclusionary rules* del processo inglese, mediante la loro formale soppressione o l'estensione delle loro eccezioni.

Secondo il pensiero di Bentham, il legislatore dovrebbe fissare “istruzioni” (“*instructions*”), cioè avvertimenti non vincolanti relativi alla falsità di alcuni dati probatori, non invece regole serrate da cui il giudice non può distaccarsi. In tal modo, il giudice risulterebbe comunque avvertito del pericolo insito nell'utilizzo di determinate prove, ma al tempo stesso non sarebbe obbligato ad escluderle dal materiale conoscitivo da lui utilizzabile²⁸⁶.

Tali proposte hanno generato un ampio dibattito in merito alla possibilità, se non di abrogare le regole di esclusione, di rendere quantomeno più flessibili²⁸⁷. Negli Stati Uniti, dopo vari tentativi di riformare la *law of evidence*²⁸⁸, nel 1975 si prevedono le *federal rules of evidence*, le quali, se da un lato recepiscono molte delle regole

²⁸² Così J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV, cit., 477; Vol. V, cit., 9.

²⁸³ J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. V, cit., 1.

²⁸⁴ J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV, cit., 13.

²⁸⁵ Sempre J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV, cit., 13.

²⁸⁶ J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. I, cit., 28; vol. V, cit., 614.

²⁸⁷ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 40.

²⁸⁸ E. SWIFT, *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph*, in 88 *Cal. Law Rev.*, 2000, 2455 ss e E. A. SCALLEN, *Symposium: Analyzing “the Politics of Evidence Rulemaking”*, in 53 *Hastings Law Journal*, 2002, 843 ss. riportano la vicenda della redazione del *Model Code of Evidence*, il quale avrebbe dovuto sostituire le regole di esclusione dettagliate proprie del *common law*, con delle guidelines sull'utilizzabilità delle prove.

classiche della *common law*, dall'altro, in molti casi ne modificano la struttura, accrescendo la discrezionalità del giudice nella loro applicazione.

a. (segue) *L'esclusione fondata sull'attendibilità della prova.*

E' possibile effettuare una distinzione tra le regole di esclusione discrezionale sulla base del giudizio che deve essere posto in essere al fine di ammettere la prova ²⁸⁹. Una prima tipologia di regole prevede la decisione di ammettere la prova sia subordinata ad una valutazione di attendibilità della stessa. Come visto, in presenza di tali regole alla discrezionalità tipica dei giudizi interpretativi si aggiunge quella proprio dei giudizi induttivi. Il giudice deve, infatti, valutare il peso conoscitivo della prova, servendosi a tal fine di tutti i criteri di inferenza che la scienza e l'esperienza comune gli offrono.

Un esempio lo si rinviene, nel sistema anglosassone, nell'eccezione alla regola (*hearsay rule*) per cui risultano inutilizzabili le dichiarazioni raccolte durante le indagini preliminari senza contraddittorio (*out of court statements*): queste ultime, qualora dotate di "probabile affidabilità" (*circumstantial probability of trustworthiness*), possono essere utilizzate dal giudice. Risuona in questa previsione il pensiero di Bentham: secondo questi, sebbene le dichiarazioni "per sentito dire" vadano considerate con sospetto, dovrebbero poter essere liberamente impiegate; l'inutilizzabilità delle stesse, restringendo il materiale probatorio a disposizione del giudice, porta con sé il rischio di giungere ad una decisione errata ²⁹⁰.

Una disposizione di tale tenore è prevista dalla *federal rule 807* ²⁹¹. L'utilizzo del parametro della *circumstantial probability of worthiness*, ai fini della decisione

²⁸⁹ Per tale distinzione si veda M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 41.

²⁹⁰ J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. III, 555.

²⁹¹ Una *hearsay statement* "having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness, is not excluded by the hearsay rule, if the court determines that (a) the statement is offered as evidence of a material fact; (b) the statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent can procure through reasonable efforts; and (c) the general purposes of these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence".

sull'esclusione delle prove, è poi ribadito dalla Corte Suprema federale nella decisione *Ohio v. Roberts* del 1980. Nella stessa si afferma la prova *de relato* debba ritenersi ammissibile laddove sia ragionevole prevedere che l'assunzione della prova nel dibattimento non condurrebbe ad un risultato probatorio più affidabile dal punto di vista cognitivo; l'*hearsay* risulta formato in un contesto che ne garantisce, di per sé, l'affidabilità ²⁹². L'eccezione alla *hearsay rule* ha visto notevolmente ampliata la propria portata operativa giungendo a sostituire il rapporto regola – eccezione con un approccio *case by case*. Pertanto, è facile concludere i profili discrezionali della regola risultino incrementati ²⁹³.

b. (segue) L'esclusione fondata sull'attendibilità della prova e il pregiudizio per altri valori.

Come accennato, una seconda tipologia di regole di esclusione discrezionale prevede sia considerato, oltre al peso conoscitivo della prova, l'eventuale pregiudizio per altri valori fondamentali che deriverebbe dall'acquisizione dalla prova ²⁹⁴. In tal caso, il giudice, al fine di decidere se ammettere la prova, deve effettuare un bilanciamento tra gli interessi in gioco e determinare quale debba prevalere.

Anche in questa ipotesi è possibile cogliere il pensiero di Bentham ²⁹⁵: lo stesso ritiene conveniente l'esclusione di una prova solo qualora la stessa determini un pregiudizio per il raggiungimento della verità superiore ai danni nei confronti delle parti, del giudice e dei testimoni, alle spese ed al ritardo che la sua acquisizione comporterebbe. Pertanto, si teorizza una regola di esclusione basata sui criteri della “*confusion of issues*” e dell’“*undue prejudice*”. La prima evenienza ricorre quando il dato probatorio, sebbene rilevante, sortisca l'effetto di spostare l'attenzione del giudice o della giuria su un tema secondario rispetto all'oggetto del processo,

²⁹² Cfr. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 1980.

²⁹³ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 42.

²⁹⁴ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 41.

²⁹⁵ J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV, cit., 479.

oppure renda estremamente difficile l'accertamento dei fatti, complicando eccessivamente la controversia. Viceversa, quando la prova, nonostante abbia un apprezzabile valore conoscitivo, rischia di rendere la decisione, del giudice o della giuria, irrazionale, si è in presenza dell'"undue prejudice"²⁹⁶.

Si pone in questa ottica, conferendo al giudice una *guided discretion*²⁹⁷, la *federal rule 403*²⁹⁸, una norma sussidiaria che si applica laddove non siano presenti più specifiche regole di esclusione. Anche nel sistema inglese è prevista una disposizione di questo tenore, inizialmente introdotta dalla giurisprudenza²⁹⁹, poi ribadita dalla sezione 82 (3) *Police and criminal evidence act* (P.a.c.e.) del 1984³⁰⁰ e dal *Criminal justice act* (C.j.a.) del 2003³⁰¹. A livello sovranazionale, una regola del genere è ripresa dalle *Rules of procedure and evidence* del Tribunale penale

²⁹⁶ Cfr. per tali nozioni J. H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-american System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. VI, Little, Brown, Boston, 1940, 489.

²⁹⁷ E. SWIFT, *One Hundred Years*, cit., 2442.

²⁹⁸ "Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence". La *federal rule 102* prevede poi che tutte le *rules of evidence* "shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined".

²⁹⁹ Si veda la decisione *R. v. Sang*, A.C. 402 (1980).

³⁰⁰ "Nothing in this part of this act shall prejudice any power of a court to exclude evidence (whether by preventing questions from being put on otherwise) as its discretion".

³⁰¹ La sezione 114 (1) (d) C.j.a. prevede un'eccezione ampia e generalizzata alla hearsay rule, stabilendosi che la dichiarazione resa out of court è ammissibile «if the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible». Secondo la sezione 114 (2) C.j.a., a tale fine, il giudice deve considerare «(a) how much probative value the statement has (assuming it to be true) in relation to a matter in issue in the proceedings, or how valuable it is for the understanding of other evidence in the case; (b) what other evidence has been, or can be, given on the matter or evidence mentioned in paragraph (a); (c) how important the matter or evidence mentioned in paragraph (a) is in the context of the case as a whole; (d) the circumstances in which the statement was made; (e) how reliable the maker of the statement appears to be; (f) how reliable the evidence of the making of the statement appears to be; (g) whether oral evidence of the matter stated can be given and, if not, why it cannot; (h) the amount of difficulty involved in challenging the statement; (i) the extent to which that difficulty would be likely to prejudice the party facing it». Questo potere di inclusionary discretion è compensato dalla sezione 126 (1) C.j.a., ai sensi della quale «in criminal proceedings the court may refuse to admit a statement as evidence of a matter stated if (a) the statement was made otherwise than in oral evidence in the proceedings, and (b) the court is satisfied that the case for excluding the statement, taking account of the danger that to admit it would result in undue waste of time, substantially outweighs the case for admitting it, taking account of the value of the evidence».

internazionale per l'ex Jugoslavia, relativamente all'ammissione di una testimonianza scritta in luogo di una deposizione orale ³⁰².

Vi è poi un'altra tipologia di regole di esclusione discrezionale che pone al centro del bilanciamento un concetto dai confini ancora più labili: si fa riferimento a quelle norme che subordinano l'ammissione di una prova al rispetto delle regole del *fair trial* (giusto processo). La sezione 78 (1) P.a.c.e. del 1984, ripresa dalla sezione 126 (2) C.j.a. del 2003 ³⁰³, richiede esattamente tale giudizio. È agevole comprendere come sottoporre la decisione dell'esclusione di un dato probatorio alla violazione della *fairness of the proceeding* lasci alla giurisprudenza notevole discrezione nella determinazione del suo contenuto: il giudice può stabilire con totale libertà quali siano le disposizioni normative la cui inosservanza integri il parametro in questione ³⁰⁴. Una prova non può, sulla base della sezione 78, essere dichiarata inammissibile in ragione della lesione di un qualsiasi diritto o per la violazione di qualunque norma processuale ³⁰⁵. È infatti necessario la violazione delle norme, posta in essere dagli organi deputati, risulti "*significant*" e "*substantial*" ³⁰⁶. Perché ciò avvenga occorre che il potenziale conoscitivo della prova risulti compromesso dalle modalità della sua acquisizione: ogni qual volta il valore conoscitivo del dato probatorio appaia inferiore alla gravità della lesione di altri valori fondamentali, dovuta alla sua acquisizione, lo stesso va escluso ³⁰⁷.

Analogamente, la *character rule* nella formulazione prevista dal *Criminal Justice Act* prevede un bilanciamento siffatto: quando la prova del *character* dell'imputato risulta ammissibile, ma la difesa di oppone al suo utilizzo, la sezione 101 (3) C.j.a.

³⁰² La *rule 92 bis (A) (ii) (b)* prevede un bilanciamento tra la *reliability* della prova scritta ed il suo *prejudicial effect*.

³⁰³ "*In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*".

³⁰⁴ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 44.

³⁰⁵ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004, 161.

³⁰⁶ Stabilisce ciò la decisione *R. v. Keenan*, 2 QB 54, CA (1990).

³⁰⁷ Cfr. C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 368; cfr. anche A. L. T. CHOO – S. NASH, *What's the Matter with Section 78?*, in *Crim. law. rev.*, 1999, 933.

stabilisce la stessa vada esclusa qualora pregiudichi la “*fairness of the proceedings*”.

Nel sistema spagnolo³⁰⁸ e tedesco³⁰⁹ parimenti, alcuni divieti probatori prevedono un bilanciamento degli interessi in gioco. Nel sistema francese, invece, l’invalidità di una prova è fatta derivare dall’effettivo pregiudizio verificatosi, a seguito dell’acquisizione della stessa, nei confronti dell’interesse protetto dalla legge³¹⁰. Regole di esclusione discrezionale analoghe operano anche nei processi di fronte alle Corti internazionali. Secondo la *rule 89 (D)* delle *Rules of procedure and evidence* del Tribunale penale per l’ex-Jugoslavia sono da escludere le prove che pregiudichino il rispetto del *fair trial*. Lo Statuto della Corte penale internazionale pone a fondamento dell’esclusione delle prove i parametri della *reliability of the evidence* e dell’*integrity of the proceedings*, fatto in sostanza coincidere con quello della *fairness*³¹¹.

Infine, si può ricondurre a questa tipologia di regole di esclusione l’art. 33 par. 1 del “Corpus iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea”. Quest’ultimo, redatto nel 1997 e modificato nel 2000, delinea un progetto di processo europeo su iniziativa della Commissione Europea. Nello stesso è previsto l’esclusione della prova “ottenuta dagli organi comunitari o nazionali in violazione dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo o in violazione delle regole europee” di formazione delle prove stabilite dagli artt. 31 e 31, “o ancora in violazione del diritto nazionale applicabile, senza che una tale violazione sia giustificata dalle regole europee sopra citate”. La disposizione conclude affermando che “una tale prova deve essere esclusa solamente allorché la sua ammissione sarebbe lesiva dei

³⁰⁸ L. B. WINTER, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, in *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 20, Stephen C. Thaman Editor, 2013, 215 ss.

³⁰⁹ S. GLESS, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thomas Editor, 2019, 118 ss.

³¹⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 383 ss.

³¹¹ Secondo G. ILLUMINATI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, Giappichelli, Torino, 2000, 131, tale parametro esige di “verificare l’effettivo riconoscimento delle garanzie delle parti e in particolare dei diritti fondamentali dell’individuo, con riferimento alle regole che limitano l’esercizio dei poteri della giurisdizione penale”.

principi del giusto processo”³¹². Del resto, “i principi del giusto processo” non possono che identificarsi con le direttive che integrano il “diritto ad un processo equo” previsto dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo³¹³. Pertanto, risulta indispensabile effettuare un’indagine attorno alle modalità di acquisizione della prova e alla gravità della lesione posta in essere.

2. Il sistema inglese. Sezione 78 P.a.c.e.

Nel sistema inglese, il quale non conosce una Costituzione scritta³¹⁴, il principio del giusto processo (*fair trial*) gioca un ruolo fondamentale in materia di vizi della prova. Tale principio, recepito dal *common law*, risulta oggi determinato nel suo contenuto dall’art. 6 delle Convenzione europea dei diritti dell’uomo, alla quale l’Inghilterra ha aderito con lo *Human Rights* del 1988, parametro per le decisioni delle corti locali. Tuttavia, la disposizione chiave che ha facilitato il recente sviluppo delle norme probatorie inglesi sull’equità dei processi è stata una modesta, e inizialmente poco promettente, disposizione di legge³¹⁵.

³¹² Si veda P. FERRUA, *Relazione*, in *Corpus Juris. Pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, a cura di M. Bargis e S. Nosegno, Giuffrè, Milano, 2003, 186 ss, “una prova, pur inammissibile ai sensi della prima parte, non sarà tuttavia considerata tale quando la sua ammissione non contrasti con le regole del giusto processo”.

³¹³ S. ALLEGRAZZA, *L’incertezza dei limiti probatori nel progetto* *Corpus iuris*, in *Il Corpus iuris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004, 255 ss.

³¹⁴ Si veda L. P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nell’esperienza angloamericana e germanica*, in *Pubblicazioni della Università di Pavia – Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, n. 145, 297, il quale evidenzia l’importanza che l’esistenza di una Costituzione federale ha avuto sulla divaricazione dell’ordinamento nordamericano rispetto a quello inglese. Sul tema si veda anche C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 348, “dal punto di vista storico le radici fondamentali, che hanno portato ad una piena elaborazione della inutilizzabilità, si rinvergono nel IV Emendamento della Costituzione federale e nella applicazione che tale canone ha avuto nelle pronunce della Corte Suprema. Il IV Emendamento 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>>. Da tale norma la Corte Suprema ha fatto discendere l’esclusione processuale delle prove (*real evidence*) acquisite in violazione dei predetti diritti dell’individuo”.

³¹⁵ Così P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 147.

La sezione 78 è stata un'aggiunta tardiva al disegno di legge che è poi diventato P.a.c.e. 1984³¹⁶, nei confronti della quale, peraltro, pochi commentatori nutrivano speranze in merito³¹⁷. La sezione, così come è stata emanata, è redatta in un linguaggio ampio: “*In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*”.

A prima vista, l'articolo 78 sembra invitare i giudici del processo a effettuare un ampio scrutinio delle circostanze in cui sono state acquisite le prove dell'accusa e a utilizzare la loro discrezionalità per escludere qualsiasi prova possa avere un impatto gravemente negativo sull'equità del procedimento. Lo scetticismo iniziale dei commentatori relativo al fatto la norma prevedesse ciò che apparentemente prescriveva deve essere compreso alla luce dell'antica ostilità della *common law* nei confronti dell'esclusione delle prove per motivi di iniquità, scorrettezza o illegalità³¹⁸.

a. (segue) La genesi della sezione 78.

Se da un lato, come messo in luce nel par. 1, il sistema inglese risultava caratterizzato da regole di esclusione dettagliate e specifiche, è anche vero non esistesse, a livello ordinamentale, una norma generale che ponesse l'illegittimità della prova a fondamento dell'esclusione probatoria. Infatti, secondo la tradizione regola di *common law*, risalente approssimativamente alla metà del XVIII secolo, l'ammissibilità delle prove al processo era del tutto indipendente dalle circostanze

³¹⁶ Per la vicenda normativa si veda S. SHARPE, *Judicial Discretion and Criminal Investigation*, 1998, 81 – 5.

³¹⁷ Si veda A. S. ZUCKERMAN, *Illegality – Obtained Evidence – Discretion as a Guardian of Legitimacy*, 1987, C.L.P. 55.

