



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Diritto Processuale Penale

**“Prove illegittimamente acquisite: la questione dell'inutilizzabilità
derivata tra *male captum bene retentum* e frutti dell'albero
avvelenato”**

Relatrice:

Prof.ssa Michela Miraglia

Candidata:

Valeria Nunziata

Anno accademico 2022/2023

Indice

INTRODUZIONE	5
---------------------------	---

CAPITOLO I

L'istituto dell'inutilizzabilità

1. La nozione di inutilizzabilità.....	8
2. Le diverse specie di inutilizzabilità.....	9
2.1. Inutilizzabilità patologica e fisiologica.....	9
2.2. Inutilizzabilità generale e speciale.....	10
2.3. Inutilizzabilità assoluta e relativa.....	11
3. L'inutilizzabilità fisiologica: fondamento costituzionale e disciplina codicistica...	12
4. L'inutilizzabilità patologica: l'inutilizzabilità-sanzione come "correttivo" al vecchio regime delle nullità. Dal codice Rocco all'articolo 191 del codice Vassalli..	13
5. L'individuazione dei divieti probatori: la tesi formale e la tesi sostanzialista.....	21
5.1. (<i>segue</i>) Una terza strada: l'assenza di potere istruttorio come criterio di individuazione dei divieti probatori.....	24
6. Divieti probatori e criteri di valutazione.....	26
7. Inutilizzabilità e nullità: an, quomodo e problemi interpretativi.....	27
8. «Divieti stabiliti dalla legge»: prove illecite.....	30
8.1. (<i>segue</i>) Prove illecite: la riforma del 2006 in tema di intercettazioni illegali.	33
9. «Divieti stabiliti dalla legge»: prove incostituzionali.....	37
9.1. (<i>segue</i>) La ricognizione delle prove incostituzionali.....	42
9.2. L'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico o telematico.....	43
9.3. Accertamenti personali coattivi.....	45
9.4. Le video-riprese.....	46
9.5. Le intercettazioni ambientali.....	49
9.6. Il pedinamento tramite sistema GPS.....	50
10. Utilizzabilità a favore dell'imputato.....	52

CAPITOLO II

L'inutilizzabilità derivata: *male captum bene retentum* e i frutti dell'albero avvelenato

1. La definizione di inutilizzabilità derivata.....	54
2. Il rapporto di dipendenza alla base dell'inutilizzabilità derivata: atti probatori a compimento libero e atti probatori a compimento vincolato.....	55
3. Rapporto tra prova inutilizzabile e provvedimenti decisori.....	58
4. Il principio di non sostituibilità. La sentenza Torcasio.....	59
4.1. (<i>segue</i>) Ipotesi codificate di non sostituibilità.....	63
4.2. Inutilizzabilità derivata e principio di non sostituibilità.	64
5. L'ordinamento italiano e l'inutilizzabilità derivata: il rapporto tra perquisizione e sequestro. La teoria del <i>male captum bene retentum</i>	66
6. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato: l'effetto "domino".....	71
7. Le teorie intermedie in tema di inutilizzabilità derivata.....	73
8. L'inutilizzabilità della prova nell'ordinamento statunitense: dal principio di acquisizione della prova al sistema delle <i>exclusionary rules</i>	75
8.1. (<i>segue</i>) Le <i>exclusionary rules</i> : il IV Emendamento e l'elaborazione della Corte Suprema.....	77
8.2. Il caso <i>Silverthorne Lumber Co. v. United States</i> : il riconoscimento dell'inutilizzabilità derivata come garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo.	83
8.3. I limiti all'operatività dell'inutilizzabilità derivata nell'ordinamento statunitense: <i>independent source, attenuated connection, inevitable discovery, good faith exception</i>	86

CAPITOLO III

L'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza italiana nei confronti dell'inutilizzabilità derivata

1. Premessa.....	93
2. La sentenza 5021/1996 e la contraddittoria posizione della Corte di cassazione sul	

rapporto tra perquisizione e sequestro.....	94
3. Gli orientamenti della Corte costituzionale in materia di inutilizzabilità derivata.	98
4. La sentenza 219/2019: la Corte costituzionale tra tutela dei diritti fondamentali e scelte di politica criminale.....	102
4.1. (<i>segue</i>) I nuovi argomenti offerti dall'ordinanza 19 ottobre 2021 del Tribunale di Lecce e la sentenza 247/2022 della Consulta.....	108
5. Il caso Palamara: inutilizzabilità derivata e intercettazioni. L'ordinanza 11 giugno 2021 del GUP del tribunale di Perugia.....	116
6. Soluzioni alternative alla problematica figura dell'inutilizzabilità derivata.....	119

CAPITOLO IV

Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura

1. Premessa.....	123
2. La genesi della legge 110/2017: il G8 di Genova e la sentenza della Corte EDU <i>Cestaro c. Italia</i>	126
3. L'incriminazione della tortura e gli aspetti problematici dell'articolo 613- <i>bis</i> c.p.	133
4. L'articolo 191 comma 2- <i>bis</i> c.p.p.: tortura e inutilizzabilità probatoria.....	135
4.1. (<i>segue</i>): l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura: il rapporto con l'inutilizzabilità derivata.....	137
5. La Corte EDU e l'inutilizzabilità probatoria: la centralità dell'articolo 6 CEDU.	139
6. La posizione della Corte EDU circa l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura: le prime aperture verso l'inutilizzabilità derivata.....	142
6.1. (<i>segue</i>) Il caso <i>Gäfgen c. Germania</i>	145
 CONCLUSIONI	 150
 BIBLIOGRAFIA	 152

INTRODUZIONE

Con il presente lavoro ci si accinge ad affrontare la *vexata quaestio* dell'inutilizzabilità derivata, tematica che divide la dottrina e la giurisprudenza italiana fin dall'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'inutilizzabilità come sanzione processuale tipica, avvenuta nel 1988 con l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale.

Il codice Vassalli, infatti, all'articolo 191 comma 1 dispone che «Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate», senza prevedere nulla circa le sorti di eventuali elementi il cui rinvenimento sia stato propiziato da siffatte prove inutilizzabili. Dinnanzi al silenzio del legislatore, gli interpreti si dividono in due fronti contrapposti: da un lato vi sono i fautori della *theory of the fruit of the poisonous tree*, di matrice nordamericana e dunque tipica degli ordinamenti di *common law*, secondo cui una prova illegittima, e dunque viziata, non può non "contaminare" anche quelle successive, ad essa legate da uno stretto rapporto di dipendenza giuridica, le quali devono ritenersi a loro volta inutilizzabili; dall'altro troviamo i sostenitori della teoria sintetizzabile nel brocardo latino *male captum bene retentum*¹ e condivisa prettamente dagli ordinamenti di *civil law*, che nega la trasmissibilità del vizio, stante l'assenza di qualsivoglia rapporto di dipendenza giuridica tra gli atti probatori.