³¹⁸ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 147.

nelle quali esse erano state ottenute ³¹⁹. Quando la polizia violava i diritti di un cittadino, ad esempio effettuando un arresto, una perquisizione o un sequestro illegali, si poteva ricorrere a un'azione di diritto privato contro i singoli agenti interessati o contro i loro superiori, ma l'ammissibilità in un procedimento penale delle prove derivanti dall'illegalità della polizia sarebbe rimasta inalterata. Alcune sentenze del diciannovesimo secolo si spinsero addirittura a sostenere che, anche qualora le prove fossero state rubate, sarebbero rimaste ammissibili al processo, a condizione, ovviamente, risultassero pertinenti e non escluse da qualsiasi altra regola di esclusione applicabile. Scopo del processo, si affermava, è l'accertamento del fatto; la prova illegale spesso consiste in dati conoscitivi utili e dunque deve essere ammessa in virtù della sua rilevanza ³²⁰. Tuttavia, la dottrina obiettava che un criterio del genere fosse errato, giacché nel sistema inglese operavano molte regole di esclusione nei confronti di prove utili e rilevanti ³²¹. Pertanto, il vero cuore del problema consisteva nello stabilire se l'illegalità (*unfairness*) potesse rappresentare il criterio fondante una regola di esclusione.

L'unico vero accenno a una discrezionalità di esclusione che regolasse le prove ottenute in modo improprio nella *common law* riguardava le prove ottenute in circostanze che equivalevano a un'autoincriminatione. Ma anche in questo caso le sentenze erano poche e difficili da conciliare ³²².

³¹⁹ Si vedano le decisioni *R. v. Warwickshall* (1783); *R. v. Griffin* (1809); *R. v. Gould* (1849); *R. v. Leatham* (1861); *R. v. Berriman* (1854).

³²⁰ La prova veniva decontestualizzata e si affermava che, ai fini del processo penale, era del tutto irrilevante la modalità di acquisizione, la quale costituiva solamente una questione che toccava incidentalmente il processo penale. In tal senso, J. H. WIGHMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, Little, Brown, Boston e 1961, vol. 8, 2183.

³²¹ Con riguardo alla struttura delle regole probatorie inglesi, si veda H. A. HAMMELMANN, *Aspetti del diritto probatorio anglosassone*, Vita e Pensiero, online dal 2019, 384, secondo cui “una enumerazione casistica di prove inammissibili forma la parte più importante del diritto probatorio inglese. Se si esamina questo modo di considerare la materia, si troverà che esso ha le sue radici nell'opinione che i fini più nobili della giustizia non sono sempre onestamente serviti dalla illimitata ammissione di ogni prova rilevante; e questa opinione deriva dall'idea che certe prove comportano il pericolo di svantaggi incidentali maggiori di ogni beneficio che da essa si possa trarre”.

³²² Si veda Lord Goddard CJ in *Kuruma v. R*, 1955, AC 197, 204, PC, “in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused ... If, for instance, some admission of some piece of evidence, e.g., a document, had been obtained from a defendant by a trick, no doubt the judge might properly rule it out”.

Questo stato di cose si può dire essere il risultato di un ristretto formalismo giuridico, che negli anni '80 stava già diventando una concezione esclusiva dei giuristi inglesi, ad opinione dei quali le grandi questioni di principio morale dovevano ricevere lo stesso trattamento interpretativo delle disposizioni tecniche del diritto societario o della fiscalità ³²³. Il noto caso *Sang* è un esempio emblematico. Invitati a valutare l'ammissibilità di una prova ottenuta da un agente provocatore, cinque *Law Lords* hanno dedicato tutte le loro energie a riconciliare *dicta* contrastanti in casi precedenti, lasciando inalterata la questione essenziale di principio: la legge doveva prevedere una discrezionalità di esclusione e, in caso affermativo, quali erano l'ambito e la logica della giurisdizione probatoria del giudice? In ogni caso, la decisione di *Sang* è riuscita solo a mettere in dubbio l'applicabilità di qualsiasi discrezionalità giudiziaria volta a escludere prove ottenute illegalmente o ingiustamente ³²⁴.

Un altro esempio di tale approccio lo si rinviene nella decisione *Fox v. Chief Constable of Gwent* ³²⁵, pronunciata poco prima dell'entrata in vigore della sezione 78: a seguito di un incidente stradale che aveva coinvolto l'imputato, gli agenti di polizia entravano illegalmente in casa dell'imputato e gli chiedevano di fornire un campione di alito. Al suo rifiuto, l'imputato veniva arrestato, portato in una stazione di polizia e costretto a soddisfare la richiesta degli agenti. Il campione di alito del soggetto dimostrava poi l'effettivo superamento del limite prescritto per il consumo di alcol.

Al processo la prova risultava determinante per ottenere le condanne dell'imputato, in primo luogo, per non aver fornito un campione dell'alito e, in secondo luogo, per aver guidato sotto l'influenza di un'intossicazione. La prima condanna veniva successivamente annullata in appello sulla base della sentenza *Morris v. Beardmore* ³²⁶, la quale stabiliva che la richiesta dei poliziotti di fornire un campione dell'alito non potesse essere legalmente valida allorché gli agenti stessero violando la proprietà dell'imputato. Tuttavia, relativamente alla condanna per guida in stato di

³²³ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 148.

³²⁴ Si veda P. G. POLYVIOUS, *Illegality- obtained Evidence and R. v. Sang*, in C. F. H. Tapper (ed.) *Crime Proof and Punishment*, Butterworths, 1981, 175.

³²⁵ (1986) 1 AC 281, HL.

³²⁶ (1981) AC 446, HL.

ebbrezza, la Camera dei Lord non era disposta ad accettare che un campione di alito ottenuto dopo un arresto illegale dovesse essere escluso in virtù della discrezionalità del giudice.

Rifiutando questa argomentazione, Lord Fraser afferma la *Divisional Court* avesse ragione nel ritenere il fatto che il ricorrente si trovasse nella stazione di polizia, perché arrestato illegalmente, un mero fatto storico, di cui la corte non avrebbe dovuto occuparsi. L'esclusivo dovere della corte è, infatti, quello di decidere se il ricorrente ha commesso o meno il reato di cui è accusato, non sicuramente "disciplinare" la polizia per aver oltrepassato i suoi poteri. La Corte argomenta sostenendo potessero esserci svariate ragioni, ognuna delle quali in grado di giustificare la presenza del ricorrente nella stazione di polizia in modo del tutto legittimo: poteva trovarsi lì perché era stato legittimamente arrestato, poteva essersi recato volontariamente, per denunciare l'incidente, oppure gli era stato richiesto di fornire un campione e l'agente che aveva fatto tale richiesta aveva ritenuto opportuno chiedergli di fornirlo alla stazione di polizia ³²⁷.

Del resto, non sembrava avere importanza il fatto che nessuna di queste ipotesi giustificasse effettivamente la presenza dell'imputato alla stazione di polizia in questo caso specifico. Quando il "dovere del giudice" è concepito in termini così ristretti, le prospettive per l'esclusione discrezionale di prove ottenute ingiustamente appaiono decisamente poco promettenti, dal momento in cui è quasi sempre possibile ipotizzare circostanze in cui le prove ottenute impropriamente potrebbero essere state procurate senza irregolarità ³²⁸.

Tuttavia, la distinzione invocata da Lord Fraser tra "meri fatti storici" e questioni reali non convince. Chiudere un occhio in caso di atti di illegalità comprovati e fingere che le prove possano essere state ottenute correttamente, certamente non aumenta il rispetto nei confronti dell'amministrazione della giustizia ³²⁹.

Si scorgeva un lieve barlume di sensibilità a queste preoccupazioni più profonde nell'osservazione di Lord Fraser secondo cui, "naturalmente, se il ricorrente fosse

³²⁷ (1986) 1 AC 281, 292.

³²⁸ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 149.

³²⁹ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 150.

stato attirato alla stazione di polizia con qualche trucco o inganno, o se gli agenti di polizia si fossero comportati in modo oppressivo nei confronti del ricorrente, la giurisdizione dei giudici di escludere prove altrimenti ammissibili ... avrebbe potuto entrare in gioco" ³³⁰. Ci si potrebbe allora chiedere perché quanto accaduto nel caso di specie, e cioè il fatto l'imputato fosse stato indotto a recarsi alla stazione di polizia in ragione di un arresto illegittimo, non equivalesse ad un inganno. E perché la falsa detenzione non costituisse oppressione. Queste erano le questioni di principio su cui avrebbe dovuto vertere la causa *Fox*, ma tali interrogativi rimasero senza risposta.

Dalla metà degli anni ottanta, il tradizionale approccio indulgente della *common law* nei confronti delle prove ottenute impropriamente si è modificato, prima grazie all'introduzione di leggi locali, poi in virtù della sottoscrizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ma prima di descrivere e tentare di valutare lo sviluppo di una moderna discrezionalità di esclusione ai sensi dell'articolo 78 del P.a.c.e. 1984, vale la pena soffermarsi sulle motivazioni che stanno alla base dell'esclusione dei dati probatori.

Coloro i quali erano a favore della introduzione di regole di esclusione della prova adducevano essenzialmente due argomenti, entrambi mutuati dal sistema statunitense, che proprio in quegli anni andava conoscendo un intenso dibattito in materia ³³¹. Da un lato, si riteneva che l'esclusione del dato probatorio illegittimamente acquisito avrebbe avuto la funzione di rimediare alla avvenuta lesione dei diritti dei singoli, sottraendo ai pubblici poteri il "maltolto" ³³². Dal momento in cui l'ordinamento riconosce la presenza di diritti inviolabili dell'individuo, non può, lo stesso, consentire l'utilizzazione di elementi conoscitivi acquisiti in violazione di tali diritti. Da un altro lato, si affermava che l'inutilizzabilità della prova illegale avrebbe prodotto un effetto deterrente contro

³³⁰ (1986) 1 AC 281, 293, "of course, if the appellant had been lured to the police station by some trick or deception, or if the police officers had behaved oppressively towards the appellant, the justices' jurisdiction to exclude otherwise admissible evidence might have come into play."

³³¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 365.

³³² A. J. ASHWORTH, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, in *Crim. Law. Rev.*, 1977, 723.

le prassi illegittime adottate dagli organi di polizia. Entrambi gli argomenti, tuttavia, trovavano una serie di obiezioni³³³.

Con riguardo alla tesi della tutela dei diritti individuali, si sosteneva che spesso la polizia, tramite una lesione circoscritta di un diritto, reperiva una prova indispensabile volta a prevenire reati gravissimi contro la collettività. In sostanza, ci si riferiva al principio del bilanciamento (o principio di proporzionalità), secondo il quale occorre valutare in concreto l'entità del diritto e della relativa violazione e l'utilità che il dato probatorio ha in relazione alla gravità del reato perseguito. Secondariamente, si invocava un'argomentazione di tipo pragmatico: quando la prova, sia pure illegale, fosse stata acquisita, sarebbe stato inutile precisare le relative modalità di acquisizione; la prova andava utilizzata³³⁴. Pertanto, l'unica forma di tutela possibile, in caso di violazione, era rappresentata dai rimedi di tipo disciplinari nei confronti della polizia³³⁵.

In opposizione alla tesi dell'effetto deterrente si obiettava, da un lato che essa sarebbe venuta a reprimere ipotesi limite di operatori in mala fede e scorretti, da un altro lato, che anche in relazione a tali casi l'effetto deterrente sarebbe in realtà stato limitato, poiché la polizia puntava, semmai, alla risonanza sociale dovuta alla cattura di criminali altamente pericolosi, oppure confidava nel fatto l'illegalità posta in essere non venisse alla luce³³⁶.

Anche in Inghilterra, similmente ai sistemi d'Oltreoceano, accanto alle teorie dell'effetto deterrente e della tutela dei diritti individuali, vi era la tesi della c.d. integrità morale (*moral integrity of criminal proceeding*)³³⁷. È noto infatti il processo stigmatizzi un individuo e porti alla irrogazione di una pena inflittiva; lo

³³³ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 365.

³³⁴ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 152.

³³⁵ Si veda P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 154, sulla scarsa praticabilità di tali rimedi nei confronti della polizia, per l'onerosità degli stessi e per la disparità tra privati e pubblici poteri.

³³⁶ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 156. Sul punto si veda anche R. E. BARNETT, *Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice*, in *Emory Law Journal*, 1983, 32, 937; C. M. D'ELIA, *The Exclusionary Rule: Who Does it Punish?*, in *5 Seton Hall Constitutional Law Journal*, 1995, 563; L. T. PERRIN, H. M. CALDWELL, C. A. CHASE, R. W. FAGAN, *If It's Broken, Fix it: Moving Beyond the Exclusionary Rule*, in *83 Iowa Law Rev*, 1998, 669.

³³⁷ P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 156.

stesso non può allora che essere informato ai principi di legalità e correttezza della procedura. Se i giudici potessero utilizzare i dati probatori illegalmente reperiti, essi non sarebbero in realtà diversi dai criminali.

Si comprende come l'esclusione della prova si ponesse nel punto di frizione tra l'esigenza del giusto processo (*due process*) e quella della repressione dei reati (*crime control*)³³⁸. Secondo il parere della dottrina inglese, la resistenza a confrontarsi con tale dilemma si pone alla base del ritardo con cui l'ordinamento ha sviluppato una specifica disciplina in relazione alle prove viziate³³⁹. Come visto, infatti, vi è sempre stato un approccio casistico e frastagliato alla materia³⁴⁰.

b. (segue) La giurisprudenza della Sezione 78.

Come accennato, un determinante contributo allo sviluppo della giurisprudenza in materia di divieti probatori è stato apportato dalla approvazione della sezione 78 P.a.c.e., entrato in vigore il 1 gennaio 1986. Tale norma, secondo cui la corte ha il potere di escludere le prove illegali, venne applicata per la prima volta nel caso *Mason*³⁴¹. Nel caso concreto, l'imputato aveva confessato di aver partecipato a un incendio doloso dopo che la polizia gli aveva riferito, falsamente, che le sue impronte digitali erano state recuperate da un frammento di vetro trovato sulla scena del crimine. Dal momento in cui la confessione dell'imputato era stata ottenuta in ragione di un deliberato inganno della polizia, la questione in appello verteva attorno all'ammissione al processo della stessa. Il giudice del processo aveva precedentemente respinto le richieste della difesa di escludere la prova ai sensi della sezione 78 o della sezione 76 P.a.c.e.³⁴², sulla base del fatto che l'imputato aveva

³³⁸ Si veda A. J. ASHWORTH, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, cit., 723, per la polarizzazione del conflitto tra "*reliability principle*" e "*disciplinary principle*".

³³⁹ Così ancora, P. ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 157.

³⁴⁰ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 157.

³⁴¹ *R. v. Mason* (1988) 1 WLR 139, CA.

³⁴² La sezione 76 del PACE disciplina l'ammissibilità delle confessioni, o più tecnicamente, le "ammissioni".

beneficiario di una difesa tecnica e aveva scelto liberamente di rispondere alle domande della polizia.

La Corte d'appello, tuttavia, ha assunto una visione radicalmente diversa della questione. In primo luogo, ha affermato che alle parole generali dell'articolo 78 deve essere attribuito il loro naturale e ampio significato. Pertanto, la sezione si applica alle confessioni e alle ammissioni così come alle prove non confessionali. Si tratta di una sentenza significativa, in quanto si sarebbe potuto prevedere, sulla base dei precedenti parlamentari e dell'impianto generale della P.a.c.e., che la sezione 78 fosse destinata a coprire solo le prove non rientranti nell'ambito della sezione 76, che riguarda direttamente le prove confessionarie. Tuttavia, tale lettura così restrittiva viene respinta, attribuendo alla sezione 78 un "mandato di monitoraggio e controllo della correttezza di tutte le prove dell'accusa".

Inoltre, esemplari sono le parole di Watkins LJ, volte a criticare le tattiche della polizia impiegate nel caso di specie con un linguaggio piuttosto notevole: “È evidente dalle prove incontestate che la polizia ha ingannato non solo il ricorrente, il che è già abbastanza grave, ma anche l'avvocato che aveva il dovere di consigliarlo. In effetti, hanno ingannato sia l'avvocato che il cliente. È stata una cosa riprovevole da fare... Non è questa la sede per disciplinare la polizia. È stato chiarito in questa sede in diverse occasioni precedenti. Noi ci occupiamo dell'applicazione della legge corretta... L'unica domanda a cui la Corte deve rispondere è se, considerando il modo in cui la polizia si è comportata, il giudice abbia esercitato correttamente la sua discrezionalità. A nostro avviso, non lo ha fatto. Ha ommesso un fattore vitale dalla sua considerazione, vale a dire l'inganno praticato sull'avvocato del ricorrente”³⁴³.

³⁴³ *R. v. Mason* (1988) 1 WRL 139, 144, CA, “It is obvious from the undisputed evidence that the police practised a deceit not only upon the appellant, which is bad enough, but also upon the solicitor whose duty it was to advise him. In effect, they hoodwinked both solicitor and client. That was a most reprehensible thing to do ... This is not the place to discipline the police. That has been made clear here on a number of previous occasions. We are concerned with the application of the proper law ... [T]he only question to be answered by this court is whether, having regard to the way the police behaved, the judge exercised that discretion correctly. In our judgment he did not. He omitted a vital factor from his consideration, namely, the deceit practised upon the appellant's solicitor”.

Pertanto, la Corte accoglie l'appello e annulla la condanna dell'imputato. L'unica prova contro l'imputato era infatti rappresentata dalla sua confessione, ed era emerso la stessa avrebbe dovuto essere esclusa. Watkins LJ conclude affermando "prima di chiudere il caso, nonostante quanto ho detto sul ruolo del tribunale in relazione alla disciplina della polizia, pensiamo di dover dire che ci auguriamo di non sentire mai più un inganno come questo praticato su un uomo. Come questo, praticato nei confronti di un imputato e, più in particolare, di un avvocato che ha il dovere di consigliarlo senza essere ostacolato da false informazioni fornite dalla polizia" ³⁴⁴.

Mason ha sollevato più domande che risposte. È significativo, a posteriori, che la Corte sia sembrata più offesa dall'inganno praticato nei confronti dell'avvocato dell'imputato (coinvolgendo così questioni relative all'accesso a una consulenza e a una rappresentanza legale efficaci) che non dalla doglianza di fondo, ovvero che la confessione dell'imputato fosse stata ottenuta con l'inganno della polizia ³⁴⁵.

Tale sentenza rappresenta comunque una rottura decisiva e inequivocabile con l'atteggiamento tradizionale della *common law* secondo cui, per quanto riguarda le questioni di ammissibilità, i giudici non tengono conto di ciò che accade al di fuori delle porte dell'aula di tribunale. Non si poteva più dire che le scorrettezze della polizia o dell'accusa fossero concettualmente avulse dall'equità del processo e dall'ammissibilità delle prove ³⁴⁶.

Una volta affidato ai giudici questo potere discrezionale e questa responsabilità, sorgevano nuove e significative questioni riguardanti la natura e l'estensione della discrezionalità di esclusione conferita dalla sezione 78. Del resto, non essendo mai stata raggiunta una posizione consolidata sulla logica sottostante la sezione, tuttora i confini della stessa rimangono fluidi e controversi. La giurisprudenza successiva non è mai giunta alla affermazione di una regola chiara, da cui poter desumere il fondamento della inutilizzabilità; ha sempre oscillato tra il sostenere non sia

³⁴⁴ "Before parting with this case, despite what I have said about the role of the court in relation to disciplining the police, we think we ought to say that we hope never again to hear of deceit such as this being practised upon an accused person, and more particularly possibly on a solicitor whose duty it is to advise him unfettered by false information from the police."

³⁴⁵ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 161.

³⁴⁶ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 161.

compito delle corti sindacare l'operato della polizia attraverso l'esclusione della prova e il vietare l'ingresso delle prove illegittimamente acquisite³⁴⁷.

È esemplificativo l'argomentare di Watkins LJ sopra esposto: il giudice afferma dapprima che non fosse intenzione della Corte disciplinare la polizia escludendo le prove, ma conclude ammonendo la stessa. La giurisprudenza della Sezione 78 non si è mai veramente liberata da questo tipo di doppio pensiero. Per certi aspetti è più facile essere sicuri di dire che cosa non rappresenta la sezione 78, piuttosto che dare un resoconto autorevole del suo effetto giuridico positivo³⁴⁸.

c. (segue) “Significant and substantial” illegality.

Una possibile lettura della sezione 78 è che le prove debbano essere automaticamente escluse ogni qual volta la polizia o l'accusa violino i diritti di qualcuno o infrangono una regola di procedura penale. Questa interpretazione, tuttavia, sarebbe assurda, e in quanto tale viene inequivocabilmente respinta. Il P.a.c.e. 1984 e i Codici di condotta ad esso associati contengono letteralmente centinaia di norme dettagliate regolanti questioni quali l'arresto e l'interrogatorio³⁴⁹, la perquisizione, il sequestro³⁵⁰, la detenzione e l'interrogatorio³⁵¹, l'identificazione³⁵² e la registrazione degli interrogatori³⁵³. Tutte queste regole hanno uno scopo utile – se non lo avessero, infatti, sarebbero superflue e dovrebbero essere eliminate – ma prese isolatamente molti requisiti individuali sono relativamente banali.

Il paragrafo 8.6 del Codice C su "*Detenzione, trattamento e interrogatorio*", ad esempio, stabilisce che “almeno due pasti leggeri e un pasto principale devono

³⁴⁷ Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 369.

³⁴⁸ Sempre così, ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 161.

³⁴⁹ Code of Practice A on the Exercise by Police Officers of Statutory Powers of Stop and Search.

³⁵⁰ Code of Practice B on the Searching of Premises by Police Officers and the Seizure of Property found by Police Officers on Persons or Premises.

³⁵¹ Code of Practice C on the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers.

³⁵² Code of Practice D on the Identification of Persons by Police Officers.

³⁵³ Code of Practice E on Tape Recording of Police Interviews; Code of Practice F on Visual Recordings with Sound of Interviews with Suspects.

essere offerti, ai detenuti delle stazioni di polizia, in un periodo di 24 ore". Il paragrafo 8.10 aggiunge poi che "le persone detenute devono essere visitate ogni ora e quelle ubriache almeno ogni mezz'ora. Una persona ubriaca deve essere svegliata e le si deve parlare ad ogni visita". Lo scopo di queste regole è abbastanza chiaro. Sarebbe intollerabile per la polizia privare i detenuti, che devono essere trattati come innocenti a meno che e fino a prova contraria, del sostentamento di base – per non parlare del tentativo di affamare i sospetti per farli confessare. Allo stesso modo, sarebbe gravemente irresponsabile lasciare i detenuti senza sorveglianza per lunghi periodi, quando è probabile che siano disorientati, se non spaventati, agitati, confusi e vulnerabili, e forse in alcuni casi a rischio di soffocamento o suicidio.

Supponiamo però che, per ragioni buone o cattive, gli agenti di polizia violino queste disposizioni, limitando un sospetto a tre pasti leggeri al giorno o controllandolo solo ogni due ore invece che ogni ora. Potremmo prendere in considerazione la possibilità di intraprendere un'azione disciplinare contro gli agenti responsabili o i loro superiori, anche se ciò dipenderebbe dalle ragioni della violazione. Ma nessuno sosterebbe seriamente che violazioni minori di questa natura dovrebbero rendere inammissibile la successiva confessione di un detenuto su un crimine importante, come un omicidio, uno stupro, una rapina o un ferimento. Una regola probatoria perentoria di esclusione, se venisse applicata automaticamente ad ogni ipotesi di violazione, a prescindere da quanto lieve o scusabile, o addirittura giustificata, possa essere stata, sarebbe sicuramente una risposta del tutto sproporzionata.

Quando la Corte d'Appello ha affrontato la questione nella causa *Keenan*³⁵⁴, Hodgson J ha articolato una formula concisa e flessibile al fine di garantire che i processi siano ragionevolmente equi e non inficiati dalla scorrettezza della polizia, mantenendo allo stesso tempo un rapporto ragionevole di proporzionalità tra la gravità di una violazione delle regole e le implicazioni per la giustizia e la sicurezza pubblica dell'esclusione delle prove ottenute in seguito alla violazione:

³⁵⁴ *R. v. Keenan* (1990) 2 QB 54, CA.

“È chiaro che non tutte le violazioni o le combinazioni di violazioni dei codici giustificano l'esclusione delle prove dell'interrogatorio ai sensi dell'articolo 76 o dell'articolo 78. ... Devono essere significative e sostanziali. Se così non fosse, i tribunali svolgerebbero un compito che non rientra nei loro doveri: come ha detto Lord Lane CJ in R v. Delaney, The Times, 30 agosto 1988: <<Non fa parte del compito del giudice dichiarare inammissibile una dichiarazione semplicemente per punire la polizia per non aver osservato i Codici di Pratica>>. Se le violazioni <<sono significative e sostanziali>>, pensiamo che sia ragionevole escluderle ... Se il resto delle prove è forte, potrebbe non fare alcuna differenza per il risultato finale se il giudice del processo esclude le prove. Nei casi in cui il resto delle prove è debole o inesistente, è proprio questa la situazione in cui la tentazione di fare ciò che le disposizioni mirano a prevenire è maggiore, e la protezione delle regole è più necessaria”.

Nel caso *Keenan*, l'imputato era stato condannato per possesso di un'arma offensiva, dopo che la polizia aveva recuperato una lancia fatta in casa ("un palo di due piedi con una lama di coltello da sei pollici attaccata all'estremità") dall'auto dell'imputato. La polizia sosteneva che *Keenan*, durante l'interrogatorio, avesse ammesso di sapere la lancia fosse lì, ma al tempo stesso avesse cercato di giustificarsi affermando l'auto fosse nuova e che la lancia non gli appartenesse. L'ammissibilità di questa dichiarazione è stata successivamente contestata perché la polizia non aveva redatto, in violazione del Codice P.a.c.e. C, un verbale dell'interrogatorio e non aveva dato all'imputato l'opportunità di leggerlo e firmarlo come accurato, oppure di indicare eventuali punti di disaccordo³⁵⁵. Non c'era alcun documento che attestasse che *Keenan* avesse effettivamente visto la lancia. Anzi, al processo la difesa ha sostenuto non fosse mai avvenuto alcun colloquio: l'imputato aveva appena acquistato l'auto, e, pertanto, non era a conoscenza di alcuna "lancia".

Nonostante queste ammesse violazioni del Codice di condotta, l'assistente verbalizzante che presiedeva il processo ha permesso all'accusa di presentare le prove del presunto colloquio, apparentemente sulla base del fatto che l'imputato, se

³⁵⁵ Si veda PACE Code C, 11.5 e 11.10.

avesse voluto, avrebbe potuto contestare le prove degli agenti di polizia. La Corte d'appello non ha però potuto accettare questo approccio. L'obiettivo delle riforme avvenute con la legge P.a.c.e. in materia di confessioni, era stato quello di aprire la sala interrogatori al controllo giudiziario per porre fine alle accuse, da parte degli indagati, di confessioni falsificate e interrogatori fantasma - il cosiddetto "*verballing*".

D'altronde, come la Corte ha avuto modo di ribadire, il Codice C è stato concepito al fine di proteggere gli indagati dal *verballing* vero e proprio (una pratica di portata incerta, ma certamente non un mero frutto dell'immaginazione degli indagati) e al tempo stesso tutelare gli agenti di polizia da accuse selvagge e infondate di scorrettezza. Aggirando le disposizioni del Codice C, le quali prevedono una registrazione accurata e contestuale dei colloqui con i sospetti, gli agenti di polizia hanno di fatto messo in cortocircuito il meccanismo di controllo creato dal P.a.c.e.

Né era sufficiente affermare, come aveva sostenuto il verbalizzante, che l'imputato avrebbe sempre potuto fornire la sua versione dei fatti alla giuria, testimoniando a sua discolpa, poiché ciò avrebbe privato l'imputato del suo diritto di rimanere in silenzio e lo avrebbe esposto ai rischi di entrare nel banco dei testimoni.

L'unico modo corretto per i giudici del processo di procedere di fronte a violazioni significative e sostanziali dei Codici di condotta era quello di invocare la sezione 78 per escludere le prove ottenute in conseguenza della violazione. Ne consegue che la Corte d'Appello è stata costretta ad accogliere l'appello di *Keenan* e ad annullare la sua condanna. Analogamente a quando avvenuto nel caso *Mason*, la Corte ha condannato le pratiche lassiste della polizia. Hodgson I ha ritenuto "spaventoso" gli agenti di polizia abbiano affermato di ignorare le disposizioni del Codice C che avevano violato, più di due anni dopo l'emanazione della legge in questione. Ci si riferisce alla affermazione di un agente, il quale ha espresso la convinzione, in sede di controinterrogatorio, che nessuno dei suoi colleghi conoscesse tutte le disposizioni pertinenti del Codice C.

Pertanto, si può affermare la giurisprudenza abbia iniziato a sostenere sia necessario bilanciare, in virtù di un principio di proporzionalità, la gravità della violazione e le conseguenze che potrebbero derivare, per la giustizia e per l'interesse pubblico,

dall'esclusione della prova illegittimamente ottenuta. La violazione, come visto, deve essere rilevante e sostanziale (*significant and substantial*)³⁵⁶.

Tale criterio, flessibile e aperto, costituisce la chiave di volta della inutilizzabilità della prova e l'adattatore automatico della materiale agli sviluppi e ai mutamenti della disciplina delle indagini di polizia. Infatti, al di là dei Codici di condotta P.a.c.e., esso si estende senza soluzione di continuità ad altre norme dettagliate di procedura penale, anch'esse tipicamente elaborate in appositi codici di condotta, riguardanti questioni quali l'intercettazione delle telecomunicazioni ("*telephone-tapping*")³⁵⁷, le operazioni sotto copertura (comprese le cosiddette operazioni di "*bugging and burgling*")³⁵⁸, l'uso di informatori ("*human intelligence sources*") e la *discovery* preliminare al dibattimento³⁵⁹.

Il compito giudiziario di sviluppare un regime di ammissibilità per far fronte alle violazioni di norme in continua evoluzione rimane allora un progetto incompiuto e ancora in fase di costruzione; l'approccio inglese alla problematica della inutilizzabilità è estremamente casistico e privo di una regola generale unitaria³⁶⁰. Anche nelle ipotesi in cui è possibile individuare linee guida che diano un orientamento di massima, tuttavia, la decisione finale resta legata all'unicità del singolo caso concreto³⁶¹.

d. (segue) Il futuro della Sezione 78.

³⁵⁶ Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 370.

³⁵⁷ Police Act 1997, Part III; the Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA) 2000, Part I; Code of Practice on the Interception of Communications, ai sensi della s. 71 del RIPA 2000.

³⁵⁸ RIPA 2000, Part II, and the Code of Practice on Covert Surveillance, ai sensi della s. 71 della legge.

³⁵⁹ Code of Practice emesso ai sensi della Part II del Criminal Procedure and Investigation Act 1996.

³⁶⁰ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 371.

³⁶¹ Oggetto di particolare attenzione giurisprudenziale è il tema delle operazioni sotto copertura, nel corso delle quali è possibile che gli agenti eludano con l'inganno la regolare regolamentazione delle indagini. Tuttavia, la giurisprudenza tende a ritenere utilizzabili le prove ottenute attraverso operazioni di questo genere, sulla base del fatto le stesse siano utili e l'interesse della polizia sia pubblico.

Meritano di essere sottolineati, a titolo di conclusione, due punti correlati sulla *fairness* come test di ammissibilità, che emergono chiaramente dalla precedente indagine selettiva della giurisprudenza della sezione 78 ³⁶². In primo luogo, la discrezionalità conferita ai giudici del processo dalla sezione 78 è altamente contestuale, particolaristica e sensibile ai fatti. È possibile formulare linee guida generali per il suo esercizio, come quelle stabilite per i casi di *entrapment* ³⁶³ dalla Corte d'appello nella causa *Smurthwaite; Gill*, ma la decisione finale di ammettere o escludere le prove contestate deve essere necessariamente frutto della valutazione dei fatti unici dei singoli casi, per i quali non è possibile fornire uno schema o un algoritmo giuridico ³⁶⁴.

Ne consegue, in secondo luogo, che il successo - o meno - della sezione 78, come arbitro della tensione tra prova e giustizia, dipende sostanzialmente dalle intuizioni morali, dalla competenza forense e dal buon giudizio dei giudici del processo ³⁶⁵. Pertanto, le aspirazioni della giustizia penale dipendono tanto dalla qualità, dall'esperienza e dalla formazione della magistratura e dei magistrati laici, quanto dalla scelta delle norme procedurali. L'indeterminatezza dell'obiettivo e l'incertezza dell'applicazione sono, per alcuni commentatori, l'epitome di ciò che non va nella sezione 78 ³⁶⁶. È innegabile che la natura aperta dell'indagine che i giudici del processo sono tenuti a svolgere genera una certa incertezza e crea rischi reali di incoerenza nell'applicazione della norma in questione in prima istanza.

Nel caso *Roberts* ³⁶⁷, l'imputato era stato condannato per rapina e offese da armi da fuoco, per un totale di 15 anni di reclusione, in parte sulla base delle ammissioni fatte a un compagno detenuto, all'interno di una cella della polizia messa sotto controllo. In appello, l'imputato sosteneva il suo compagno di cella fosse d'accordo con la polizia affinché raccogliesse informazioni incriminanti. Respingendo questa tesi e confermando la decisione del giudice di ammettere la prova, la Corte d'appello

³⁶² ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 173.

³⁶³ L'*entrapment* è una pratica in cui un agente delle forze dell'ordine o un agente dello Stato induce una persona a commettere un "reato" che altrimenti non avrebbe potuto o voluto commettere.

³⁶⁴ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 173.

³⁶⁵ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 173.

³⁶⁶ A. L. T. CHOO e S. NASH, "What's the Matter with Section 78?", 1999, Crim LR 929.

³⁶⁷ *R. v. Roberts* (1997) 1 Cr App R 217, CA.

si è preoccupata di sottolineare il ruolo circoscritto di una corte d'appello nel controllare l'esercizio della discrezionalità di un giudice.

La Corte d'appello si è fermata ben lontano dal sostituire le proprie speculazioni alle determinazioni di fatto del giudice del processo: “Il vero test è se, considerando le circostanze del caso nel suo complesso, il comportamento della polizia, intenzionalmente o meno, abbia portato a un'ingiustizia o a un'iniquità: e riteniamo che il giusto arbitro di questa questione sia il giudice del processo stesso, che ha visto il testimone, e che ha un ampio margine di discrezionalità ai sensi della sezione 78 che dovrebbe essere disturbato da questa Corte solo se si può dimostrare che ha commesso un errore di principio o si è palesemente sbagliato”³⁶⁸.

Se è vero che la Corte d'Appello non è nella posizione di giudicare ogni accertamento di fatto da parte del giudice del processo, tuttavia, un approccio eccessivamente "hands-off" da parte della stessa non dovrebbe essere accolto favorevolmente³⁶⁹. Nel caso *Roberts*, il giudice aveva accertato nessuno fosse stato arruolato o adescato per ottenere ammissioni, eppure la presunta "spia" non era mai stata accusata di alcun reato, anche se un testimone oculare l'aveva collocata sulla scena della rapina. Troppe domande senza risposta possono avere un impatto negativo sull'equità del procedimento e compromettere la legittimità del verdetto. D'altronde, anche un'eccessiva variazione inspiegabile nelle decisioni dei giudici del processo sull'ammissibilità delle prove contestate sortirebbe lo stesso effetto³⁷⁰.

Gran parte di ciò che la Corte d'appello ha affermato sulla sezione 78 fornisce poche indicazioni concrete per i giudici dei processi. Si pensi, ad esempio, alla distinzione che ricorre nei casi tra l'inganno deliberato di un sospetto e la presunta "applicazione del trucco a sé stesso" da parte del sospetto. Si tratta in realtà solo di un modo poetico per ribadire la conclusione raggiunta in merito alla soddisfazione o meno del test di *fairness* della sezione 78 da parte delle tecniche investigative. La

³⁶⁸ “The true test is whether, having regard to the circumstances of the case as a whole, the conduct of the police, either wittingly or unwittingly, led to unfairness or injustice: and We consider that the proper adjudicator of this question is the trial judge himself, who has seen the witness, and who has a wide margin of discretion under section 78 which should only be disturbed in this Court if it can be shown that he erred in principle or was plainly wrong”.

³⁶⁹ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 173.