L'ordinamento italiano, in particolare, è tradizionalmente assestato su quest'ultima posizione, nonostate alcune lievi e timide aperture nei confronti dell'inutilizzabilità derivata da parte della nostra giurisprudenza tanto di legittimità quanto costituzionale; come si vedrà, i giudici italiani hanno affrontato questa tematica con specifico riferimento al rapporto tra perquisizione illegittima e conseguente sequestro: emblematica sul punto è la sentenza Sala delle Sezioni Unite², che verrà illustrata nel terzo capitolo della presente trattazione, pronuncia che si caratterizza per una forte ambiguità di fondo, in quanto la Corte di cassazione, dopo aver riconosciuto l'esistenza di uno stretto legame tra questi due mezzi di ricerca della prova, schiudendo così la porta all'ingresso dell'inutilizzabilità derivata, con un brusco *revirement* finisce per

1 Questa teoria è stata elaborata per la prima volta da F.Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 158 ss.

2 Cass., Sez.Un., 27 marzo 1996, Sala, n. 5021, in *Cass.pen.*, 1996, p.3268 ss.

negare che il sequestro probatorio successivo ad una perquisizione illegittimamente svolta dalla polizia giudiziaria possa essere considerato a sua volta viziato, ritenendo pertanto pienamente utilizzabile in sede processuale l'oggetto del sequestro stesso.

Come facilmente intuibile, la questione è assai delicata, essendo coinvolti due interessi comunque meritevoli di tutela: da una parte il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, protetti per l'appunto dai divieti probatori previsti dalla legge, dall'altra la necessità di acquisire e conservare elementi probatori utili per l'accertamento dei fatti.

Il primo capitolo di questo lavoro sarà dedicato ad un approfondimento del concetto di inutilizzabilità e di prove illegittimamente acquisite, la cui comprensione è indispensabile per seguire agevolmente la trattazione.

Nel secondo capitolo verranno illustrate le opposte teorie del *male captum bene retentum* e dei frutti dell'albero avvelenato, con una relativa disamina della giurisprudenza americana e sulle elaborazioni che hanno portato al riconoscimento del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata e dei limiti alla sua operatività.

Il terzo, oltre a contenere un'iniziale ricognizione dei tradizionali orientamenti della giurisprudenza italiana di legittimità e costituzionale, si concentrerà sulle pronunce più recenti relative alla questione: è possibile segnalare fin da ora che negli ultimi anni sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 191 c.p.p., le quali sono state tuttavia dichiarate inammissibili dalla Consulta³. Verrà anche fatto riferimento al recente caso Palamara, nell'ambito del quale i giudici di merito hanno negato l'operatività dell'inutilizzabilità derivata nel caso di specie, ponendosi in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, e a possibili soluzioni alternative all'istituto dell'inutilizzabilità derivata⁴.

Infine, il quarto ed ultimo capitolo sarà dedicato al rapporto tra reato di tortura e inutilizzabilità derivata, in quanto la legge 14 luglio 2017, n.110, con la quale è stato finalmente introdotto siffatto reato nel nostro ordinamento, ha modificato l'articolo 191 c.p.p., arricchendolo con il comma 2-bis, ai sensi del quale «Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, [...]». Sarà questa l'occasione anche per illustrare la posizione della Corte europea per i diritti dell'uomo in merito alla tematica dell'inutilizzabilità derivata.

Scopo di questo lavoro è mettere in luce come sia ormai insostenibile la mancanza di

3 Come si vedrà, il riferimento è a C.cost., sent., 22 maggio 2019, n. 219; C.cost., sent., 21 ottobre 2020, n. 252; C.cost., sent., 5 ottobre 2022, n. 247, tutte consultabili sul sito *cortecostituzionale.it*.

4 Trib. Perugia, ord., 11 giugno 2021, consultabile in *giurisprudenzapenale.com*.

una presa di posizione del legislatore riguardo all'inutilizzabilità derivata e, più in generale, alle sorti delle prove la cui acquisizione è stata propiziata da precedenti elementi inutilizzabili: la materia è oggi affidata interamente agli interpreti, ma i dubbi ermeneutici sono tanti, così come sono estremamente delicati gli interessi in gioco. L'intervento del legislatore è quanto mai necessario per fare chiarezza e assicurare altresì il pieno rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, che, altrimenti, rischiano di essere meramente riconosciuti sulla carta e non garantiti in concreto.

CAPITOLO I

L'istituto dell'inutilizzabilità

SOMMARIO: 1. La nozione di inutilizzabilità. – 2. Le diverse specie di inutilizzabilità. – 2.1. Inutilizzabilità patologica e fisiologica. – 2.2. Inutilizzabilità generale e speciale. – 2.3. Inutilizzabilità assoluta e relativa. – 3. L'inutilizzabilità fisiologica: fondamento costituzionale e disciplina codicistica. – 4. L'inutilizzabilità patologica: l'inutilizzabilità-sanzione come "correttivo" al vecchio regime delle nullità. Dal codice Rocco all'articolo 191 del codice Vassalli. – 5. L'individuazione dei divieti probatori: la tesi formale e la tesi sostanzialista. – 5.1. (*segue*) Una terza strada: l'assenza di potere istruttorio come criterio di individuazione dei divieti probatori. – 6. Divieti probatori e criteri di valutazione. – 7. Inutilizzabilità e nullità: an, quomodo e problemi interpretativi. – 8. «Divieti stabiliti dalla legge»: prove illecite. – 8.1. (*segue*) Prove illecite: la riforma del 2006 in tema di intercettazioni illegali. – 9. «Divieti stabiliti dalla legge»: prove incostituzionali. – 9.1. (*segue*) La ricognizione delle prove incostituzionali. – 9.2. L'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico o telematico. – 9.3. Accertamenti personali coattivi. – 9.4. Le video-riprese. – 9.5. Le intercettazioni ambientali. – 9.6. Il pedinamento tramite sistema GPS. – 10. Utilizzabilità a favore dell'imputato.

1. La nozione di inutilizzabilità.

Volendo affrontare l'annosa tematica dell'inutilizzabilità derivata occorre necessariamente fare un passo indietro, delineando quelli che sono i contorni e le caratteristiche della fonte da cui essa trae origine: l'inutilizzabilità.

Quest'ultima consiste nell'inidoneità di un atto ad essere usato per fini probatori: ci si trova di fronte ad una forma di invalidità che colpisce non tanto l'atto in sé, quanto in particolare il suo contenuto probatorio. Ciò ha come conseguenza il fatto che il giudice non potrà, nel corso del processo, basarsi su quella prova per l'accertamento del fatto: la prova viene pertanto estromessa dal circuito accertativo¹.

L'atto probatorio si presenta «formalmente sano ma sostanzialmente infetto²»: esso rimane valido dal punto di vista formale, ma non potrà produrre l'effetto probatorio per il quale era stato compiuto.

¹ C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità degli atti*, CEDAM, 2007, cit., p.18.

² L. Annunziata, *Questioni probatorie tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pacini Editore, 2017, cit., p.20.

L'introduzione del regime dell'inutilizzabilità nel nostro sistema processual-penalistico si deve alla riforma del 1988: scopo del legislatore era quello di contrastare l'impostazione giurisprudenziale tendente a ricondurre vizi anche molto gravi degli atti probatori all'interno del regime delle nullità sanabili. Siffatta disciplina non consentiva di salvaguardare in modo appropriato alcune ipotesi, in quanto sanando il vizio la prova poteva entrare nel fascicolo processuale ed essere conseguentemente utilizzata dal giudice in motivazione³.

2. Le diverse specie di inutilizzabilità.

Al fine di illustrare al meglio le caratteristiche di questo istituto, è necessario richiamare alcune classificazioni che sono ormai da tempo divenute tradizionali in dottrina.

In particolare si è soliti distinguere tra inutilizzabilità patologica e fisiologica; tra generale e speciale; infine, tra assoluta e relativa.

2.1. Inutilizzabilità patologica e fisiologica.

La prima partizione, e quella che sicuramente più delle altre caratterizza l'intero sistema delle inutilizzabilità, è quella tra inutilizzabilità patologica e inutilizzabilità fisiologica⁴.