³⁷⁰ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 173.

metafora del trucco attivo - passivo non rivela alcun criterio concreto di equità e, di conseguenza, è vacua come test di ammissibilità; le decisioni di ammettere o escludere le prove devono basarsi non su facili slogan ³⁷¹, ma su valutazioni di legittimità relative a particolari tecniche nelle circostanze di particolari indagini.

La maggior parte dei casi che abbiamo considerato in questo paragrafo, ad esempio, richiedono valutazioni contestuali dei confini morali e legali dell'inganno giustificabile nell'applicazione della legge. Tuttavia, per tutti i dubbi che possono permanere, la Corte d'Appello ha giustamente insistito in *Smurthwaite; Gill e Roberts* sul fatto che le regole, i principi e le linee guida generali formulate dai tribunali d'appello non possono mai considerarsi arbitri finali dell'ammissibilità in relazione a uno standard di equità aperto. Non esiste un sostituto praticabile per il giudizio in buona fede dei giudici nell'esercizio del loro potere discrezionale di escludere le prove dell'accusa non corrette ai sensi della sezione 78 ³⁷².

3. Fair Trial and Human Rights Act.

Lo *Human Rights Act* del 1998, legge con cui l'ordinamento inglese ha recepito la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha introdotto una nuova dimensione operativa della sezione 78, come parte di un più ampio processo di "costituzionalizzazione" del diritto delle prove penali ³⁷³.

Alcune caratteristiche della procedura penale vengono viste come componenti essenziali del complesso di diritti e doveri che definiscono il rapporto tra i cittadini e lo Stato; in una democrazia liberale, lo Stato e tutte i suoi organi sono tenuti a

³⁷¹ Rigetta la distinzione analoga tra condotta attiva e passiva in presenza di operazioni sotto copertura anche A. ASHWORTH, *Re-drawing the Boundaries of Entrapment*, 2002, Crim LR 161, 165. Si veda anche *R v. Looseley*, para 49 "Limited assistance can ... be gained from distinctions which restate the question rather than provide a criterion for answering it. For example, it has been said that a policeman or paid informer should not act as an agent provocateur; an expression used to signify practices employed by foreigners unacquainted with English notions of decency and fair play ... But what exactly is an agent provocateur?"

³⁷² ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 174.

³⁷³ Si veda ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 35, secondo cui "the Human Rights Act is the vanguard of a new constitutionalism in English criminal procedure".

rispettare lo Stato di diritto, e questo, a sua volta, ha implicazioni dirette nell'approccio giudiziario alle prove ottenute impropriamente. Se la polizia, i pubblici ministeri o altri funzionari e rappresentanti dello Stato fossero autorizzati – e ancor meno incoraggiati – a violare impunemente la legge del Paese, lo Stato si porrebbe al di sopra della legge e tradirebbe il suo essere liberaldemocratico.

Mentre questo punto fondamentale del principio costituzionale è ormai ampiamente riconosciuto, la legge sui diritti dell'uomo ha dato ai giudici l'accesso diretto a una nuova serie di strumenti giuridici – la legge europea sui diritti umani, i principi, le dottrine, i concetti, le idee e le argomentazioni – con i quali lavorare sulle implicazioni probatorie dell'elaborazione di una moderna costituzione britannica per il ventunesimo secolo ³⁷⁴.

L'articolo 6 della Convenzione europea, paragrafo 1, stabilisce che “ogni persona ha diritto a un'udienza pubblica ed equa, entro un termine ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale, istituito dalla legge”. Ai paragrafi 2 e 3, sono invece enumerati ulteriori aspetti del "giusto processo" nei procedimenti penali, tra cui la presunzione di innocenza, il diritto ad essere assistito da un avvocato, e il diritto di chiamare ed esaminare i testimoni.

Sebbene il concetto di "processo equo" ai sensi della CEDU rimanga piuttosto impreciso ³⁷⁵, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emesso centinaia di sentenze che applicano l'art. 6 CEDU. Pertanto, dalle stesse è possibile ricavare un mosaico di regole e principi che si intersecano e si sovrappongono. Uno dei principi guida della Corte europea in materia di procedura penale è che "l'ammissibilità delle prove è principalmente una questione regolata dal diritto nazionale e, come regola generale, spetta ai tribunali nazionali valutare le prove di che vengono loro

³⁷⁴ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 175.

³⁷⁵ Cfr. Judge Martens, dissenting in *Borgers v. Belgium* (1993) 15 EHRR 92: “the concept of “fair trial” ...calls for careful handling. To begin with the concept is vague and “open-ended.” It needs “filling in.” This gradually occurs as case-law develops more specific rules. The Court, however, has a tendency always to rule in concreto, taking into account the specific features of the case at hand. Thus elaborating the notion of “fair trial” is not without risks: the rules that emerge from such a case-law develop a momentum of their own and a tendency to engender specific new rules. These new rules may overstrain a concept which, after all, refers to very basic principles of procedure. As long as it has not elaborated a more comprehensive analytical view of the notion of “fair trial” the Court should be aware of these risks ...” (Dissenting Opinion of Judge Martens, paras. 4.4 and 4.5)

sottoposti. Il compito della Corte, ai sensi della Convenzione, è quello di verificare se il procedimento nel suo complesso, comprese le modalità di assunzione delle prove, sia stato equo" ³⁷⁶.

Tuttavia, se è vero che la Corte europea evita di pronunciare regole generali di ammissibilità in astratto, avendo cura di ancorare la sentenza al caso concreto, è anche vero che la Corte abbia emesso una serie di pronunce in tema di prove, le quali ora hanno un'influenza diretta sul diritto probatorio inglese ai sensi dello *Human Rights Act*.

Il *leading case* con implicazioni per la sezione 78 del P.a.c.e., come gran parte della giurisprudenza inglese sulla sezione 78 stessa, riguarda il presunto "*entrapment*". Nel caso *Teixeira de Castro* ³⁷⁷, degli agenti di polizia portoghesi sotto copertura invitavano VS, un noto consumatore di hashish e piccolo spacciatore, a metterli in contatto con qualcuno che potesse fornire loro eroina. A seguito di molte trattative inconcludenti, VS presentava agli agenti l'imputato, che si era procurato l'eroina da un conoscente e la vendeva agli agenti. La Corte Suprema portoghese confermava la condanna dell'imputato e la pena a 6 anni per spaccio di droga, argomentando il sacrificio della libertà individuale sia talvolta giustificato dal perseguimento di obiettivi legittimi di applicazione della legge, come affrontare la piaga dello spaccio illegale di droga e tutta la miseria che ne deriva.

La Corte europea, tuttavia, ha accolto il ricorso dell'imputato secondo cui gli era stato negato un processo equo in violazione dell'articolo 6, qualificando la condotta degli agenti sotto copertura come un'inammissibile "istigazione", la quale ha portato alla commissione di un reato che altrimenti non sarebbe stato posto in essere. L'operazione è stata ulteriormente compromessa, secondo la Corte europea, perché non è stata condotta da agenti antidroga debitamente autorizzati, né è stata sottoposta al controllo giudiziario di un magistrato.

³⁷⁶ *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998) 28 EHRR 101, para 34. Si veda anche *Schenk v. Switzerland*, (A/140) (1991) 13 EHRR 242, para 46: "*While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence ... may be admissible*".

³⁷⁷ *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998) 28 EHRR 101.

Afferma la Corte: “la deduzione necessaria da queste circostanze è che i due agenti di polizia non si sono limitati a indagare sull'attività criminale del signor Teixeira de Castro in modo essenzialmente passivo, ma hanno esercitato un'influenza tale da istigare la commissione del reato... La Corte conclude che le azioni dei due agenti di polizia sono andate oltre quelle di agenti sotto copertura, perché hanno istigato il reato e nulla fa pensare che senza il loro intervento sarebbe stato commesso. Tale intervento e il suo utilizzo nel procedimento penale impugnato hanno fatto sì che, fin dall'inizio, il ricorrente sia stato definitivamente privato di un processo equo”³⁷⁸.

Tale sentenza stabilisce inequivocabilmente che il concetto di "*fair trial*" all'interno dell'articolo 6 della CEDU si estende alla valutazione della correttezza dei procedimenti pre-processuali, comprese le indagini di polizia. Pertanto, secondo il sistema della Convenzione un imputato può essere privato del diritto a un processo equo fin dall'inizio se le forze dell'ordine hanno violato i suoi diritti nel corso delle indagini.

Prima dell'avvento dello *Human Rights Act*, i tribunali inglesi faticavano a porsi nell'ottica garantista della CEDU. Alcuni giudici anziani non nascondevano la loro insofferenza nei confronti di argomentazioni fondate su violazioni dei diritti della Convenzione. Nel caso *Khan*³⁷⁹, per esempio, la polizia aveva apposto un dispositivo di registrazione nascosto all'esterno di una proprietà residenziale. L'operazione comportava la violazione di domicilio e lievi danni all'abitazione, oltre a costituire un'evidente intrusione nella vita privata degli occupanti. Mediante tale microfono la polizia registrava la conversazione tra Khan e un amico, nel corso del quale Khan ammetteva il proprio coinvolgimento nel contrabbando di stupefacenti. In virtù di tale ammissione veniva poi condannato per gravi reati di

³⁷⁸ *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998) 28 EHRR 101, “*The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence. The Court concludes that the two police officers' actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed. That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial*”.

³⁷⁹ *R. v. Khan (Sultan)* (1997) AC 558, HL.

traffico di droga. Nel confermare la condanna, la Camera dei Lord sottolineava che il diritto di Khan al rispetto della vita privata, sancito dall'articolo 8, non gli sarebbe stato riconosciuto, anche se la Convenzione fosse stata incorporata nel diritto inglese ³⁸⁰.

Come le corti portoghesi in *Teixiera de Castro*, la Camera dei Lord insisteva sul fatto che i diritti individuali a volte debbano essere subordinati a importanti politiche pubbliche, come la cattura e la dissuasione dei trafficanti di droga. Esaurite tutte le vie di ricorso interne, Khan proponeva ricorso alla Corte di Strasburgo ³⁸¹.

Il Regno Unito ha tentato di giustificare la violazione dei diritti di Khan ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, con l'articolo 8, paragrafo 2, sostenendo che le intercettazioni di locali residenziali rappresentavano una misura necessaria e proporzionata per il controllo della criminalità in una società democratica ³⁸². Questa argomentazione è stata respinta, ma solo per il motivo, relativamente limitato, che l'operazione di sorveglianza della polizia condotta non era stata "conforme alla legge". All'epoca, infatti, tali operazioni erano regolate solo dalle linee guida del Ministero dell'Interno ³⁸³; essendo le stesse non sufficientemente vincolanti né adeguatamente pubblicizzate, la Corte ha ritenuto non potessero

³⁸⁰ Si veda Lord Nolan, *ibid.* 580 and 582, secondo cui *"The question whether there was a breach, and it so what the consequences should be, is solely one for the European Court of Human Rights. That is not to say that the principles reflected in the Convention on Human Rights are irrelevant to the exercise of the section 78 power. They could hardly be irrelevant, because they embody so many of the familiar principles of our own law and of our concept of justice ... If the behaviour of the police in the particular case amounts to an apparent or probable breach of some relevant law or convention, common sense dictates that this is a consideration which may be taken into account for what it is worth. Its significance, however, will normally be determined not so much by its apparent unlawfulness or irregularity as upon its effect, taken as a whole, upon the fairness or unfairness of the proceedings. The fact that the behaviour in question constitutes a breach of the Convention or of a foreign law can plainly be of no greater significance per se than if it constituted a breach of English law. Upon the facts of the present case ... I consider that the judge was fully entitled to hold that the circumstances in which the relevant evidence was obtained, even if they constituted a breach of Article 8, were not such as to require the exclusion of the evidence"*

³⁸¹ *Khan v. UK* (2001) 31 EHRR 45.

³⁸² L'art. 8 stabilisce che "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

³⁸³ Adesso si vedano RIPA 2000, Part II e Police Act 1997, Part III.

costituire una base giuridica accettabile in virtù della quale fosse possibile violare il diritto al rispetto della vita privata tutelato dalla Convenzione.

È interessante notare come la Corte abbia affermato che, nonostante le dichiarazioni incriminanti di Khan fossero state ottenute in violazione dell'articolo 8, la loro ammissione al processo non costituissero necessariamente una violazione dell'articolo 6. Nel caso concreto, l'imputato si era dichiarato colpevole e i tribunali nazionali avevano preso in considerazione l'argomentazione per escludere le sue ammissioni ai sensi della sezione 78 del P.a.c.e.; sulla base di tali rilievi la Corte europea ha ritenuto il processo di Khan equo, sebbene la sua condanna si fosse basata interamente su prove procurate attraverso una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata.

Come accennato, lo *Human Rights Act* ha successivamente dato ai diritti della Convenzione un fondamento giuridico più solido ed esplicito nel diritto inglese. I giudici britannici sono specificamente invitati a tenere conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel decidere questioni relative ai diritti sanciti nella Convenzione. Sebbene le previsioni iniziali sull'impatto presumibilmente rivoluzionario della Convenzione sul diritto inglese abbiano iniziato a cedere il passo a valutazioni più caute, vi sono chiari segni di apertura negli atteggiamenti giudiziari e una tendenza evidente a riorientare la dottrina probatoria all'interno di un quadro di giurisprudenza penale "costituzionale", basata sui diritti e sottoscritta dalla CEDU³⁸⁴.

I temi principali di questo paragrafo sono confluiti nella sentenza della Camera dei Lord nella causa *Looseley; Att.-Gen.'s Reference (No. 3 of 2000)*³⁸⁵. Questi due ricorsi congiunti sono nati da episodi distinti in cui agenti di polizia sotto copertura erano stati riforniti di quantitativi di eroina dall'imputato. Nel primo caso, L era stato identificato come spacciatore durante un'operazione di sorveglianza incentrata sul pub *Wooden Bridge*, fortemente sospettato di essere un punto di distribuzione chiave della droga nella zona. Gli agenti avevano "sparso la voce" di essere alla ricerca di droga e avevano ricevuto il nome di L dai frequentatori del pub. Dopo

³⁸⁴ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 178.

³⁸⁵ *R. v. Looseley; Att.-Gen.'s Reference (No. 3 of 2000)* (2001) UKHL 53.

aver presto contatto con L gli chiedevano se potesse rifornirli di "brown". L vendeva pertanto l'eroina agli agenti sotto copertura in tre diverse occasioni.

Nel secondo caso, l'imputato accettava di rifornire di eroina gli agenti sotto copertura solo a seguito di stecche di sigarette offerte a basso costo ripetute richieste, quindici in tutto, da parte degli agenti. L'imputato negava qualsiasi interesse nello spaccio di droga, al contrario sosteneva che avrebbe fornito ciò che gli agenti sotto copertura chiedevano sulla base reciproca di "un favore per un favore".

Il giudice del processo riteneva che gli agenti si fossero spinti troppo oltre nel sollecitare il reato e ordinava la sospensione del procedimento per *abuse of process*. Tuttavia, la Corte d'Appello non era d'accordo: l'imputato aveva volontariamente fornito droga agli agenti d'appello e le sue precedenti condanne per fornitura di cannabis costituivano un'ulteriore chiara prova della propensione dell'imputato a fornire eroina a chiunque. Nel confermare la condanna di L, ma nell'accogliere l'appello della difesa nel secondo caso, la Camera dei Lord ha emanato alcune delle sue direttive più forti in assoluto, ribadendo l'importanza fondamentale di preservare l'integrità morale nei procedimenti penali.

Lord Nicholls, ad esempio, ha dichiarato che "Ogni tribunale ha il potere e il dovere intrinseco di impedire l'abuso del suo processo. Esso costituisce un principio fondamentale dello Stato di diritto. Facendo ricorso allo stesso, i tribunali assicurano che i funzionari dello Stato non abusino delle funzioni coercitive e di applicazione della legge dei tribunali, opprimendo così i cittadini dello Stato ... Non è semplicemente accettabile che lo Stato, attraverso i suoi funzionari, induca i suoi cittadini a commettere atti vietati dalla legge e poi cerchi di perseguirli per questo. *That would be entrapment*. Sarebbe un uso improprio del potere dello Stato e un abuso del processo giudiziario. Il ruolo dei tribunali è quello di fraporsi tra lo Stato e i suoi cittadini e di assicurarsi che ciò non accada. La condotta della polizia che provoca, per usare una frase ad effetto, un crimine creato dallo Stato è inaccettabile e impropria. Perseguire l'azione penale in tali circostanze sarebbe un affronto alla considerazione pubblica ... In definitiva, la considerazione generale è sempre se la condotta della polizia di applicazione della legge sia stata così gravemente scorretta

da gettare discredito sull'amministrazione della giustizia. La formulazione di *Lord Steyn* (in *R v. Latif and Shahzad* [1996] 1 WIR 104, a 112] di un'azione penale che offende la coscienza pubblica è sostanzialmente dello stesso tenore”³⁸⁶.

I giudici concordano sul fatto che la sospensione del procedimento per abuso di processo sia l'unico rimedio appropriato in circostanze di grave *entrapment*, sebbene si aggiunga che la sezione 78 potrebbe ancora svolgere un ruolo residuale, nei casi in cui le prove inficiate possano essere escluse dal processo senza necessariamente compromettere l'intera accusa.

In base ai fatti, si è ritenuto che vi fosse una chiara distinzione tra la fornitura volontaria di eroina da parte di L agli agenti in incognito, che si erano comportati come un qualsiasi "punter" che chiede la droga al suo spacciatore abituale, e la campagna di ripetute istigazioni e blandizie rivolte all'imputato da parte degli agenti sotto copertura agenti di copertura nel procedimento dell'*Att.Gen. (n. 3 del 2000)*. Il primo è stato un ineccepibile lavoro sotto copertura, finalizzato alla cattura di criminali in attività; il secondo si è spinto troppo in là nel testare la suscettibilità dei comuni cittadini.