Il concetto di inutilizzabilità patologica, delineato dall'articolo 191 comma 1 del codice di rito, si lega indissolubilmente alla nozione di divieto probatorio: sono colpite da tale vizio le prove acquisite in violazione di un divieto posto dalla legge. Si parla in particolare di "prove illegittimamente acquisite".

L'inutilizzabilità fisiologica, la cui norma di riferimento è l'articolo 526 del codice di procedura penale, rappresenta invece un logico corollario della separazione strutturale del procedimento in fasi, in base alla quale gli atti probatori compiuti in una fase hanno efficacia solo al suo interno e con riguardo ai provvedimenti che vi si devono adottare⁵, non essendo invece utilizzabili in altre fasi. La grande partizione è tra fase delle indagini preliminari e fase dibattimentale: gli atti compiuti nella prima non potranno assurgere al

³ A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità: uno studio introduttivo*, Giappichelli, 2000, p.67.

⁴ La primigenia della classificazione si deve a A. Ennio, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, 1990, p.169 ss.

⁵ AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, 2018, p.280.

ruolo di prove nel dibattimento, salvo alcune eccezioni dovute a un'eventuale irripetibilità degli atti in un momento successivo⁶.

Contrariamente all'ipotesi disciplinata dall'art.191 c.1, in questo caso ci si trova di fronte ad atti d'indagine formati in modo totalmente legittimo e aderente al disposto normativo: tuttavia, trattandosi di atti raccolti unilateralmente dalle parti e in assenza di contraddittorio, non possono entrare nel fascicolo del dibattimento e di conseguenza non possono essere usati dal giudice per l'accertamento del fatto⁷.

2.2. Inutilizzabilità generale e speciale.

La seconda classificazione contrappone l'inutilizzabilità generale a quella speciale, a seconda del tipo di fonte che individua il vizio⁸.

Relativamente all'inutilizzabilità patologica, essa è prevista nella sua forma generale dall'art.191 c.1 c.p.p., secondo cui «Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Analogamente, l'art.526 c.1 c.p.p. prevede la forma generale dell'inutilizzabilità fisiologica, prescrivendo che «Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

Parallelamente a queste due previsioni generali, è possibile individuare anche specifiche previsioni codicistiche, oppure disposizioni contenute in leggi speciali, che prevedono l'inutilizzabilità probatoria degli atti in ipotesi particolari.

Un esempio di inutilizzabilità patologica speciale è dato dall'articolo 271 comma 1 c.p.p. in tema di intercettazioni, disposizione che prescrive l'inutilizzabilità delle stesse qualora «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».

Per quanto riguarda invece le ipotesi di inutilizzabilità fisiologica speciale, si tratta essenzialmente di casi in cui non è stato rispettato il diritto di una parte di partecipare al compimento dell'atto probatorio⁹: può essere qui citato l'articolo 238 comma 2-bis c.p.p., secondo cui i verbali di prove di altri procedimenti non possono essere utilizzati

6 AA.VV., *Procedura penale*, cit., p.280.

7 F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fase anteriori*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2007, p. 169.

8 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p. 25 ss.; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, pp.96-97.

9 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.26; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.97.

contro l'imputato se il difensore di quest'ultimo non ha partecipato all'assunzione della prova; oppure l'articolo 403 c.p.p. relativo all'utilizzabilità in dibattimento delle prove assunte con incidente probatorio: esse risultano inutilizzabili nei confronti degli imputati i cui difensori non hanno partecipato all'assunzione delle prove stesse.

2.3. *Inutilizzabilità assoluta e relativa.*

La terza e ultima distinzione è quella tra inutilizzabilità assoluta e inutilizzabilità relativa¹⁰.

Si parla di inutilizzabilità assoluta quando l'atto risulta essere inservibile in relazione a qualunque tipo di provvedimento e nei confronti di chiunque. Sulla base di questo assunto, è bene mettere in luce come l'inutilizzabilità patologica sia sempre assoluta, poiché attraverso i divieti probatori il legislatore intende impedire *in toto* l'ingresso dibattimentale di determinate prove.

Viceversa, l'inutilizzabilità è relativa nei casi in cui l'atto sia inservibile relativamente a una determinata categoria di provvedimenti oppure nei confronti di determinati soggetti: in queste ipotesi si parla rispettivamente di inutilizzabilità oggettivamente e soggettivamente relativa.

Contrariamente all'inutilizzabilità patologica, quella fisiologica è sempre relativa, traducendosi in un'inidoneità probatoria dell'atto collegata a un «difetto di contraddittorio¹¹», e concerne pertanto i provvedimenti che richiedono un previo contraddittorio o i soggetti che non hanno partecipato ad esso: a titolo esemplificativo possono essere citati, rispettivamente, l'articolo 360 comma 5 c.p.p. (secondo cui le risultanze dell'incidente probatorio non possono essere utilizzate in dibattimento nel caso in cui il pubblico ministero ne abbia disposto lo svolgimento malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona indagata) e gli articoli 238 comma 2 e 403 c.p.p., già citati parlando di inutilizzabilità speciale.

10 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.29 ss; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, pp. 97-98.

11 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.29.

3. *L'inutilizzabilità fisiologica: fondamento costituzionale e disciplina codicistica.*

L'articolo 526 comma 1 c.p.p. recita: «Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

Si tratta di una previsione che trova la sua ragion d'essere nel diritto di difesa dell'imputato: il giudice non può utilizzare, ai fini dell'accertamento del fatto e dunque della propria decisione, prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel contraddittorio delle parti, elemento che risulta assente nella fase delle indagini preliminari (eccezion fatta per i casi di incidente probatorio).

L'inutilizzabilità fisiologica trova anche un fondamento costituzionale, in particolare nell'articolo 111 commi 4 e 5. L'attuale disposto di questa norma costituzionale è frutto, come noto, della riforma attuata con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n.2, la quale ha cristallizzato i principi fondamentali del giusto processo: nell'ambito di essi, il contraddittorio ha sicuramente un ruolo essenziale¹².

Innanzitutto il comma 4 chiarisce la regola generale secondo cui «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», mentre il successivo comma 5 individua quelle che sono le deroghe a tale principio. Infatti, la prova formata al di fuori del contraddittorio tra le parti è comunque utilizzabile quando vi è il consenso dell'imputato; in caso di accertata impossibilità oggettiva; infine, per effetto di provata condotta illecita.

È poi da segnalare l'ulteriore disposizione contenuta nel comma 4, in base al quale la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato stesso o del suo difensore¹³. Ci si trova così di fronte a un'ipotesi di inutilizzabilità fisiologica speciale oggettivamente e soggettivamente relativa: infatti tali dichiarazioni sono inutilizzabili esclusivamente nei confronti dell'imputato che non ha avuto la possibilità di confrontarsi con l'accusatore, e solo ai fini dell'accertamento della colpevolezza.

Tornando all'analisi dell'articolo 526 c.p.p., la dottrina ha sottolineato come la disciplina ivi contenuta, se isolatamente considerata, sia di fatto una «formula vuota¹⁴», poiché la

12 Sul punto si veda P.Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, p. 324, secondo cui «il contraddittorio non figura come semplice diritto individuale, [...], ma come garanzia oggettiva, condizione di regolarità del processo». Nello stesso senso, Id., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, n.4, p. 401 ss.

13 F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento*, p.174 ss.

14 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.37.

disposizione in commento nulla dice su quelle che sono «le prove legittimamente acquisite nel dibattimento».

Per coglierne a pieno il significato è pertanto necessario prendere in considerazione altre norme contenute nel codice di rito, cominciando innanzitutto dall'articolo 431. Questa norma disciplina il contenuto del fascicolo per il dibattimento e pone l'accento sul principio dell'oralità e del contraddittorio: detto fascicolo viene formato nel contraddittorio delle parti subito dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, e gli atti d'indagine possono confluirci solo in caso di impossibilità di ripetizione originaria (comma 1 lett.c e d) oppure se le parti concordano l'acquisizione di alcuni atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero in quello del dibattimento (comma 2)¹⁵.

Sulla base poi della disciplina delle letture, contenuta negli articoli da 511 a 514, si può affermare la regola secondo cui sono vietate le letture degli atti d'indagine, salvo che vi sia una norma che espressamente le consente: è il caso per esempio dell'articolo 512, che consente la lettura degli atti di indagine per sopravvenuta impossibilità di ripetizione.

Dal combinato disposto di queste norme consegue che gli atti d'indagine sono utilizzabili, dunque possono essere legittimamente acquisiti in sede dibattimentale, solo nelle ipotesi di originaria o sopravvenuta impossibilità di ripetizione oppure qualora le parti ne concordino l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento.

4. L'inutilizzabilità patologica: l'inutilizzabilità-sanzione come "correttivo" al vecchio regime delle nullità. Dal codice Rocco all'articolo 191 del codice Vassalli.

Come già affermato nelle pagine precedenti, la figura dell'inutilizzabilità patologica ha fatto il proprio ingresso nel nostro sistema solo con il codice Vassalli del 1988.

L'originaria versione del codice Rocco del 1930, infatti, contemplava esclusivamente la nullità come sanzione probatoria tipica applicabile alle prove vietate dalla legge: è pertanto necessario chiedersi cosa ha spinto il legislatore a ricorrere ad una diversa forma di tutela a garanzia della corretta formazione del quadro probatorio.

Nel sistema previgente, la scoperta della verità e la conseguente tutela dell'intera società venivano viste come il fine ultimo e specifico del processo, potendo e dovendo

¹⁵ F.M.Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento*, p. 186 ss.

prevalere su ogni altra esigenza: per questo motivo i giudici e le autorità inquirenti potevano compiere ogni atto ritenuto utile per l'accertamento della verità¹⁶. La giurisprudenza ordinaria accreditava infatti la tesi di una sovranità assoluta e illimitata della ricerca giudiziale, individuando nella potestà punitiva dello Stato e nel dovere di accertamento della verità due interessi pubblici di primaria importanza.

Sulla base di questo assunto in diverse occasioni la Corte di Cassazione si spinse ad affermare l'utilizzabilità, da parte degli inquirenti, di prove raccolte irrualmente e in assenza di contraddittorio. Il principio del libero convincimento del giudice non veniva limitato dall'inosservanza delle forme degli atti processuali, con la conseguenza che, una volta inseriti nel processo, questi elementi potevano formare oggetto dell'apprezzamento giudiziale ed essere dunque posti a fondamento della decisione finale, con una palese violazione del diritto di difesa dell'imputato.

Ulteriori problematiche emersero dall'utilizzo della nullità come sanzione comminabile agli atti probatori viziati, essenzialmente per due aspetti. Innanzitutto occorre tenere a mente la distinzione tra nullità assolute e nullità relative, e il fatto che soltanto quest'ultime possono essere sanate attraverso il meccanismo della sanatoria. La tendenza della giurisprudenza dell'epoca era pertanto quella di classificare i vizi probatori come nullità relative e di conseguenza sanabili: questo meccanismo rivela un'evidente contraddizione insita nel vecchio sistema, secondo cui il divieto normativo posto dal legislatore con la previsione di apposite regole per la formazione delle prove non scongiurava il pericolo di una possibile valutazione, da parte del giudice, di elementi acquisiti in modo illegittimo¹⁷. In sintesi, si finiva per accordare piena valenza probatoria a elementi che avrebbero dovuto esserne privi sulla base del disposto legislativo¹⁸.

Il secondo aspetto problematico era rappresentato dalla possibile rinnovazione degli atti nulli qualora fosse stato possibile e necessario. In realtà in ambito probatorio si riteneva inapplicabile il rimedio della rinnovazione, poiché, come sottolineato in dottrina, «per quante volte si reiteri l'atto, il risultato non muta, giacché l'ammissione urta contro il

16 G.Pierro, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p.16.

17 G.Pierro, *Una nuova specie*, p.28.

18 «L'illegittimo provvedimento acquisitivo, (...)», consegue un effetto giuridico che non si sarebbe potuto ottenere, se il giudice avesse operato in conformità alla legge», F.Cordero, *Tre studi*, cit., p.74.

divieto di legge¹⁹». Conseguentemente, rinnovando l'atto si sarebbe inevitabilmente violato per la seconda volta il divieto posto dalla legge.

In definitiva un siffatto sistema era fortemente lesivo del diritto di difesa dell'imputato, poiché l'acquisizione al processo di un mezzo di prova inammissibile «mette l'imputato e l'indiziato nella pratica impossibilità di difendersi convenientemente durante lo svolgersi di un procedimento probatorio²⁰».

Alla luce di queste problematiche, nel nostro ordinamento, già a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, ha iniziato a farsi più pressante l'esigenza di sanzionare le più gravi patologie degli atti probatori mediante uno sbarramento fondato sull'*an*, più che sul *quomodo*: l'obiettivo era quello di impedire in radice l'ingresso nel processo delle prove vietate, e la nullità, in quanto sanzione basata su (errate) modalità di formazione degli atti, era di fatto inadatta a rispondere a siffatta necessità.

Un primo tentativo di elaborare un nuovo istituto si rinviene nell'articolo 62 comma 2 della versione definitiva del progetto Carnelutti del 1962²¹. La suddetta norma infatti affermava che «quando una prova è formulata mediante atti vietati dalla legge, il giudice non può tenerne alcun conto».

Questa norma, in particolare, era contenuta nella prima delle disposizioni in materia di acquisizione probatoria, a dimostrazione di quanto fosse avvertita l'esigenza di garantire un rispetto effettivo ed efficace delle stesse: dagli elementi decisori del giudice avrebbero dovuto essere escluse le prove ammissibili ma assunte attraverso un atto contrario alla legge, così come tutti gli atti acquisitivi di prove inammissibili, poiché a maggior ragione devono considerarsi vietate le attività finalizzate all'ottenimento di prove che non possono essere acquisite²².

In seguito sono state modificate discipline settoriali, come per esempio quella delle intercettazioni telefoniche con la legge 8 aprile 1974, n.98, la quale è stata emanata dal legislatore sulla scia della pronuncia interpretativa di rigetto n.34/1973 della Corte costituzionale²³. In particolare era stata sollevata questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Bolzano, relativamente all'articolo 226 del codice di procedura

19 F.Cordero, *Tre studi*, cit. p.72. L'Autore evidenzia anche come la rinnovazione sia «giuridicamente impossibile, in quanto si risolverebbe nel violare la legge una seconda volta», cit. p.72 nota 191.

20 G.Ubertis, *Riflessioni sulla prova vietata*, in *Riv.pen.*, 1975, p.713, citato da G.Pierro, *Una nuova specie*, p.30.

21 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.45.