È stato inoltre riaffermato il principio consolidato secondo cui ogni caso deve essere deciso in base ai suoi fatti specifici. Sulla base delle linee guida per i giudici dei processi precedentemente stabilite in *Smurthwaite; Gill* e altre sentenze attorno alla sezione 78, Lord Hoffmann ha elencato non meno di cinque criteri generali di ammissibilità. Lo stesso ha iniziato affermando che “Il test per stabilire se l'agente delle forze dell'ordine si è comportato come un normale membro del pubblico

³⁸⁶ Ibid. paras. 1, 19, e 25, “Every court has an inherent power and duty to prevent abuse of its process. This is a fundamental principle of the rule of law. By recourse to this principle courts ensure that executive agents of the State do not misuse the coercive, law enforcement functions of the courts and thereby oppress citizens of the state ... It is simply not acceptable that the State through its agents should lure its citizens into committing acts forbidden by the law and then seek to prosecute them for doing so. That would be entrapment. That would be a misuse of state power, and an abuse of the process of the court ... The role of the courts is to stand between the state and its citizens and make sure this does not happen ... Police conduct which brings about, to use the catch-phrase, state-created crime is unacceptable and improper. To prosecute in such circumstances would be an affront to the public conscience ... Ultimately the overall consideration is always whether the conduct of the police or other law enforcement agency was so seriously improper as to bring the administration of justice into disrepute. Lord Steyn's formulation (in *R v. Latif and Shahzad* [1996] 1 WLR 104, at 112] of a prosecution which would affront the public conscience is substantially to the same effect”.

funziona bene ed è probabile che sia decisivo in molti casi di reati normativi commessi con normali membri del pubblico”³⁸⁷. Tuttavia, questo semplice test, ideale nei casi di acquisizione di prove, dovrebbe chiaramente essere modificato per estendersi a situazioni in cui gli standard dei "normali membri del pubblico" sembrano inapplicabili, dai traffici di droga della malavita all'assunzione di sicari. Per quanto riguarda questi tipi di attività clandestine, è stato sottolineato che la polizia dovrebbe agire sulla base di un ragionevole sospetto, su luoghi particolari o individui specifici, piuttosto che cercare reati qualsiasi.

La gravità del reato non è di per sé una giustificazione sufficiente per ricorrere a tattiche sotto copertura che comportino un elemento di procacciamento o di facilitazione da parte della polizia. D'altro canto, però, agli agenti deve essere consentito di comportarsi in modo normale per l'identità assunta, il che potrebbe significare, ad esempio, fare ripetute richieste di droga, dal momento che gli spacciatori sono notoriamente riluttanti a fornire droga agli sconosciuti prima di aver instaurato almeno una conoscenza di passaggio.

Infine, il concetto di "agente provocatore" e il test della "predisposizione" dell'autore del reato, entrambi invocati dalla Corte europea nella causa *Teixeira de Castro*, sono stati respinti in quanto non utili e potenziali fonti di ingiustizia. Se la "predisposizione" fosse una considerazione rilevante, la polizia potrebbe essere tentata di concentrare le operazioni sotto copertura su autori di reati con condanne precedenti, individui che potrebbero essere particolarmente vulnerabili a pressioni ingiuste.

I criteri generali di ammissibilità individuati in *Looseley; Att.-Gen.'s Reference (No. 3 of 2000)* si basano e perfezionano la preesistente giurisprudenza della Corte d'Appello in materia di *entrapment*, stabilendo un quadro di principio che guida le decisioni dei giudici dei processi in casi particolari. In questa ottica, la sezione 78 si sta trasformando in un baluardo primario di equità e integrità morale nei procedimenti penali inglesi³⁸⁸.

³⁸⁷ Ibid. para. 55.

³⁸⁸ ROBERTS – A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, cit., 180.

Sebbene il test della "predisposizione" sia stato giustamente respinto, il diritto inglese è stato unanimemente ritenuto conforme ai principi sanciti dall'articolo 6 della CEDU, come elaborato nella sentenza *Teixeira*. Molti dei loro Lord hanno guardato alla giurisprudenza di sistemi con una maggiore esperienza di una Carta dei diritti, e in particolare hanno attinto alla sentenza della Corte Suprema del Canada in *Mack*, nell'elaborare i loro approcci alla prova dell'*entrapment*. Del resto, questa concezione marcatamente più cosmopolita delle risorse giuridiche è un ulteriore indice dell'incombente costituzionalizzazione del diritto processuale penale inglese e rafforza le rivendicazioni del "*fair trial*" da includere, accanto all'ammissibilità e alla rilevanza, nel diritto processuale inglese.

4. In tema di perquisizione e sequestro.

Giunti a questo punto della trattazione è possibile trarre delle conclusioni relativamente alle regole di esclusione previste in tema di perquisizione e sequestro. Come visto, nel nostro ordinamento è previsto un vizio apposito, denominato inutilizzabilità, diretto a escludere una certa prova dal materiale conoscitivo a disposizione del giudice. È l'art. 191 c.p.p. che al suo primo comma prevede in via generale le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possano essere utilizzate. Il problema che l'art. in questione pone consiste nel fatto non sia sempre chiaro agli interpreti quando il vizio sussiste. Si è avuto modo, nel capitolo I, di mettere in luce i vari contrasti dottrinali e giurisprudenziali in merito alla portata applicativa dello stesso. Da un lato si sostiene il vizio sussista solo laddove sia chiaramente previsto, da un altro lato si argomenta che, anche qualora non si rinvenivano espressioni quali "non può", "non sono ammesse", "è vietato", "non sono consentite", il divieto di legge possa allo stesso ricavarsi dalla norma che autorizza l'acquisizione della prova solo in presenza di determinati requisiti. Ancora, ci si domanda se il vizio in questione sia da riferirsi alla sola fase di ammissione della prova, così riguardando il solo *an* del dato probatorio, o se l'inutilizzabilità sia tale da coprire l'intero procedimento probatorio, estendendo

così il proprio raggio d'azione al *quomodo* del dato conoscitivo. Infine, ci si chiede se la nozione “divieti stabiliti dalla legge” sia riferibile anche alla violazione di fattispecie incriminatrici o norme costituzionali.

Si è poi focalizzata l'attenzione sul rapporto che intercorre tra perquisizione e sequestro: se la polizia, pur non essendo presente una situazione che legittimi l'intervento della stessa, dispone una perquisizione in assenza del previo decreto motivato del p.m. (prescritto dall'art. 247 c.p.p.) i reperti rinvenuti sono sequestrabili e quindi utilizzabili? Il quesito viene spesso risolto facendo ricorso alla categoria della cosiddetta inutilizzabilità “derivata”³⁸⁹, secondo cui l'illegittimità della prova precedente si estenderebbe a quelle successive, contaminando le stesse di inutilizzabilità (teoria dei frutti dell'albero avvelenato). Accanto a tale orientamento, vi è chi sostiene il sequestro resterebbe pienamente valido anche se effettuato in seguito a perquisizione illegittima (teoria del *male captum bene retentum*).

Al capitolo II si è visto la problematica possa essere risolta attraverso una specifica lettura interpretativa dell'art. 191 c.p.p.: attribuendo all'espressione “prove acquisite” il significato di prove ottenute, reperite o raccolte, tutte le prove che derivino, sulla base di un rapporto causa – effetto, da una violazione di legge, risultano inutilizzabili. Pertanto, rientrano tutti i casi in cui la prova discenda da atti illegittimi, inclusa, ovviamente, una perquisizione eseguita al di fuori dei presupposti normativamente stabiliti.

Il sistema italiano, in linea con gli ordinamenti di *civil law*, è caratterizzato dal formalismo, in virtù del quale il processo si compone di una serie di atti che devono essere posti in essere in un certo ordine e secondo le forme prescritte dalla legge. Laddove una prova non rispetti la fattispecie legale normativamente prevista, indipendentemente dal fatto che da tale violazione sia derivato un pregiudizio all'interesse tutelato dalla norma violata, il vizio della inutilizzabilità consegue

³⁸⁹ In questo senso, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 796.

automaticamente. Alla luce di tali considerazioni, si comprende il motivo per cui l'illegittimità dell'atto di sequestro debba essere ricercata a livello legislativo.

Al contrario, il sistema inglese si caratterizza per conferire al giudice un potere discrezionale in virtù del quale è possibile escludere i dati probatori illegittimamente acquisiti, anche in assenza di una espressa disposizione di legge. Il potere, come visto, non è esercitato in modo arbitrario; il giudice deve porre in essere un bilanciamento in concreto dei valori coinvolti, in modo da determinare quale tra essi meriti maggior tutela. Pertanto, la giurisprudenza inglese deve considerare tutte le circostanze del caso concreto, secondo un metodo che si può definire sostanzialistico (in antitesi all'approccio formalistico).

Pertanto, si comprende come, in tema di perquisizione e sequestro (*search and seizure*), la problematica sia risolta in ragione della stessa discrezionalità attribuita al giudice: quest'ultimo può ritenere che le cose rinvenute e sequestrate a seguito di perquisizione illegittima, qualora ammesse, ledano l'equità del processo, e, pertanto, escludere dal materiale conoscitivo in possesso del giudice le prove così ottenute in virtù della sezione 78 P.a.c.e.³⁹⁰. Nel sistema inglese non è necessario rinvenire un esplicito divieto probatorio; chiave di volta del diritto probatorio è il concetto di *fairness*.

Nel caso *Jeffrey v Black*³⁹¹, il pubblico ministero presentava ricorso contro i magistrati che avevano esercitato il loro potere discrezionale per escludere la prova del possesso di droga ottenuta da una perquisizione illegale della stanza dell'imputato da parte della polizia.

La Corte d'Appello stabiliva i magistrati avessero esercitato la loro discrezionalità in modo errato nel caso particolare; tuttavia, Lord Widgery C. affermava in termini più ampi: "Se il caso è tale che non solo gli agenti di polizia sono entrati senza autorizzazione, ma si sono resi colpevoli di inganno, o hanno ingannato qualcuno,

³⁹⁰ Sezione 78 PACE 1984 "*In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*".

³⁹¹ *Jeffrey v. Black* (1977) 3 W.L.R. 895

o sono stati oppressivi, o sono stati ingiusti, o per altri aspetti si sono comportati in modo moralmente riprovevole, allora i giudici possono applicare la loro discrezionalità e rifiutarsi di consentire che la prova particolare sia inserita nel processo”³⁹².

Come messo in luce dalla sentenza, il giudice non deve effettuare un mero controllo di legittimità della misura posta in essere, occorre bilanciare i valori in gioco; in tal caso si stabilisce la prova possa essere esclusa solo qualora gli agenti di polizia abbiano assunto comportamenti moralmente riprovevoli.

Apparentemente, l’approccio sostanzialistico in questo campo può sembrarci migliore. La tesi formalistica rischia infatti, in assenza di un divieto esplicitamente previsto, di non sanzionare alcune gravi violazioni della legge. Inoltre, non è possibile tenere conto delle caratteristiche peculiari del caso concreto: le regole di esclusione operano in astratto, a prescindere dalle specifiche modalità di acquisizione poste in essere e dall’attendibilità della prova. D’altronde, la tesi formalistica presenta anche dei vantaggi: la discrezionalità del giudice è ridotta e così è maggiore la certezza del diritto. Le parti, sapendo quale materiale conoscitivo risulterà utilizzabile e quale no, sanno quale comportamento adottare, fin dalle indagini preliminari. Inoltre, il formalismo tutela il principio di eguaglianza, assicurando situazioni uguali vengano trattate allo stesso modo.

In definitiva, si può concludere l’approccio sostanzialistico sia più conforme a sistemi che, come il sistema inglese, conoscono organi giudicanti caratterizzati da una separazione delle competenze. In tal caso, è il giudice togato a porre in essere il bilanciamento di valori necessario al fine di stabilire se un determinato dato probatorio debba essere escluso; la giuria non viene coinvolta in tale valutazione, ed anzi, viene fatta allontanare quando ogni qual volta venga sollevata una questione di inutilizzabilità. In un sistema come quello italiano, caratterizzato dalla presenza di un organo giudicante unitario, il potere di discrezionale esclusione

³⁹² *Jeffrey v. Black* (1977) 3 W.L.R. 895 “all the evidence tendered by the prosecution’ and described its ambit in the widest terms: ‘If the case is such that not only have the police officers entered without authority but they have been guilty of trickery, or they have misled someone, or they have been oppressive, or they have been unfair, or in other respects they have behaved in a manner which is morally reprehensible, then it is open to the justices to apply their discretion and decline to allow the particular evidence to be let in as part of the trial”.

potrebbe portare a sovrapporre il momento dell'esclusione con il momento della valutazione delle prove.

CAPITOLO IV

La posizione e il ruolo della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

SOMMARIO: 1. La Convenzione dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. a. (segue) La funzione nomofilattica della Corte europea. b. (segue) La posizione della CEDU nella gerarchia delle fonti del diritto italiano. c. (segue) Il rapporto tra ordinamento italiano e Convenzione europea. d. (segue) L'obbligo di dare esecuzione alle decisioni di condanna. 2. L'inutilizzabilità nel sistema convenzionale. a. (segue) In tema di perquisizione illegittima: il caso *Kobiasvili c. Georgia*. 3. La sanatoria: spazio per un bilanciamento compatibile con il diritto positivo italiano.

1. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Un'analisi comparatistica condotta in una materia di processo penale non può trascurare la produzione del Consiglio d'Europa, il quale produce una forte incidenza pure sullo stesso diritto dell'Unione. Tale sistema di cooperazione internazionale “propone” convenzioni internazionali, che ogni Stato, in base a scelte discrezionali, può ratificare. Tra queste, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4.11.1950³⁹³, è di gran lunga la più nota. L'Italia ha provveduto a ratificarla con la legge n. 848 del 4.08.1955; da quel momento la Convenzione è entrata a far parte del nostro ordinamento, e, pertanto, rappresenta a tutti gli effetti anche per il nostro ordinamento diritto positivo interno.

Nel panorama internazionale la CEDU rappresenta l'unico caso in cui la previsione di un catalogo di diritti – molti dei quali riguardano in modo specifico il processo penale, e, in particolare, la posizione dell'imputato – si accompagna all'istituzione di un apposito giudice, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sede a

³⁹³ Della CEDU rappresentano parte integrante, oltre al testo della Convenzione, i Protocolli addizionali, l'uno e gli altri “così come interpretati” dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Strasburgo. Alla stessa possono ricorrere contro uno Stato i singoli (privati cittadini, enti, formazioni sociali) che lamentino la lesione di uno dei diritti convenzionali posta in essere da parte di quello Stato (art. 34 CEDU)³⁹⁴. La circostanza per cui possono essere i singoli a convenire in giudizio uno Stato (senza, tra l'altro, la necessità di essere cittadini di quello stesso Stato) rappresenta un'altra peculiarità della Convenzione, che la contraddistingue rispetto alle altre convenzioni internazionali, oltre che dallo stesso sistema dell'Unione, nel cui ambito il ricorso del singolo non trova spazio alcuno. Tale possibilità di ricorso è assolutamente in linea con lo scopo della Convenzione, cioè assicurare che la tutela dei diritti fondamentali prevista sia rispettata dagli Stati parte nelle loro varie articolazioni, in primo luogo il potere legislativo e giudiziario, nell'ambito dei loro ordinamenti. Pertanto, il controllo che è chiamato a compiere la Corte Europea si può definire un controllo di tipo esterno rispetto all'ordinamento preso in considerazione³⁹⁵. Anche in questo caso il sistema della Convenzione si differenzia dal sistema dell'Unione, laddove la Corte di giustizia effettua un controllo interno, avendo ad oggetto lo stesso ordinamento europeo.

a. (segue) La funzione nomofilattica della Corte europea.

L'art. 46 della Convenzione obbliga gli Stati parte a conformarsi all'interpretazione della Corte "per le controversie di cui sono parte"; dunque, l'interpretazione della Corte per quanto attiene allo specifico caso deciso è certamente vincolante. Ma, al di fuori di tale ambito, quali effetti produce la stessa? Tale quesito è al centro di un vivo dibattito in Europa. Per rispondere occorre prima effettuare qualche precisazione.

³⁹⁴ L'unica deroga all'obbligo stabilito dall'art. 1 CEDU per gli Stati parte di riconoscere "ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà" garantiti dalla Convenzione è prevista dall'art. 15 CEDU per il caso di "guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione".

³⁹⁵ In tal senso, R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, 50.

In *primis*, è necessario ricordare che la Corte, oltre a rivolgersi ad una pluralità di Stati e ordinamenti diversi, con ognuno dei quali intrattiene un rapporto diretto, dovendo valutare, tenendo conto delle caratteristiche che ognuno di essi presenta, se i diritti convenzionali siano stati rispettati, pone in essere tale vaglio con riferimento ad una specifica vicenda giudiziaria. Ciò comporta la Corte Europea non si presenti come un giudice delle leggi, ma come un giudice dei casi concreti che di volta in volta le vengono sottoposti ³⁹⁶. Pertanto, le decisioni della stessa si può dire rappresentino la combinazione di enunciazioni di principio e bilanciamenti legati non solo alle particolarità dell'ordinamento preso in considerazione, ma soprattutto della singola vicenda concreta, valutata nella sua "globalità". In tale giudizio casistico assume rilievo il criterio del pregiudizio effettivo subito dal ricorrente, al punto che il "*significant advantage*" rappresenta oggi condizione di ammissibilità del ricorso alla Corte Europea secondo l'art. 35 CEDU, così come modificato dal Protocollo 14 ³⁹⁷. Anche sotto questo profilo si può dire la Corte Europea si differenzi in modo netto dalla Corte di giustizia, la quale, soprattutto nel caso di rinvio pregiudiziale, è chiamata a interpretare l'ordinamento dell'Unione in astratto.

La Corte però, sebbene chiamata a valutare il singolo caso giudiziario, ed anzi, in vista della soluzione di quest'ultimo, svolge anche una funzione interpretativa di carattere generale, al punto che attraverso la stessa essa ha ampliato il ventaglio di garanzie convenzionali rispetto alle sole previsioni della Convenzione. È a questa attività creativa che i richiami alla CEDU "così come interpretata dalla Corte". effettuati dai giudici europei e nazionali, si riferiscono.

³⁹⁶ Così ancora, R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 53.