22 A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.108.

23 C.cost., sent., 4 aprile 1973, n.34, consultabile in *cortecostituzionale.it*.

penale abrogato per supposta violazione degli articoli 15 e 24 della Costituzione²⁴. L'ultimo comma dell'art.226 riconosceva alla polizia giudiziaria, nella fase degli atti preliminari dell'istruttoria, la facoltà di intercettare, impedire o prendere cognizione di comunicazioni telefoniche, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria con decreto motivato. Secondo il giudice *a quo* tale norma sarebbe stata in contrasto con il dettato costituzionale, in quanto l'intercettazione telefonica è un mezzo di indagine lesivo del diritto di non rispondere agli interrogatori degli inquirenti, diritto riconosciuto non soltanto all'imputato ma anche al mero indiziato o sospettato di reato.

La Corte costituzionale dichiarò infondati entrambi i motivi di incostituzionalità, andando inoltre ad evidenziare come nell'articolo 15 della Costituzione trovino protezione due interessi contrapposti: da una parte la salvaguardia dei diritti inviolabili della persona (tra cui rientra la tutela della segretezza e della libertà delle comunicazioni), dall'altra la prevenzione e la repressione dei reati per tutelare l'ordine giuridico e la pubblica convivenza. Per controbilanciare questi due aspetti, la Consulta osservò che diritti così fondamentali come la libertà e la segretezza delle comunicazioni avrebbero potuto essere sacrificati solo in presenza di proporzionate, fondate e gravi esigenze di giustizia, utilizzando anche forme di controllo atte a impedire un ascolto illegittimo da parte degli inquirenti.

La Corte arrivò così a formulare un *obiter dictum*, che è diventato una «pietra miliare in materia di inutilizzabilità²⁵», e in base al quale il principio dell'invioleabilità della libertà e della segretezza delle comunicazioni sarebbe stato gravemente compromesso qualora a carico dell'imputato o indiziato avessero potuto valere, come prove o indizi, intercettazioni telefoniche illegittime, cioè assunte senza motivata autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria.

Questo in quanto, secondo le parole stesse della Corte, «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

24 Art.15 Cost: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

Art. 24 Cost: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

25 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.47.

costituzionalmente illegittime abbia subito». In quest'ultimo passaggio del ragionamento, i giudici costituzionali trascesero dal problema di specie, relativo alle intercettazioni telefoniche, elevando tale principio a regola generale dell'ordinamento²⁶.

La sentenza in esame rappresenta una tappa fondamentale nel percorso che ha condotto all'elaborazione dell'istituto dell'inutilizzabilità. Infatti, la Corte costituzionale ha messo in luce una serie di ipotesi in cui l'esigenza di accertare i fatti può portare a una lesione dei diritti fondamentali ed inviolabili dei singoli, invocando così un principio di legalità processuale in materia, e suggerendo proprio l'inutilizzabilità come strumento-sanzione per estromettere dal quadro probatorio gli elementi acquisiti in violazione dei suddetti diritti²⁷.

Ricependo quanto affermato dalla Corte costituzionale, il legislatore introdusse gli artt.226-*bis*, 226-*ter*, 226-*quater* e 226-*quinquies* nel codice di rito allora vigente con la legge 8 aprile 1974, n.98, attraverso la quale fu delineata una rigorosa disciplina in materia di intercettazioni telefoniche. Fu infatti previsto che la misura in questione potesse essere disposta solo per specifici reati elencati nell'art.226-*bis*, in presenza di indizi concreti o allo scopo di ottenere prove per l'accertamento del fatto, qualora non fosse stato possibile acquisirle in altro modo. Furono previsti anche limiti temporali, in quanto l'intercettazione non si sarebbe potuta protrarre per più di quindici giorni, fatta salva la possibilità per l'autorità giudiziaria di prorogare tale periodo di tempo mediante un'ordinanza dettagliatamente motivata.

In particolare, con l'art.226-*quater* il legislatore volle delineare una procedura molto rigida per quanto riguarda l'esecuzione delle operazioni di intercettazione, imponendo anche lo stralcio e la successiva distruzione di tutto il materiale estraneo ai fini istruttori o viziato di nullità. La disposizione in esame precisava anche che le notizie raccolte ritualmente avessero comunque una valenza probatoria endo-processuale: veniva dunque esclusa la possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni come prove in altri processi; inoltre, veniva vietata in ogni caso l'intercettazione delle conversazioni dei difensori, dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari.

Infine, l'art.226-*quinquies* introdusse un generale divieto di utilizzazione delle intercettazioni eseguite *contra legem*, innovando la disciplina previgente dopo un lungo

26 G.Pierro, *Una nuova specie*, p.51.

27 C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp.47-48.

dibattito parlamentare che evidenziò come la disposizione in questione fosse la più delicata e importante della legge di riforma²⁸.

Per mettere in luce la portata innovativa della disposizione, se ne riporta il testo integrale: «A pena di nullità insanabile e da rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento non si può tener conto delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge od eseguite in difformità dalle prescrizioni in essa stabilite, nonché dalle notizie o immagini ottenute nei modi di cui all'articolo 615-*bis* del codice penale».

Il legislatore, dunque, introdusse in materia di intercettazioni illegali la sanzione della nullità insanabile, da rilevarsi d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento: lo scopo era, evidentemente, quello di rafforzare la tutela dei diritti individuali dei singoli mediante l'esclusione dell'operatività di qualsiasi causa di sanatoria nell'ambito delle intercettazioni, ma nonostante ciò questo intervento legislativo non riuscì pienamente nell'intento. Difatti, si affermò ben presto un orientamento giurisprudenziale, avvallato da alcune pronunce della Suprema Corte, secondo cui le prescrizioni stabilite dalla legge in materia di esecuzione delle intercettazioni avrebbero dovuto essere distinte in essenziali e marginali, e soltanto la violazione delle prime avrebbe comportato il sorgere di una causa di nullità, mentre nel secondo caso si sarebbe dovuto parlare di una mera irregolarità formale²⁹. Pertanto, nonostante gli sforzi del legislatore, la riforma del 1974 non riuscì a garantire una tutela davvero efficace.

Nel medesimo anno fu approvata la legge delega indirizzata al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale³⁰, e all'interno del Progetto preliminare del 1978 è possibile trovare una norma generale in materia di inutilizzabilità. In particolare, l'art.182 così recitava: «Le prove non previste dalla legge o ammesse dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate ai fini della decisione.

Non possono essere utilizzate le prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte a pena di nullità, salvo che la nullità sia sanata».

In proposito la Commissione chiarì la propria intenzione di recepire le istanze provenienti da dottrina e giurisprudenza, che da ormai diversi anni avevano mostrato una propensione a designare con il termine inutilizzabilità «la sanzione per i vizi del

28 G.Pierro, *Una nuova specie*, p.54.

29 G.Pierro, *Una nuova specie*, p.58.

30 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.50 ss; A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.111 ss.

procedimento probatorio, nella consapevolezza degli inconvenienti derivanti dall'uso dello schema della nullità nel settore probatorio³¹». Tuttavia permaneva un'incertezza concettuale di fondo: leggendo il comma 2 dell'articolo, infatti, risulta evidente come l'inutilizzabilità venisse considerata come un mero effetto della nullità e non come un vizio autonomo a sé stante. Il progetto comunque non si realizzò, e si dovettero aspettare nove anni per l'emanazione di un'ulteriore legge delega, nel 1987.

È soltanto con il codice Vassalli, attuale codice di procedura penale e approvato nel 1988, che finalmente si giunge a disciplinare l'inutilizzabilità come una sanzione autonoma, il che rappresenta «una delle novità più significative della riforma sotto il profilo della disciplina dei vizi dell'atto processuale penale³²».

Come già detto, l'inutilizzabilità patologica trova riconoscimento nell'art.191 comma 1, in base al quale «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»: il vizio in questione va dunque a colpire un'acquisizione che non deve essere fatta, in quanto vietata, ed ha pertanto natura "interdittiva ed esclude radicalmente l'operare del meccanismo della sanatoria³³.

È da segnalare tuttavia una profonda differenza tra il testo attuale della norma e quello originariamente elaborato: nel progetto preliminare, difatti, l'art.191 comma 1 affermava che «le prove ammesse in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». L'utilizzo del termine "ammesse" non era casuale, poiché tale espressione permetteva di capire immediatamente la natura del nuovo vizio dell'inutilizzabilità patologica³⁴. Quest'ultima infatti non riguarda le modalità di formazione della prova, come nel caso della nullità, ma concerne elementi il cui ingresso nel quadro probatorio è vietato in radice dalla legge.

Parlare di prove ammesse permetteva così di delineare una netta linea di demarcazione tra la sanzione della nullità, vizio attinente al *quomodo* della prova e che mira a garantire il rispetto delle modalità di formazione di una prova legittima, e la neo-introdotta inutilizzabilità, la quale si ricollega invece all'*an* della prova e dunque alla sua ammissibilità in senso stretto³⁵.

31 *Relazione al progetto preliminare – Prove*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, p.135 ss.

32 M.Chivarario, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, UTET, 1990, cit., p.258.

33 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.52.

34 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.53.

35 N.Galantini, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass.pen.*, 1994, n.4, pp.666-667.

La decisione di sostituire il termine "ammesse" con "acquisite", presa nel corso dei lavori preparatori, è dipesa dal sorgere di un problema di natura tecnica, legato al significato che è stato dato al concetto di ammissione all'interno del codice di rito: l'ammissione delle prove costituisce un momento preciso che si colloca all'inizio del dibattimento e che ha per oggetto le prove richieste dalle parti, prove che fanno il loro ingresso nel quadro probatorio qualora il giudice ritenga rispettati i criteri imposti dalla legge³⁶.

Se questo è il significato tecnico del concetto di prova ammessa, utilizzare questa espressione nell'articolo 191 avrebbe portato a dei risvolti indesiderati³⁷: l'inutilizzabilità avrebbe potuto colpire solamente le prove ammesse in senso stretto dal giudice, quindi fatte oggetto di un provvedimento di ammissione ai sensi dell'articolo 190. Pertanto sarebbero stati esclusi dall'ambito di applicazione di tale sanzione tutti gli atti d'indagine compiuti in violazione di un divieto probatorio, non essendo stati "ammessi" in senso tecnico. Per evitare siffatte conseguenze si è deciso di sostituire il termine "ammesse" con "acquisite", proprio a sottolineare come l'inutilizzabilità possa e debba riguardare tutte le prove raccolte in violazione di un divieto probatorio, durante tutto l'arco del procedimento penale e dunque dalla *notitia criminis* in poi³⁸.

Questo ha però portato al sorgere di un'ambiguità di fondo, essendosi fatto più labile il confine teorico tra nullità e inutilizzabilità, e in dottrina è stata affermata l'esistenza di forme di inutilizzabilità relative alle modalità di formazione della prova, e dunque al *quomodo*³⁹. Si tratterebbe di violazioni talmente gravi da inficiare il risultato accertativo o da ledere un diritto inviolabile⁴⁰: come esempio è possibile citare l'articolo 64 comma 2 del codice di rito, secondo cui non possono essere utilizzati nel corso di un interrogatorio (e neppure con il consenso della persona interrogata) metodi o tecniche tali da alterare la libertà di autodeterminazione del soggetto o la sua capacità di ricordare e valutare i fatti.

36 Così recita l'art.190 c.p.p., rubricato "Diritto alla prova": «Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.

La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio.

I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio».

37 Sul punto si veda N.Galantini, *Inosservanza di limiti probatori*, p.666.

38 N.Galantini, *Inosservanza di limiti probatori*, p.666.

39 «Inutilizzabili sono, infatti, le acquisizioni probatorie inammissibili, ovvero ammissibili ma erroneamente formate nel processo, o anche apparentemente nell'an e nel quomodo ma non valutabili perché prive di ulteriori requisiti, la cui mancanza ne preclude il valido impiego giudiziale», G.Pierro, *Una nuova specie*, cit. p.148.

40 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.69.

Tuttavia queste ipotesi devono essere considerate come mere eccezioni, in quanto le cause originarie dei due vizi sono comunque differenti⁴¹: nel caso dell'inutilizzabilità siamo di fronte alla violazione di un divieto probatorio, in quello della nullità non sono state osservate le disposizioni in materia di formazione della prova⁴².

5. *L'individuazione dei divieti probatori: la tesi formale e la tesi sostanzialista.*

Come rilevato nei precedenti paragrafi, il concetto di inutilizzabilità patologica è indissolubilmente legato a quello di divieto probatorio, che rappresenta il «frutto compiuto (anche se imperfetto) dell'elaborazione teorica» in materia⁴³. Occorre soffermarsi a questo punto sul significato e sulla portata di questa espressione, in quanto rappresenta anche l'elemento che permette di distinguere tra inutilizzabilità e nullità.

La scelta del legislatore di disciplinare l'inutilizzabilità all'interno di una norma generale, l'articolo 191, ha fatto sorgere dei problemi interpretativi in relazione all'individuazione delle disposizioni codicistiche nelle quali risulterebbe sancito un divieto probatorio. Ci si trova infatti di fronte a un concetto legislativo indeterminato, che si sottrae a una tassativa ed esauriente individuazione⁴⁴, a tal punto che la dottrina a tal proposito ha parlato di un «deficit di tipicità⁴⁵».

Il problema della corretta individuazione dei divieti probatori non è di poco conto, considerando il severo regime giuridico previsto dall'articolo 191 comma 2, disposizione che si applica tanto all'inutilizzabilità patologica quanto a quella fisiologica, e secondo la quale «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

La prova inutilizzabile, in quanto acquisita in violazione di un divieto probatorio, può e deve essere quindi espunta dal quadro probatorio in ogni momento e senza la necessaria istanza di parte, non potendo in alcun modo essere recuperata attraverso il meccanismo della sanatoria. A voler portare il ragionamento all'estremo, la prova inutilizzabile non è nemmeno definibile "prova", poiché tale è soltanto l'acquisizione conoscitiva effettuata secondo le regole, la cui osservanza è appunto posta a pena di inutilizzabilità⁴⁶.

41 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.30.

42 N. Galantini, *Inosservanza di limiti probatori*, p. 667.

43 C. Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.58.

44 G. Pierro, *Una nuova specie*, p.152.

45 C. Conti, *Accertamento del fatto*, p.57.

46 G. Aricò, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali*

Risulta dunque essenziale stabilire con chiarezza in quali casi è comminabile la sanzione dell'inutilizzabilità, per evitare di dilatarne indebitamente il campo di applicazione e di renderla operativa anche in casi non necessitanti di conseguenze sanzionatorie così drastiche⁴⁷.

Vista l'assenza di una definizione legislativa di divieto probatorio, la dottrina ha cercato di definirne i contorni, giungendo a contrapporre fra di loro due distinte teorie: da una parte la tesi formale, dall'altra la tesi sostanzialista.