³⁹⁷ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 53, secondo cui "In quest'ottica, avendo di mira l'obiettivo di assicurare "garanzie concrete ed effettive, e non teoriche e illusorie", secondo un'espressione ricorrente nel suo linguaggio (C. eur. 9.10.1979, Sirey c. Irlanda; Id 7.7.2015, Cestaro c. Italia), la Corte, nella sua opera di bilanciamento in concreto, agisce secondo una logica <<compensativa>>, potendo, ad esempio, considerare equo un processo anche in presenza di violazioni processuali che ritenga siano state compensate da vantaggi di altro genere per l'accusato, o in vista di peculiarità specifiche del caso (anche se, in quest'ultima prospettiva, essa non ha esitato ad avallare significative limitazioni difensive: C. eur. 13.10.2016, *Ibrahim e alt. C. Regno Unito*) e, al contrario, iniquo un processo in cui l'accusato abbia sofferto un pregiudizio concreto, pur in assenza di violazioni formali".

Riprendendo il quesito relativo all'efficacia delle sentenze della Corte Europea al di fuori del caso deciso può essere affrontato prima dal punto di vista dell'ordinamento CEDU, e poi dal punto di vista delle regole adottate dai singoli Stati parte. Con riguardo alla prima prospettiva, vi sono due tesi alternative: la tesi dell'efficacia vincolante *erga omnes* e quella dell'efficacia non vincolante della giurisprudenza europea³⁹⁸.

A sostegno della prima si afferma che tra gli obblighi assunti dagli Stati, con l'adesione alla Convenzione, andrebbe ricompreso anche quello di uniformarsi al *case law* della Corte di Strasburgo, alla quale l'art. 32 CEDU affida ogni questione relativa a "l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli". Inoltre, si rileva la possibilità di condannare gli Stati per la violazione delle regole convenzionali presupponga una loro soggezione alle medesime, così come interpretate dalla Corte europea.

A favore della seconda si sostiene che la Convenzione non contenga alcun riferimento ad un'efficacia vincolante della giurisprudenza del Giudice europeo. L'unico vincolo che espressamente emerge dal testo convenzionale è costituito dall'obbligo per gli Stati di ottemperare alle sentenze di condanna emesse dalla Corte nei loro confronti, ai sensi dell'art. 46 CEDU.

Del resto, la stessa Corte europea, per definire i rapporti tra Convenzione e ordinamenti nazionali, ha elaborato la dottrina del "margine di apprezzamento" (C. eur. 1.07.1961, *Lawless c. Irlanda*; Id. 7.12.1976, *Handyside c. Regno Unito*; Id. 25.11.1996, *Wingrove c. Regno Unito*), secondo la quale essa stessa pone un limite al suo potere di controllo, lasciando alle autorità nazionali uno spazio di autonomia nell'applicazione della Convenzione, purché resti salvaguardata la "sostanza" del diritto fatto valere. La Corte vuole evitare di imporre agli Stati parte parametri che inaccettabili per il loro sistema, ritenendo la posizione delle autorità nazionali sia più idonea a valutare le forme di attuazione più adeguate dei diritti convenzionali nell'ambito del proprio ordinamento.

³⁹⁸ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 54.

Ovviamente, il fatto di non attribuire forza cogente erga omnes alla giurisprudenza della Corte europea non implica non venga riconosciuta la particolare autorevolezza della stessa, cioè l'esigenza che legislatori e giudici nazionali la prendano nella massima considerazione, cercando di adeguarvisi il più possibile, per evitare di esporre il proprio paese a future condanne da parte dei giudici di Strasburgo. Si può concludere sia questo il valore non esclusivamente limitato al caso deciso dalle sentenze europee (C. eur. 18.01.1978, *Tyler c. Regno Unito*; Id. 6.11.1980, *Guzzardi c. Italia*; Id. 24.07.2003, *Karner c. Austria*; 7.01.2010 *Rantsev c. Cipro e Russia*).

b. (segue) La posizione della CEDU nella gerarchia delle fonti del diritto italiano.

Ogni Stato membro è libero di garantire all'interno del proprio ordinamento alla giurisprudenza della Corte europea un livello superiore a quello richiesto dalla Convenzione. L'esperienza italiana è, da questo punto di vista, emblematica. Inoltre, il quesito ci offre inoltre la possibilità di chiarire la posizione della Convenzione nella gerarchia delle fonti del sistema italiano.

Per lungo tempo il quesito relativo al valore da attribuire alla Convenzione non ha trovato risposte appaganti. Da un lato, si sosteneva la CEDU avesse lo stesso valore della legge ordinaria, da un altro lato, si affermava avesse valore sovraordinato, cercando di derivare tale superiorità da un principio costituzionale. Senonché, l'art. 2 Cost. risultava troppo generico nel sancire il riconoscimento dei "diritti inviolabili dell'uomo"; l'art. 10. Cost, alludendo esclusivamente alle norme consuetudinarie, non riguardava la CEDU; e l'art. 11 Cost., consentendo le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni, si riferiva all'ordinamento comunitario.

Il problema ha trovato soluzione con la legge costituzionale 3/2001, la quale ha modificato l'art. 117, comma 1 Cost. prevedendo che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato ... nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento

comunitario e dagli obblighi internazionali”. Sulla base della stessa, la Corte Costituzionale ha riconosciuto le norme CEDU si collocano a un livello intermedio tra la legge ordinaria e la Costituzione, in una posizione sub costituzionale: da un lato, queste hanno una forza di resistenza superiore a quella della legge ordinaria, non potendo essere abrogate o modificate da una legge emanata successivamente, dall’altro lato, assumono valore di norme interposte nel giudizio di costituzionalità della legge ordinaria, purché non risultino in contrasto con la Carta costituzionale (C. cost. n. 348 e 349. 2007).

Nella stessa occasione la Corte ha precisato che, dal momento in cui, ai sensi dell’art. 32 CEDU, alla Corte europea è assegnato il ruolo di interprete ufficiale della Convenzione, tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia con la ratifica della CEDU, vi sarebbe anche quello di riconoscere tale attività interpretativa e di conformare, conseguentemente, il proprio diritto interno (sia da un punto di vista normativo, sia interpretativo). Pertanto, secondo la Consulta, la disposizione CEDU “così come interpretata” dalla Corte di Strasburgo costituirebbe norma interposta nel giudizio di costituzionalità delle norme interne contrastanti ³⁹⁹.

L’attribuzione di un “significato normativo” all’interpretazione della Convenzione da parte della Corte europea aveva suscitato però forti critiche. Non può infatti essere dimenticata la peculiare posizione che caratterizza la Corte stessa, nel cui giudizio confluiscono le particolarità dell’ordinamento preso in considerazione e del caso concreto sottoposto al suo esame. Inoltre, si osservava la Corte possa decidere a maggioranza, esternando eventuali opinion dissenzienti (art. 45 CEDU), le quali finiscono certamente per indebolire il valore assertivo della sentenza. Infine, non si trascurava di ipotizzare possibili mutamenti di giurisprudenza, i quali comporterebbero il delicato problema della sorte a cui la norma interna, dichiarata incostituzionale sulla base di un’interpretazione superata, andrebbe incontro.

Alla luce di tali considerazioni, il Giudice delle leggi ha precisato di riservarsi un “margine di apprezzamento” in ordine all’incidenza che l’interpretazione della Corte europea possa avere sulle specificità del nostro ordinamento interno, ferma

³⁹⁹ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 57.

restando l'esigenza che ne sia salvaguardata la 'sostanza'⁴⁰⁰. Successivamente la Consulta ha circoscritto ulteriormente l'incidenza che l'interpretazione della CEDU da parte della Corte di Strasburgo è in grado di avere nell'ordinamento interno, precisando che l'obbligo di conformarsi alla stessa va riferito esclusivamente alla interpretazione dei giudici di Strasburgo che possa dirsi consolidata o alle c.d. sentenze pilota.

È chiaro che la Consulta, operando tali precisazioni e restrizioni dello spazio di cogenza della giurisprudenza della Corte europea, ha effettuato, sebbene non lo abbia esplicitamente ammesso, una revisione a gradi della posizione espressa nel 2007. In quest'ottica, il Giudice delle leggi dimostra di voler rinunciare a quel ruolo monopolistico di controllore unico sulla compatibilità tra diritto interno, Convenzione europea e Costituzione, che allora si era invece ritagliata e che rischiava di far accrescere in modo vigoroso il proprio carico giurisdizionale⁴⁰¹. In questo modo essa favorisce un controllo diffuso da parte dei giudici ordinari, i quali devono assumere ogni decisione finale per i casi in cui venga in gioco una giurisprudenza europea non consolidata.

c. (segue) Il rapporto tra ordinamento italiano e Convenzione europea.

Anche nel sistema CEDU, così come nell'ambito del diritto dell'Unione, il giudice comune rappresenta il primo garante dell'applicazione dei diritti previsti dalla Convenzione. In tal senso depone l'art. 13 CEDU, laddove prevede che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale", e l'art. 53 CEDU, il quale richiede come condizione per adire la Corte europea il "previo esaurimento di tutte le vie di ricorso interne". In particolare, quest'ultima disposizione si pone

⁴⁰⁰ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 58, precisa che "in molti hanno letto in questo passaggio – che si ispira alla dottrina del margine – un'evoluzione naturale del pensiero espresso nelle sentenze gemelle del 2007; in realtà esso sembra marcare rispetto alle medesime una significativa discontinuità, introducendo elementi di forte discrezionalità, che relativizzano profondamente il senso della cogenza della norma interposta.

⁴⁰¹ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 58.

come norma di “collegamento” tra tutela interna (qualora sia prevista in rapporto alla specifica violazione presa in considerazione) e tutela CEDU ⁴⁰². Tale collegamento, secondo la giurisprudenza della Convenzione, richiede che la tutela interna abbia determinate caratteristiche: deve prevedere rimedi effettivi, non deve risultare eccessivamente gravoso accedere agli stessi, e devono portare a risultati concreti, in grado di riparare effettivamente la lesione posta in essere (C. eur. 18.06.1971, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*). Pertanto, l’accesso alla giurisdizione della Corte di Strasburgo si può dire abbia carattere sussidiario, potendo ricorrervi solo qualora siano risultate infruttuose le forme di tutela apprestate dal diritto interno, sia di tipo “orizzontale” (devono cioè essere state fatte valere le stesse pretese sia davanti ai giudici interni sia a Strasburgo), sia di tipo “verticale” (l’esaurimento dei vari gradi di giudizio).

In tale contesto, il giudice interno, a seconda delle caratteristiche della norma CEDU in questione, è tenuto al rispetto di diversi obblighi. Si possono infatti prospettare due situazioni alternative: il giudice è tenuto ad applicare direttamente le norme della Convenzione, ovvero è tenuto a porre in essere un’interpretazione convenzionalmente conforme delle norme interne.

Anzitutto, il giudice interno, ove possibile, dovrà applicare la Convenzione in via diretta. La CEDU e i suoi Protocolli addizionali, a seguito della legge di esecuzione 4.08.1955 n. 848, sono stati incorporati nell’ordinamento italiano, e, pertanto, assumono lo stesso rango della legge di autorizzazione alla ratifica, cioè quello di legge ordinaria, peraltro rafforzata – come messo in luce dalla Corte Costituzionale – poiché non abrogabile da leggi successive. Occorre però rilevare un’importante distinzione, affermata a partire dalla sentenza *Polo Castro* delle Sezioni Unite (8.05.1989, n. 1191): se le norme che contengono “il modello di un atto completo nei suoi elementi essenziali” sono direttamente applicabili, al contrario, le norme non *self executing* richiedono per la loro applicazione “una specifica attività normativa dello Stato”. Beninteso, la maggior parte delle norme convenzionali appartengono a quest’ultima categoria e, dunque, risultano essere meramente

⁴⁰² R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 59.

programmatiche ⁴⁰³. L'ambito operativo di tale diretta applicabilità è da ritenersi confinato agli spazi non regolati in modo incompatibile dalle norme interne contrarie alla CEDU, non potendo avere l'effetto di determinare la disapplicazione delle stesse. Pertanto, si comprende come l'applicazione diretta sia un'eventualità tendenzialmente virtuale.

Nell'ipotesi in cui la norma convenzionale non presenti caratteristiche autoapplicative e, dunque, non possa fungere direttamente da regola per la decisione, la stessa acquisterà rilievo per il giudice interno come parametro per l'interpretazione convenzionalmente conforme del diritto interno. Con riguardo al nostro ordinamento, l'obbligo di interpretazione conforme si fa derivare dall'art. 117, comma 1 Cost., che, stabilendo il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ha costituzionalizzato l'obbligo del giudice di non procedere a interpretazioni del diritto interno contrastanti con i medesimi. In particolare, la Consulta con sentenza n. 349 del 2007 ha affermato l'obbligo di interpretazione conforme per il giudice interno sussista "entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme"; precisando che, laddove non risulti possibile, tale giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., utilizzando come parametro interposto di costituzionalità la disposizione convenzionale rispetto alla quale non risulti possibile l'interpretazione conforme ⁴⁰⁴.

Il quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto CEDU si discosta da quello sotteso ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione, nel quale trova spazio il meccanismo della disapplicazione della norma interna contrastante con una norma comunitaria con effetto diretto. Secondo la Corte Costituzionale (sent. n. 384/2007) la differenza risiederebbe nel fatto nei rapporti con l'ordinamento CEDU non assuma rilevanza l'art. 11; infatti, la CEDU "non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti". La Convenzione è un trattato internazionale da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non "l'incorporazione dell'ordinamento giuridico

⁴⁰³ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 60.

⁴⁰⁴ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 60.

italiano in un sistema più vasto, da cui organo deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri”⁴⁰⁵. Né la CEDU potrebbe ritenersi “comunitarizzata” in virtù del riferimento che l’art. 6 TUE e la Carta di Nizza fanno ad essa e alla sua giurisprudenza, dal momento in cui i medesimo rilevano esclusivamente nell’ambito del diritto dell’Unione.

d. (segue) L’obbligo di dare esecuzione alle decisioni di condanna.

L’ultimo profilo rilevante nell’assetto dei rapporti tra CEDU e diritto interno si collega alla particolarità di questa convenzione internazionale di essere dotata di un sistema giudiziario di controllo del rispetto, da parte degli Stati parte, dei diritti che la stessa garantisce: esso consiste nell’obbligo dello Stato – al quale deve concorrere l’organo giurisdizionale – di dare esecuzione alle decisioni di condanna della Corte europea, che abbiano riconosciuto la violazione da parte dello Stato, nelle sue varie articolazioni, di uno dei diritti proclamati dalla Convenzione. L’art. 46 CEDU stabilisce che “le Alte parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parte”. In particolare, tale obbligo può riguardare due situazioni diverse: la vicenda giudiziaria in senso stretto, perché la Corte ha censurato il comportamento dell’autorità nazionale in relazione allo specifico e isolato caso concreto; inoltre, può interessare le carenze strutturali di un ordinamento statale, delle quali la singola vicenda concreta altro non è che l’immediata conseguenza⁴⁰⁶.

Con riguardo alla prima evenienza, l’obbligo di conformarsi alla decisione definitiva della Corte è relativo solo al caso concreto da essa deciso; del resto, il controllo che effettua la Corte di Strasburgo concerne sempre una specifica vicenda giudiziaria. Come chiarito dalla stessa Corte (sent. 13.07.2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; Id. 29.03.2006, *Scordino c. Italia*), si tratta di un obbligo di risultato e,

⁴⁰⁵ C. Cost. n. 349 del 2007.

⁴⁰⁶ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 64.

pertanto, ogni Stato parte sceglie discrezionalmente i mezzi da utilizzare per farvi fronte, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, spettando allo stesso il controllo dell'esecuzione delle sentenze. Quanto al contenuto dell'obbligo, l'art. 41 CEDU stabilisce che, prioritariamente, vengano rimosse le conseguenze derivanti dalla violazione, e, in via sussidiaria, qualora il diritto interno dello Stato non lo permetta, sia la stessa Corte europea ad "accordare, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa". Per lungo tempo questa seconda possibilità – che si traduce nella corresponsione di una somma di denaro – è rimasta l'unico strumento di ristoro a vantaggio della vittima della violazione. E, del resto, tuttora rimane tale rispetto ad alcuni tipi di violazione per non sia possibile una *restitutio in integrum*, come l'irragionevole durata del processo.

La prima esigenza – relativa alla rimozione delle conseguenze negative della violazione – è stata al centro dell'attenzione a partire dalla Raccomandazione R (2000) 2 del Comitato dei Ministri. In particolare, la stessa ha sollecitato gli Stati parte a prevedere possibilità adeguate di riesame del caso o di riapertura del processo quando la Corte abbia accertato una violazione della Convenzione e sussistano tali condizioni: la parte lesa continui a soffrire conseguenze negative gravi a causa della violazione posta in essere; la decisione interna che l'ha causata sia contraria a una garanzia di tipo penale sostanziale che la CEDU tutela; la violazione sia dovuta a vizi processuali di tale gravità da generare un serio dubbio sulla correttezza della decisione del processo. Attraverso la riapertura del processo, laddove la violazione riguardi regole processuali, o attraverso il riesame, in caso di violazioni relative a norme sostanziali, si persegue l'obiettivo di garantire alla parte lesa quelle *chance* di cui era stata privata, ripristinandola nella situazione in cui si trovava al momento della violazione (C. eur. 8.02.2007, *Kollcaku c. Italia*; Id. 17.09.2009, *Scoppola c. Italia*).

Gli stati aderenti si sono adeguati alle indicazioni della Raccomandazione – e della giurisprudenza europea, sempre più orientata a individuare nella riapertura del processo la forma di ristoro privilegiata per le violazioni delle garanzie poste a tutela della equità processuale – in modo diverso: spesso si è reso necessario un intervento da parte del legislatore, altre volte si è affidato il compito a prassi giurisprudenziali. Ciò che rende particolarmente delicata la situazione è l'esigenza

di superare un giudicato penale nazionale, il quale si è creato a seguito del necessario previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Le parti aderenti hanno adottato soluzioni normative imperniate su forme particolari di revisione della sentenza. In particolare, in Italia è stata la Corte Costituzionale, in seguito a una prima decisione di inammissibilità (sent. n. 129/2008), a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede come ipotesi di revisione la riapertura del processo laddove sia necessario al fine di conformarsi a una sentenza definitiva di condanna della Corte europea, la quale abbia accertato una violazione dell'equità processuale garantita dall'art. 6 della Convenzione ⁴⁰⁷.