I fautori della tesi formale basano l'individuazione dei divieti probatori sulla lettera della legge, dunque sulla sintassi utilizzata dal legislatore. In particolare ci si troverebbe di fronte a un divieto probatorio ogniqualvolta in una norma di legge sono contenute espressioni come «è vietato», «non può» o simili. Questa teoria, nel suo rigido formalismo, risulta essere nella pratica molto limitante, in quanto vi sono delle norme che, pur utilizzando una di queste espressioni, in realtà non intendono sancire alcun divieto probatorio. È il caso ad esempio dell'articolo 251 del codice di procedura penale, in base al quale non possono essere effettuate perquisizioni domiciliari nelle ore notturne: il divieto in esame riguarda infatti un aspetto meramente formale e pertanto risulterebbe del tutto ingiustificata la sanzione dell'inutilizzabilità⁴⁸.

Inoltre, un altro aspetto problematico della rigorosa applicazione della tesi formale è costituita da tutte quelle norme che, al contrario, non utilizzano le suddette espressioni ma dettano comunque delle regole poste a tutela di valori essenziali⁴⁹. Basti pensare all'articolo 201 del codice in materia di segreti d'ufficio, secondo cui i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre sui fatti conosciuti per ragioni del proprio ufficio e che devono rimanere segreti. Nonostante il legislatore non abbia esplicitamente riconosciuto un divieto in capo al giudice di assumere la testimonianza in questione, la Corte di cassazione in diverse pronunce ha ritenuto sussistente l'esistenza di un divieto probatorio⁵⁰.

Per cercare di risolvere questa problematica, in dottrina è stata elaborata la categoria dei divieti probatori "indiretti". Essi sarebbero individuabili in tutte quelle norme che si

dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale, (Università di Salerno), Salerno, 1993, cit., p.39.

47 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, CEDAM, 1992, cit., p.137.

48 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.50.

49 «Sarebbe del tutto irragionevole, laddove la volontà del legislatore si risolve per l'appunto in una proibizione, escludere la sanzione ex art.191 solo per le modalità espressive volta per volta impiegate», M.Nobili, *Commento all'art.191 c.p.p.*, cit. p.411, citato da A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.154 nota 29.

50 Per una rassegna giurisprudenziale si veda C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.59 nota 138.

esprimono in termini di permesso condizionato, quindi utilizzando espressioni come «è consentito a condizione che»⁵¹. Una soluzione di questo tipo sicuramente permette di fuoriuscire dalle maglie del formalismo letterale, ma al tempo stesso il rischio è quello di estendere a dismisura il concetto di divieto probatorio, poiché da qualsiasi norma, interpretandola *a contrario*, si potrebbe ricavare un implicito divieto e così classificare come prova inutilizzabile tutto ciò che non è espressamente consentito⁵².

Alla tesi formale si contrappone, come detto, quella sostanzialistica.

Secondo i fautori di questa teoria, i divieti probatori possono essere individuati grazie a un'interpretazione teleologica della fattispecie normativa, ricercando dunque l'interesse giuridico protetto dalla disposizione. In particolare si ritiene che i divieti probatori siano sottesi alla tutela di interessi endoprocessuali, come i diritti delle singole parti nel processo, o extraprocessuali, quali i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati⁵³: nel caso in cui la violazione di una norma comporti la lesione di uno di questi interessi, ci si troverà di fronte a un divieto probatorio.

Tuttavia, anche questa teoria presta il fianco ad alcune critiche.

Siffatta impostazione rischia di lasciare troppa discrezionalità all'interprete, in quanto non vengono offerti criteri idonei ad una corretta individuazione dei criteri probatori⁵⁴. È da evidenziare infatti come la quasi totalità delle norme in materia di prove è posta a tutela di un interesse sostanziale o processuale nel senso sopra indicato, con la conseguenza che si finirebbe per individuare continuamente un divieto probatorio⁵⁵. Ulteriori incertezze derivano anche da possibili difficoltà interpretative nel determinare quale sia effettivamente l'interesse giuridico tutelato da una norma, poiché non è raro trovare disposizioni normative poste a protezione di diverse esigenze.

Tanto la tesi formale quanto quella sostanzialistica presentano quindi profili critici di non poco conto e portano a risvolti problematici che di fatto contraddicono le intenzioni e le finalità stesse della dottrina, ovvero sia quelle di definire con chiarezza il concetto di divieto probatorio.

51 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, pp.26-27; C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp. 59-60; A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, pp.153-154.

52 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.60.

53 «Si perviene in sostanza a delineare un ventaglio di regole di esclusione dettate in ragione di situazioni soggettive talora ricomprese in precetti costituzionali ovvero di fattispecie di natura squisitamente processuale», N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p.140.

54 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.64.

55 A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.157.

5.1. (segue) *Una terza strada: l'assenza di potere istruttorio come criterio di individuazione dei divieti probatori.*

Oltre a questi due orientamenti tradizionalmente contrapposti fra loro, è possibile citare un'ulteriore teoria elaborata da un'autorevole dottrina⁵⁶ e che trova il suo fondamento nel concetto di potere istruttorio: la formazione della prova presuppone l'esistenza di tale potere, pertanto «dove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto non può non riuscire inefficace⁵⁷».

L'atto compiuto in assenza del potere, il quale corrisponde ad un comportamento a cui l'ordinamento riconosce determinati effetti giuridici, è *tamquam non esset*⁵⁸, deve essere considerato giuridicamente inesistente. L'assenza del potere istruttorio del giudice di assumere una determinata prova rende quest'ultima inammissibile: ed è proprio la mancanza di potere istruttorio a individuare un divieto probatorio, ossia una regola di esclusione⁵⁹.

Vien da sé che la prova inammissibile in senso stretto non va confusa con la prova non ammessa dal giudice perché superflua o manifestamente irrilevante⁶⁰. In questo secondo caso la prova viene esclusa dal giudice in quanto ritenuta di fatto inutile, ed inoltre può essere oggetto di una successiva assunzione nel caso in cui sorga la sua utilità: questo secondo aspetto è radicalmente escluso per la prova inammissibile in senso stretto, essendo *in re ipsa* giuridicamente inesistente.

Per quanto riguarda le modalità di individuazione dei divieti probatori, secondo questa teoria le regole di esclusione sarebbero sancite dalle disposizioni processuali con espressioni quali «è vietata l'assunzione», «la prova non può essere assunta (o acquisita)», dunque formule che esprimono chiaramente l'assenza di potere rispetto all'assunzione della prova. Vi sarebbero però casi in cui il divieto viene ricavato *a contrario*, come nel caso dell'articolo 266 comma 1 del codice di rito, secondo cui «l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati (...)»: l'ovvia conseguenza è che un'intercettazione disposta ed effettuata al di fuori del novero dei

56 F.Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, p.70 ss.

57 F.Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p.73.

58 P.Ferrua, *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in *Dir.pen.proc.*, 2020, vol.26, n.9, p.1249 ss.

59 P.Ferrua, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2021, vol.7 n.1, p.215 ss.

60 G.Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, p.84.

reati elencati dall'articolo, quindi in assenza del relativo potere istruttorio, deve essere considerata inammissibile e pertanto inutilizzabile.

Questa corrente di pensiero sembra quindi riprendere la tesi formalista illustrata nel paragrafo precedente, ma fa anche un passo in più: non basta affidarsi ciecamente alla lettera della legge, occorre ricercare l'effettivo significato della disposizione normativa: la violazione del divieto probatorio (e dunque la sua stessa esistenza) si desume dalla circostanza che attraverso una condotta conforme a diritto non si sarebbe potuto ottenere quel medesimo risultato probatorio⁶¹.