Come sopra accennato, le violazioni possono anche rappresentare il frutto di problemi strutturali di un sistema, a cui occorre porre rimedio da un punto di vista generale, per evitare ogni futura violazione. È facile intuire come la questione, nell'economia dell'ingente carico pendente di fronte alla Corte di Strasburgo, in larga parte costituito da violazioni reiterate, assuma inevitabilmente un rilievo molto significativo. Pertanto, la Corte (C. eur. 22.06.2004, *Broniowsky c. Polonia*) qualora rilevi che la violazione posta in essere dallo Stato abbia origine di un difetto sistematico del suo ordinamento (o del suo modo di interpretare lo stesso), indica allo Stato, in tutte le sue articolazioni, inclusi i poteri legislativo e giudiziario, le "misure di carattere generale" ⁴⁰⁸ (inclusa la modifica di una certa impostazione interpretativa) da adottare al fine di impedire il ripetersi futuro della violazione accertata. Così facendo, la Corte europea lascia la veste del giudice dei comportamenti delle autorità nazionali in un singolo caso concreto, per diventare giudice delle leggi, indicando i rimedi che la stessa ritiene necessari al fine di evitare

⁴⁰⁷ Come messo in luce da, R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 67, "si tratta, all'evidenza, di un caso di revisione del tutto atipico, dissonante rispetto alla logica tradizionale di questo istituto, volto a comporre lo iato tra verità processuale e verità storica emergente da elementi esterni al processo già celebrato ... andrà esclusa l'applicabilità delle previsioni del giudizio di revisione che siano incompatibili con l'obiettivo di assicurare una *restitutio in integrum* alla vittima della violazione. Un'impostazione da cui consegue che, se non altro, questa nuova forma di revisione 'europea' non dovrà mirare necessariamente ad un esito proscioglimento".

⁴⁰⁸ R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., 68.

violazioni future. Il tradizionale approccio casistico dei giudici di Strasburgo sembra, dunque, superato ⁴⁰⁹.

2. *L'inutilizzabilità nel sistema Convenzionale.*

Con riguardo al tema di nostro interesse, la materia probatoria, si può dire che anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo adotti un approccio sostanzialistico, così come visto nel capitolo III. In linea generale, se una prova è oggetto di una precisa regola di esclusione in un ordinamento statale, il giudice di Strasburgo non arriva a ritenere la stessa inutilizzabile; la Corte afferma non possa sindacare il diritto nazionale. Pertanto, la Corte adottata un approccio sostanzialistico laddove non sia chiaramente detto, in base al diritto nazionale, se un certo dato probatorio è utilizzabile o no ai fini della decisione. In tali ipotesi la Corte valuta la singola vicenda giudiziaria, stabilendo gli effetti prodotti dall'utilizzo di quel determinato dato conoscitivi nei confronti dei valori garantiti dalla Convenzione. Tuttavia, la Corte non si spinge mai ad affermare che, in virtù della violazione, la prova dovrebbe essere dichiarata inutilizzabile: questo è un passaggio che resta in capo al singolo sistema nazionale.

Consideriamo, in particolare, Corte eur. 11.07.2006, *Jalloh c. Germania*. Jalloh, fermato dalla polizia perché sorpreso nell'atto di cedere sostanze stupefacenti a terzi, inghiottiva, al momento dell'arresto, un piccolo involucre di plastica. Dopo aver rifiutato di ingerire un emetico, lo stesso gli veniva somministrato coattivamente attraverso l'inserimento di un tubo nel naso. Conseguentemente, Jalloh rigurgitava l'involucro, dal quale risultava una dose di cocaina. In seguito, in dibattimento, Jalloh veniva condannato per spaccio. La Corte osserva come il diritto al silenzio dell'accusato non sia di impedimento all'impiego di tecniche volte al

⁴⁰⁹ Con specifico riguardo al diritto italiano, la Corte di Giustizia nel caso *Sejdovich* (C. eur. 10.11.2004), ha invitato l'Italia a porre rimedio ad un problema strutturale riscontrato dai giudici della Convenzione a proposito della disciplina del processo contumaciale. È seguita poi la legge n. 60 22.04.2005, la quale prevede la possibilità per il contumace di una restituzione in termini per impugnare la sentenza.

prelievo di materiale biologico, che esiste indipendentemente dalla volontà del medesimo (prelievo capelli, mucosa, sangue, finalizzati a determinare il profilo di DNA). C'è da dire però che il mezzo impiegato, pur non integrando una forma di tortura, abbia costituito una grave inferenza con l'integrità fisica e psicologica dell'imputato, sia per la pericolosità in sé dell'ingerenza forzata dell'emetico, sia per le modalità impiegate durante la somministrazione, e, dunque abbia determinato una violazione dell'art. 3 CEDU.

Occorre ora domandarsi se la violazione dell'art. 3 abbia determinato anche l'iniquità del processo. La Corte, sulla base delle considerazioni per cui il reato non poteva ritenersi grave, e la misura impiegata non fosse strettamente necessaria (essendo possibile attendere la naturale espulsione dell'involucro), afferma vi sia stata violazione anche dell'art. 6 della Convenzione ⁴¹⁰. L'ordinamento tedesco consente il prelievo coattivo di materiale biologico sulla persona accusata, a condizione non siano impiegati metodi dannosi per la salute, senza, tuttavia, prevedere un esplicito divieto probatorio in tal senso. Pertanto, la sentenza in questione potrebbe portare all'introduzione di un divieto probatorio a livello nazionale.

Un altro caso è *K.S. E M.S. c. Germania* (6.10.2016). Nel caso concreto, veniva disposta una perquisizione, su richiesta del pubblico ministero, dall'organo giudiziario, nei confronti di una coppia accusata di evasione fiscale. L'attività di ricerca veniva disposta sulla base di un documento bancario riservato custodito all'estero, venduto da un privato ai servizi segreti tedeschi, e, dunque, in base a modalità non conformi alla legge processuale. La coppia chiedeva il sequestro venisse dichiarato inutilizzabile, essendo basato su un atto di perquisizione a propria volta viziato, in quanto fondata su materiali illegalmente ottenuti. I giudici tedeschi ritenevano il sequestro fosse valido, e, sulla base di ciò, condannavano gli imputati. Esauriti i ricorsi interni, si rivolgevano alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU.

⁴¹⁰ C. eur. 11.07.2006, *Jalloh c. Germania*.

In tal caso la Corte nega sia avvenuta la violazione. Del resto, afferma la Corte, la restrizione del diritto ha avuto una base legale, la disciplina tedesca sul sequestro – che, al pari della disciplina italiana, non prevede alcuna forma di inutilizzabilità. Inoltre, la stessa ha perseguito uno scopo legittimo dal punto di vista della Convenzione, cioè la repressione dei reati. Inoltre, la misura non è stata arbitraria ed è stata proporzionata: il reato era particolarmente grave e gli organi inquirenti si erano limitati ad acquisire un documento offertogli da un privato, non ponendo in essere alcuna violazione. Infine, il decreto di perquisizione era sufficientemente preciso, indicando gli elementi ricercati in modo specifico ⁴¹¹. Non essendosi verificata alcuna violazione dell'art. 8 CEDU, non si può ritenere vi sia stata una violazione dell'art. 6, a causa dell'utilizzo dello stesso dato probatorio sottoposto al vaglio del giudice europeo.

Un terzo e ultimo caso è rappresentato dalla sentenza, già citata, Corte eur. 12.05.2000, *Khan c. UK*. Nel settembre 1992 Khan, spacciatore, arrivava a Manchester, con un volo dal Pakistan, assieme al cugino. Entrambi venivano fermati e perquisiti dai funzionari della dogana. Il cugino era in possesso di eroina dal valore di quasi 100.000 sterline. Al contrario, Khan veniva interrogato e in seguito rilasciato senza accuse. Nel gennaio 1993, Khan faceva visita ad un amico indagato per traffico di eroina, nella cui abitazione la polizia aveva posto un microfono nascosto. Vantandosi nel corso della registrazione di aver preso parte ad un'importante spedizione di droga, lo stesso veniva arrestato e in seguito rinviato a giudizio per traffico di stupefacenti. Durante il processo Khan si dichiarava non colpevole, ma ammetteva la voce registrata fosse la sua. Dopo essere stato giudicato colpevole, si rivolgeva alla Corte europea, lamentando la violazione dell'art. 8, e, conseguentemente, dell'art. 6 CEDU.

La Corte di Strasburgo rileva vi sia stata violazione dell'art. 8 della Convenzione ⁴¹². D'altronde, lo stesso prevede che la restrizione della riservatezza ai fini della repressione dei reati debba avvenire sulla base di una procedura che preveda in modo preciso i casi e i modi dell'attività. All'epoca, invece, la legge inglese non

⁴¹¹ C. eur. *K.S. e M.S. c. Germania*, 6.10.2016.

⁴¹² C. eur. 12.05.2000, *Khan c. UK*.

prevedeva tale possibilità. L'ulteriore questione riguardava la determinazione, da parte della violazione della riservatezza, dell'iniquità processuale. La Corte preliminarmente constata l'assenza di una specifica regola di esclusione inglese. In seguito, osserva la registrazione sia da considerare attendibile e genuina: l'accusato, infatti, ha avuto ampie possibilità di contestare le stesse caratteristiche della registrazione. Pertanto, in tal caso la violazione del diritto alla riservatezza, in concreto, non ha determinato una violazione dell'art. 6 della Convenzione.

(segue) In tema di perquisizione illegittima: il caso Kobiashvili c. Georgia

La materia delle prove è tornata recentemente alla ribalta con la sentenza 14.03.2019, *Kobiashvili c. Georgia*, nella quale i giudici della Corte di Strasburgo sono stati chiamati a verificare il rispetto del processo in un caso in cui la prova determinante, costituente corpo del reato (droga sequestrata) veniva appresa a seguito di una perquisizione condotta con modalità controverse.

Anzitutto, la Corte afferma i dati conoscitivi ottenuti a seguito di perquisizione, in ragione della loro rilevanza probatoria, influiscano sulla complessiva equità processuale ⁴¹³, anticipando il vaglio conclusivo relativo al peso probatorio delle stesse: in tal modo, i giudici evidenziano come la presenza di altri dati conoscitivi a fondamento della condanna non faccia venir meno l'esigenza di accertare, nell'ottica dell'art. 6, comma 1 CEDU, se l'acquisizione della prova sia stata posta in essere *contra legem* ⁴¹⁴.

La questione viene risolta attraverso un vaglio suddiviso in tre distinti passaggi. Con riguardo al primo, la Corte europea osserva come la perquisizione personale sia stata effettuata in assenza di un preventivo provvedimento giudiziario e in mancanza dell'indicazione delle ragioni che imponevano di agire con urgenza.

⁴¹³ C. eur. 14.03.2019, *Kobiashvili c. Georgia*.

⁴¹⁴ La Corte europea ha escluso la violazione pattizia laddove, oltre alla prova vietata, sussistano altri elementi di convincimento a base della decisione: cfr., per tutte, C. eur. sent. 13.09.2016 *Ibrahim c. Regno Unito*, par 288 ss; C. eur. sent. 1.06.2010 *Gafgen c. Germania*, par 179 ss.

Inoltre, le circostanze effettive della ricerca non sono state chiarite neppure durante lo svolgimento del processo, tenuto conto della ritrattazione di uno dei due testimoni *ad acta*, il quale in dibattimento ha negato di aver assistito alla perquisizione – affermando di aver firmato relativo verbale in quanto costretto dalla polizia – e del sospetto di inaffidabilità del secondo testimone *ad acta* – a parere della difesa, ex ufficiale di polizia non poche volte chiamato a testimoniare in indagini analoghe. Pertanto, considerati sia i profili di illegittimità – non risultando accertati i presupposti legittimanti la polizia ad agire senza la previa emanazione del decreto di autorizzazione da parte del pubblico ministero – sia i dubbi di illiceità – relativi alla condotta posta in essere dalla polizia – occorre concludere che il modo in cui è stata compiuta l’attività di ricerca non abbia garantito l’affidabilità delle prove ottenute, e, dunque, l’attendibilità dell’accertamento ⁴¹⁵.

Quanto al secondo passaggio, occorre verificare se al ricorrente sia stata data la possibilità di contestare l’autenticità dei dati probatori e opporvisi: qui vengono in rilievo i diritti difensivi dell’accusato, con particolare riguardo ai profili del contraddittorio (inteso come *audiatur et altera pars*) e della parità delle armi. Nel caso in esame, il giudice di Strasburgo sottolinea come il procedimento di convalida dell’atto di indagine fosse stato svolto in assenza di contraddittorio e senza che all’accusato fosse concessa l’opportunità di ricorrere avverso il provvedimento giurisdizionale (non motivato) di convalida. Del resto, una simile facoltà non veniva concessa neppure nel corso del processo, in cui, da un lato, la richiesta di escludere la prova non era stata adeguatamente esaminata dai giudici interni, e da un altro lato, nonostante l’importanza delle dichiarazioni dei testimoni *ad acta*, non erano state attentamente prese in considerazione né la fondatezza delle accuse sollevate da uno di essi, il quale denunciava le pressioni subite dalla polizia, né il presunto difetto di credibilità dell’altro teste.

Infine, il terzo passaggio riguarda l’esistenza di altre prove in grado di corroborare quella sospetta: pertanto, pure relativamente al tema delle prove vietate, è compiuta

⁴¹⁵ Sul fondamento (anche) epistemologico delle regole probatorie legali, si veda E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 1973, 326; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2017, 106.

“una doverosa indagine sulle conseguenze del vizio riscontrato, reputando salvaguardata l’equità processuale qualora si rilevi che da questo non dipende la decisione finale o che lo stesso è stato sanato in virtù di ulteriori elementi, i quali contribuiscono a integrare una vera e propria fattispecie sussidiaria”⁴¹⁶, cosicché il contrasto con la legalità probatoria diviene irrilevante solo laddove vi siano adeguate “garanzie procedurali, tra cui sono da intendere concettualmente ricomprese le modalità di utilizzazione delle conoscenze acquisite”⁴¹⁷. Nel caso in esame, la Corte osserva come nessun’altro dato probatorio contenuto nel fascicolo fosse sufficientemente persuasivo: di qui, la violazione dell’art. 6, comma 1 CEDU.

Si può osservare la Corte abbia perso l’occasione, nuovamente, di sottolineare come l’impiego di prove vietate, oltre a violare la *fairness* processuale, contrasti con il comma 2 dell’art. 6 laddove stabilendo che “la colpevolezza sia legalmente accertata” presuppone il rispetto della legalità processuale⁴¹⁸.

La sentenza interviene in una materia da sempre al centro di dibattito nel nostro ordinamento, ovvero il rapporto tra perquisizione illegittima e conseguente sequestro. Possiamo rilevare come la sentenza della Corte di Strasburgo, evidenziando la rilevanza giuridica della relazione tra perquisizione e sequestro, rafforzi l’orientamento per cui il vizio della prima non può che propagarsi al secondo atto⁴¹⁹. La fonte di prova oggetto di sequestro risulta viziata in quanto rinvenuta in modo viziato, in violazione di un divieto processuale o attraverso una condotta penalmente rilevante – essendo sfumata, in ambito convenzionale, la distinzione tra prova illegittima e prova illecita⁴²⁰.

⁴¹⁶ G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *Archivio penale*, 2017, n. 2, 392.

⁴¹⁷ G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, cit., 393.

⁴¹⁸ Si veda G. UBERTIS, *Sistema di procedurale penale*, cit., per la stretta connessione tra legalità processuale e presunzione di innocenza.

⁴¹⁹ R. CASARIGHI, *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 1.09.2019, 1745.

⁴²⁰ Cfr. R. CASARIGHI, *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale*, cit., secondo cui “Anche la Corte Costituzionale – chiamata a verificare la legittimità costituzionale dell’art. 191 c.p.p. con riguardo altresì all’art. 117, comma 1 Cost., sebbene in relazione all’art. 8 (e non all’art. 6) CEDU, nella parte in cui, secondo l’interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, non prevede che l’inutilizzabilità riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi

3. La sanatoria: spazio per un bilanciamento compatibile con il diritto positivo italiano.

Giunti alla conclusione di tale lavoro, è doveroso svolgere qualche considerazione finale. Come visto, nel sistema italiano, il principio di bilanciamento concreto tra gli interessi in conflitto, fatto proprio dall'ordinamento inglese e convenzionale, non trova alcuno spazio operativo nella materia della inutilizzabilità, giacché la stessa non è regolata attraverso un raccordo diretto tra caso concreto e principio costituzionale ⁴²¹. Al contrario, il legislatore ha già effettuato un bilanciamento degli interessi imm modificabile configurando una norma generale sulla inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) e stabilendo i singoli divieti probatori e le inutilizzabilità speciali. Pertanto, nell'ordinamento italiano, il giudice è esclusivamente chiamato ad applicare le norme ⁴²².

Tuttavia, tale impostazione teorica trova una duplice attenuazione nel diritto vivente. Da un lato, la disciplina è tassativa solo apparentemente, dal momento in cui tutta la materia si regge sul concetto di divieto probatorio, sul quale ancora non vi è accordo in dottrina. E' evidente che le esigenze di adeguamento al caso

tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato – non smentisce tale legame tra i due mezzi probatori: infatti, se per un verso afferma che, in assenza di un'«espressa ... previsione legislativa è lo stesso sistema normativo ad avallare la conclusione secondo la quale, per la inutilizzabilità che scaturisce dalla violazione di un divieto probatorio, non possa trovare applicazione un principio di 'inutilizzabilità derivata'», per l'altro, sottolinea implicitamente la portata pure in campo probatorio dell'art. 185, comma 1 c.p.p., a norma del quale «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo», confermando gli approdi della dottrina già emersi sotto la vigenza del codice Rocco. Ne deriva che, ad esempio, in caso di perquisizione nulla (perché in ipotesi posta in violazione di diritti difensivi), il vizio si propaga al sequestro e alla fonte così appresa, rendendo invalidi gli elementi di prova dalla stessa eventualmente ottenuti”.

⁴²¹ Si veda C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 422, secondo cui lo spazio per un simile canone è inversamente proporzionale alla rigidità con la quale i divieti probatori sono disciplinati in un determinato ordinamento. Il bilanciamento opera in massima misura laddove l'inutilizzabilità è costruita tramite un criterio elastico, ed è ancora forte l'anima “costituzionale” di tale sanzione processuale. Negli Stati Uniti, in Germania e in Spagna le regole di esclusione rappresentano vero e proprio “diritto costituzionale applicato” direttamente al processo penale: il giudice risolve il caso concreto in base ai principi generali sanciti dalla Carta fondamentale, quasi sempre in assenza di una mediazione legislativa.

⁴²² C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 430.

concreto, che non sono ammesse *ex post*, nel momento in cui occorre comminare la sanzione in ragione della violazione del divieto, emergono *ex ante* nel momento in cui il giudice è chiamato a verificare se la norma violata costituisce o meno un limite probatorio (si pensi alle tesi sostanzialistiche e formaliste ⁴²³, e al dibattito sorto attorno alla prova incostituzionale) ⁴²⁴. Da un altro lato, le considerazioni svolte nel capitolo II hanno messo in luce l'esistenza di un consistente ruolo della giurisprudenza che, in differenti luoghi sistematici, lascia filtrare le esigenze della singola vicenda giudiziaria; esigenze spesso in contrasto con la regolamentazione legislativa e volte a salvare il dato probatorio viziato ⁴²⁵.

Pertanto, anche nel sistema italiano, informato al principio di tassatività delle cause di invalidità e nel quale è impossibile effettuare un bilanciamento in concreto tra il caso e il principio costituzionale, è necessario permettere uno sfogo alle istanze di recupero. Uno spazio per futuri interventi legislativi è ravvisabile in relazione all'anima "sanzionatoria" del vizio di inutilizzabilità ⁴²⁶. Abbandonata ogni possibilità di rimettere al giudice un bilanciamento degli interessi costituzionali protetti dal divieto probatorio, l'unica apertura è rappresentata dalla possibilità di codificare eventuali sanatorie del vizio. Si può dire la sanatoria riapra il caso ad un micro – bilanciamento, posto in essere in seguito al verificarsi della inutilizzabilità.

Attraverso la presenza di sanatorie si potrebbe tenere conto di quelle esigenze che sono trascurate dalla previsione di inutilizzabilità, effettuando un bilanciamento concreto *ex post*, "legalizzato", in quanto espressamente consentito dalla legge al giudice. Le istanze di giustizia sostanziale sottese alle tendenze "recuperatorie" di certe interpretazioni, risulterebbero così incanalate all'interno di una disciplina che

⁴²³ Si veda la nota n. 94, capitolo I.

⁴²⁴ Si veda il cap. II.

⁴²⁵ Si veda M. NOBILI, Principio di legalità e processo penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 648, nella parte in cui afferma "le regole del processo (ossia il principio di legalità) 'sfumano' ovvero divengono per così dire elastiche al cospetto di prassi difficilmente inquadrabili negli schemi normativi. Ma in un simile contesto cosa ne è dei controlli sull'operato dei giudici? Dei diritti dei cittadini?". Al tempo stesso, aggiunge lo stesso, occorre però evitare che si crei un sistema "governato eminentemente dalla legge, intesa come entità estranea, 'altra' se non addirittura contrapposta, rispetto a chi deve applicarla", e, più in particolare, "un principio di legalità del processo secondo cui la procedura va intesa come regola superiore e come limite al potere della magistratura".

⁴²⁶ Così C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 431.

rispetti il principio di legalità ⁴²⁷. Dunque, si può concludere considerando che solo una regolamentazione espressa dell'acquisizione di dati probatori lesiva dei diritti fondamentali, nella quale siano previste ipotesi di sanatoria, attuerebbe una *coincidentia oppositorum*, conciliando legalità processuale e esigenza accertativa.

⁴²⁷ Si veda G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, sez. I, Napoli, 1936, 348 nella parte in cui indicava l'eterno contrasto tra il sentimento della necessità delle forme e il bisogno che la giustizia intrinseca, la verità dei fatti del processo, non vada sacrificata alle forme.

FONTI BIBLIOGRAFICHE

Manuali e monografie

DE LUCA G., *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Giuffrè, Milano, II, 1991.

NICOLINI N., *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Vincenzo Mansi, Livorno, I, 1843.

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

DINACCI F. R., *L'inutilizzabilità nel processo penale, struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008.

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974.

CORDERO F., *Diatrife sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966.

MONTESQUIEU R., *De L'esprit des lois*, L. XXIX, 1, Gallimard.

CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963.

NORMANDO R., in A.A. DALIA E NORMANDO, voce *Nullità degli atti processuali*, II) dir. proc. pen., Enc. giur., Giuffrè, Roma, 1990.

GALANTINI N., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen)* in *Enc. Dir., Agg. I*, Giuffrè, Milano, 1997.

NOBILI M., *Il regime di inutilizzabilità degli atti a natura probatoria*, in *Contributi allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, Rimini, 1989.

VOENA G.P., *Attività investigative ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, Padova, 1989.

NOBILI M., *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989.

CHIAVIARIO M., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1989.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, VII, Giuffrè, Milano, 2006.

FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Milano 1992.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, Milano, Rist., 1982.

CONSO G., BARGIS M., *Glossario della nuova procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1992.

GRIFANTINI F. M., *Inutilizzabilità*, in *Digesto pen.*, VII, Utet, Torino, 1993.

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.

SCELLA A., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000.

NOBILI M., *Art 191*, in *Commento al codice di procedura penale*, II, a cura di Chiavario, Utet, Torino, 1991, II.

CONSO G., V. GREVI V., NEPPA MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Cedam, Padova 1989.

PIERRO G., *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992.

GALANTINI M. N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova 1992.

SIRACUSANO F., *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, I, 2004, 342.

FERRJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari, 2002.

BARGI A., *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di Cassazione*, Cedam, Padova, 2004.

CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1972.

BELLANTONI G., *Sequestro probatorio e processo penale*, La Tribuna, Piacenza, 2005.

BASSO E., sub art. 252 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Utet, Torino, 1991, II.

CAPPELLETTI M., *Spionaggio telefonico, Costituzione e procuratori generali*, in *L'Astrolabio*, 1973; ID, *Giustizia e società*, Edizioni di comunità, Milano, 1972.

FILIPPI L., *L'intercettazione*, Giuffrè, Milano, 1997.

BELLANTONI G., *Sequestro probatorio e processo penale*, La Tribuna, Piacenza, 2005.

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

SPANGHER G., *E pur si muove: dal male captum bene retenum alle exclusionary rules*, 2001.

FERRUA P., *La prova nel processo penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Utet, Torino, 1956, 168.

BENTHAM J., *Rationale of Judicial Evidence* (Hunt and Clarke, London, 1827).

WIGMORE J. H., *A Treatise on the Anglo-american System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. VI, Little, Brown, Boston, 1940.

ROBERTS P. –ZUCKERMAN A., *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004.

WINTER L. B., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, in *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 20, Stephen C. Thaman Editor, 2013.

GLESS S., *Exclusionary Rules in Comparative Law.*, Thomas Rictor Editors, 2019.

ILLUMINATI G., *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, Giappichelli, Torino, 2000.

FERRUA P., *Relazione*, in *Corpus Juris. Pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, a cura di M. Bargis e S. Nosegno, Giuffrè, Milano, 2003.

ALLEGRAZZA S., *L'incertezza dei limiti probatori nel progetto Corpus iuris*, in *Il Corpus iuris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004.

SHARPE S., *Judicial Discretion and Criminal Investigation*, 1998.

A. S. ZUCKERMAN A. S., *Illegality – Obtained Evidence – Discretion as a Guardian of Legitimacy*, 1987, C.L.P.

WIGHMORE J. H., *Evidence in Trials at Common Law*, Little, Brown, Boston e 1961, vol. 8.

HAMMELMANN H. A., *Aspetti del diritto probatorio anglosassone*, Vita e Pensiero, online dal 2019.

POLYVIOUS P. G., *Illegality- obtained Evidence and R. v. Sang*, in C. F. H. Tapper (ed.) *Crime Proof and Punishment*, Butterworths, 1981.

KOSTORIS R. E., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019.

AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 1973.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2017.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, sez. I, Napoli, 1936.

Articoli

UBERTIS G., *Riflessioni sulle <<prove vietate>>*, in *Riv. pen.*, 1975.

ARICO' G., *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Ann. Ist. Salerno*, 1993.

DE LUCA G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965.

DI CHIARA G., *Ragionevolezza e processo penale*, in *Ars Interpretandi*, 2002.

BARGI A., *L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di Cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999.

NOBILI M., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III.

BLASI L. E. e MALAVASI G. L., *Intercettazioni illegali, le norme, i limiti di applicazione, aspetti sostanziali e processuali*, in www.dirittoegiustizia.it, 7 novembre 2006.

GIOSTRA G., *Obiettivo giusto ma soluzioni prive di logica*, in *Il Sole 24 Ore*, 21.11.2006.

ABRUZZO F., *L'ascolto illecito fuori dalla Costituzione*, in *Guida dir.*, 2006.

BRICCHETTI R. e PASTORELLI L., *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2006.

Prime osservazioni sul d.l. 22.09.2006, n. 259, recante “*Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche*”, alla luce delle modifiche apportate in senato nella seduta del giorno 18.10.2006. Reperibile www.camerepenali.it.

G. FRIGO G., *Rispetto delle garanzie per gli atti irripetibili*, in *Guida dir.*, 2006.

LAPENNA S., *Intercettazioni illegali, dubbi sul Dl e prospettive della legge di conversione*, in www.dirittoegiustizia.it, 4.11.2006.

CHIAVARIO M., *Passi avanti sulle intercettazioni legali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento*, in *Guida dir.*, 2006.

BELTRANI S., *Intercettazioni illegali, cosa cambia davvero articolo per articolo*, in www.dirittoegiustizia.it, 30.09.2006.

FILIPPI L., *Intercettazioni: decreto necessario, ma da correggere*, in *Unione Sarda*, 25.09.2006.

GAITO A., *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007.

GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973.

GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999.

CONTI C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.

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

BENE T., *L'art 191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994.

MOLINARI F. M., *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

COMOGLIO L. P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996.

MOSCARINI P., *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illegittime compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1998.

SCAPARONE M., *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1972.

MENDOZA R., *Perquisizione illegittima e i suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996.

ZAPPULLA A., *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996.

AMATO G., *L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate*, in *Guida dir.*, 2005.

CISTERNA A., *La negativa conclusione dell'iter acquisitivo cancella le residue possibilità di azione*, in *Guida. dir.*, 2005.

GAMBINI R., *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005.

FERRUA P., *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *discrimen articoli*, 2019.

LAVARINI Cass., Sez. VI B., *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.

CABIALE A., *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2013.

GALANTINI N., *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata" (nota a margine di Corte cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219, e a Corte cost., sent. 26 novembre 2020 n. 252)*, in *Sistema penale*, 3/2021.

PICARO G., *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *Archivio penale* 2017, n. 2.

FERRUA P., MAZZA O., NEGRI D., ZILLETTI L. nel *Confronto di idee su: La post immediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)* in *Arch. Pen.*, 2019, 2 (online).

GATTA G. L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema penale*, 2021.

FASSONE E., *L'utilizzazione degli atti. La valutazione della prova*, in *Quad. C.S.M.*, 1989.

G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995.

SWIFT E., *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph*, in *88 Cal. Law Rev.*, 2000.

SCALLEN E. A., *Symposium: Analyzing "the Politics of Evidence Rulemaking"*, in *53 Hastings Law Journal*, 2002.

CHOO A. L. T. – NASH S., *What's the Matter with Section 78?*, in *Crim. law. rev.*, 1999.

COMOGLIO L. P., *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, in *Pubblicazioni della Università di Pavia – Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, n. 145.

BARNETT R. E., *Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice*, in *Emory Law Journal*, 1983.

D'ELIA C. M., *The Exclusionary Rule: Who Does it Punish?*, in *5 Seton Hall Constitutional Law Journal*, 1995.

PERRIN L. T., CALDWELL H. M., CHASE C. A., FAGAN R.W. *If It's Broken, Fix it: Moving Beyond the Exclusionary Rule*, in *83 Iowa Law Rev.*, 1998.

CHOO A. L. T. e NASH S., “*What’s the Matter with Section 78?*”, 1999, Crim LR 929.

ASHWORTH A, *Re-drawing the Boundaries of Entrapment*, 2002, Crim LR 161.

CONTI C., *Il volto attuale dell’inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.

UBERTIS G., *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *Archivio penale*, 2017, n. 2, 392.

CASARIGHI R., *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 1.09.2019.

NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

Sentenze

Cass., Sez. Un., 25.02.1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998.

Cass., Sez. Un., 13.07.1998, Citaristi, in *Cass pen*, 1999.

Cass., Sez. Un., 25.02.1998.

Corte Cost. n. 34 del 1937.

Cass., Sez. Un., 27.03.1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III.

Cass., Sez. Un., 25.02.1998, Gerina, in *Cass. pen.* 1998.

Cass. Sez. Un., 3.12.2003.

Cass. Sez. V, 13.03.1992, Casini, in *Cass., pen.* 1994.

Cass., Sez. VI, 13.02.1998.

Cass. Sez. IV, 16.03.2000, Viscovic, in *Cass. pen.*, 2001.

Cass. Sez. Un., 24.09.2003.

Cass. Sez. Un., 30.10.2002.

C. Cost. n. 175 del 1970.

C. Cost. n. 34 del 1973.

Cass. Sez. Un., 23.02.2000, D'Amuri in *Cass. pen.*, 2000.

C. Cost. n. 175 del 1970.

C. Cost. n. 34 del 1973.

Corte Cost. n. 81 del 199.

Corte Cost. n. 229 del 1998.

C. Cost. 238 del 1996.

C. Cost. n. 366 del 1991.

Cass. sez. IV, 8. 02. 1994, Borri, in *Cass. pen.*, 1996.

Cass., sez. II, 24. 01. 1996, Agostino, in *Giur.it.* (con nota di G. L. VERRINA, *Approccio riduttivo della corte di cassazione alla categoria della inutilizzabilità derivata*).

Cass., sez. VI, 24.04.1991.

Cass., sez. III, 8.06.2004, Ganci, in *Dir. giust.*, 2004.

Cass., sez. V, 13.03.1992, Casini, in *Riv. it. proc. pen.*, 1994.

Cass. Sez. I, 17.02.1976.

Cass. Sez. VI, 23.01.1973.

Cass. Sez. V, 24.11.1977.

Cass. Sez. I, 15.03.1984.

Cass. Sez. VI, 24.04.1991.

Cass. Sez. V, 12.01.1994.

Cass., sez. II, 20.01.2006, C., in *Dir. pen. proc.*, 2006.

C. cost. 110 del 10.04.1998

Cass., sez. V, 7.05.2004, Lagazzo, in *CED Cass.*, 2004.

Cass., sez. III, 8.06.2004, Ganci, in *Dir. e giust.*, 2004.

Cass., sez. III, 28.01.2005, Gallotti, in *Guida. dir.*, 2005.

Cass., sez. III, 5.05.2004, Gullello, in *Cass. pen.*, 2005.

Corte Cost. n. 219, 15.07.2019.

Corte Cost. n. 219, 15.07.2019.

C. eur. 16.03.2017, *Modestou c. Grecia*.

Cass. Sez. Un., 25.03.2010.

Così, Cass. Sez. I, 28.04.2006.

Cass., Sez. II, 5.12.1994, Prisinzano, in *Mass. Uff.*, n. 201267 – 01.

Cass., Sez. I, 19.09.1990.

Cass., Sez. III, 30.04.1999.

Cass., Sez. V, 22.09.1995, Cavarero, in Cass. pen., 1996.

Corte Cost. n.132 del 2019.

Corte Cost. n. 361 del 1998.

Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56, 1980.

R. v. Sang, A.C. 402 (1980).

R. v. Keenan, 2 QB 54, CA (1990).

R. v. Warwickshall (1783).

R. v. Griffin (1809).

R. v. Gould (1849).

R. v. Leatham (1861).

R. v. Berriman (1854).

Kuruma v. R, 1995, AC 197, 204, PC.

(1986) 1 AC 281, HL.

(1981) AC 446, HL.

(1986) 1 AC 281, 292.

R. v. Mason (1988) 1 WLR 139, CA.

R. v. Keenan (1990) 2 QB 54, CA.

Teixeira de Castro v. Portugal (1998) 28 EHRR 101.

Schenk v. Switzerland, (A/140) (1991) 13 EHRR 242.

R. v. Khan (Sultan) (1997) AC 558, HL.

Khan v. UK (2001) 31 EHRR 45.

R. v. Looseley; Att.-Gen.'s Reference (No. 3 of 2000) (2001) UKHL 53.

R. v. Roberts (1997) 1 Cr App R 217, CA.

Jeffrey v. Black (1977) 3 W.L.R. 895

C. eur. 9.10.1979, *Sirey c. Irlanda*.

C. eur. 7.7.2015, *Cestaro c. Italia*

C. eur. 13.10.2016, *Ibrahim e altri. C. Regno Unito*.

C. Cost. n. 349 del 2007.

C. eur. 10.11.2004 *Sedjovich c. Italia*.

C. eur. 11.07.2006, *Jalloh c. Germania*.

C. eur. 6.10.2016, *K.S. e M.S. c. Germania*.

C. eur. 12.05.2000, *Khan c. UK*.

C. eur. 14.03.2019, *Kobiashvili c. Georgia*.

C. eur. sent. 1.06.2010 *Gafgen c. Germania*.