Anche nei confronti di questa teoria sono state avanzate alcune critiche: parte della dottrina ha infatti evidenziato come vi siano norme che pur presupponendo una mancanza di potere non ricollegano a ciò la sanzione dell'inutilizzabilità⁶². È il caso dell'articolo 26 comma 1 del codice di procedura penale, secondo cui l'inosservanza delle norme sulla competenza non produce l'inefficacia delle prove già acquisite, in virtù del principio *utile per inutile non vitiatur*.

Ulteriore esempio è dato dall'articolo 54 comma 3, che sancisce l'utilizzabilità nei casi e nei modi previsti dalla legge degli atti d'indagine preliminare compiuti dal pubblico ministero presso il giudice incompetente, prima della trasmissione all'organo competente o prima della designazione del pubblico ministero che deve procedere, la quale viene operata dal procuratore generale in caso di contrasto tra gli uffici.

Tuttavia questo ragionamento si basa su una premessa indimostrata⁶³, ovvero il fatto che al giudice incompetente o al pubblico ministero presso di lui non spetti il potere istruttorio di acquisire elementi di prova. Tale contestazione dunque non risulta abbastanza convincente da demolire la teoria in esame, tanto che quest'ultima ha riscontrato negli anni un notevole successo, e ad oggi risulta ampiamente dominante⁶⁴.

61 A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.160.

62 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, p.138.

63 A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.161.

64 P.Ferrua, *Prove illegittimamente acquisite*, p.1249.

6. Divieti probatori e criteri di valutazione.

L'inutilizzabilità si presenta dunque come una sorta di «prova legale in negativo⁶⁵», in base alla quale il giudice non può porre a fondamento della propria decisione determinati elementi.

Il dato qualificato come inutilizzabile dalle regole di esclusione viene sottratto a priori dall'accertamento e dalla valutazione del giudice, operando dunque *ex ante*. Le regole di esclusione implicano un divieto di valutazione per il giudice, divieto che risulta «conseguenziale alla circostanza che il dato inutilizzabile non può dirsi validamente acquisito come prova⁶⁶». L'inutilizzabilità previene la valutazione di un dato elemento, negando a quest'ultimo la natura di prova ed estromettendolo *in toto* dalle premesse probatorie che il giudice può porre a fondamento della propria decisione.

Diversa è invece la struttura dei cosiddetti criteri di valutazione, individuati da parte della dottrina in tutte quelle norme che condizionano e orientano in un certo modo la valutazione del giudice su determinati elementi di prova: in questi casi il valore della prova viene ridotto o azzerato rispetto a specifici esiti⁶⁷. I criteri di valutazione, contrariamente alle regole di esclusione, implicano prove validamente costituite e sono relative al convincimento giudiziale: operano pertanto *ex post*.

Si prenda come esempio l'articolo 192 commi 3 e 4 del codice di rito, secondo cui le dichiarazioni del coimputato o dell'imputato in un processo connesso sono valutate unitamente agli elementi che ne confermano l'attendibilità: la norma in questione non impedisce *ex ante* che il dato acceda alla conoscenza del giudice, come farebbe una regola di esclusione, ma si limita ad annullarne il valore probatorio in assenza di determinati requisiti, quali i riscontri forniti da altri elementi probatori.

In sostanza si coinvolge «il maggiore o minor valore che, nel caso concreto, una prova può assumere rispetto alla proposizione da provare⁶⁸». Il criterio legale dunque non incide sulla valida costituzione della prova, bensì unicamente sul suo valore.

A tal proposito, terreno di scontro in dottrina è l'articolo 63 comma 1 del codice di procedura penale, il quale afferma che le dichiarazioni autoindizianti non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese⁶⁹. Stando alle tradizionali

65 P.Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, cit., p.218.

66 P.Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., p.356.

67 P.Ferrua, *Ammissibilità della prova*, p.215 ss.

68 P.Ferrua, *Ammissibilità della prova*, cit., p.218.

69 Si veda sul punto C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp. 32-33.

classificazioni in tema di inutilizzabilità, questa norma conterrebbe un'ipotesi di inutilizzabilità soggettivamente relativa, ma parte della dottrina ha suggerito una soluzione diversa. Vi è infatti chi sostiene che la disposizione in esame non impedisca al giudice di valutare le dichiarazioni rese dalla persona non imputata o non indagata, ma preclude soltanto un determinato esito della valutazione stessa: sulla base di questo ragionamento si dovrebbe concludere che l'articolo 63 c.p.p. contiene un criterio di valutazione, e non una regola di esclusione.

È stato tuttavia replicato che la norma in questione non condiziona la valutazione del giudice nel senso di ritenere attendibile o meno le dichiarazioni indizianti in presenza di eventuali riscontri, ma impedisce *in toto* di basare la decisione giudiziale su di esse. Ne consegue che il regime da applicare è quello dell'inutilizzabilità, e che l'articolo 63 del codice è un'ipotesi particolare in cui essa opera non nella fase di ammissione della prova bensì in quella della valutazione⁷⁰.

7. Inutilizzabilità e nullità: an, quomodo e problemi interpretativi.

Risulta a questo punto opportuno approfondire la differenza tra inutilizzabilità e nullità della prova.

Come più volte ripetuto, la distinzione classica riconduce alla sanzione dell'inutilizzabilità le violazioni di divieti probatori relativi all'*an*, mentre alla nullità sono ricondotte le violazioni del *quomodo*. Solo eccezionalmente, in presenza di «formalità intimamente compenstrate con la funzione e il valore probatorio dell'atto⁷¹» è possibile individuare divieti probatori concernenti le modalità di formazione: in essi rientrano essenzialmente le violazioni poste in essere nel procedimento acquisitivo della prova e che risultano talmente gravi da inficiare il risultato probatorio o ledere in modo irreparabile un diritto inviolabile.

Pur apparendo chiara la distinzione sul piano teorico, in concreto possono presentarsi situazioni in cui non è così agevole stabilire se un divieto riguarda l'*an* o il *quomodo* della prova. Talvolta eventuali problemi interpretativi vengono preliminarmente risolti dal legislatore attraverso l'individuazione di ipotesi di nullità o inutilizzabilità speciali: in base al principio di tassatività operante in materia di invalidità, l'interprete è tenuto ad

⁷⁰ C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.33.

⁷¹ P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit. p.99.

applicare la sanzione espressamente stabilita dalle norme di legge e nel caso in cui la legge taccia l'atto è da considerarsi meramente irregolare⁷².

Non risulta pertanto casuale il fatto che quasi sempre l'inutilizzabilità speciale viene stabilita in relazione a violazioni relative al *quomodo* della prova, e che tali ipotesi siano state introdotte dal legislatore inserendo o modificando singole norme del codice⁷³: è il caso dell'interrogatorio di persona detenuta, per il quale l'articolo 141-*bis* (introdotto con la legge 8 agosto 1995, n.332) richiede l'integrale documentazione mediante riproduzione fonografica o audiovisiva, o la raccolta da parte del difensore di informazioni rilevanti a fini difensivi, la cui disciplina estremamente dettagliata è contenuta nell'articolo 391-*bis* (inserito con la legge 7 dicembre 2000, n.397).

In entrambe queste ipotesi, in deroga alla coerenza sistematica delle cause di invalidità, il legislatore ha voluto sanzionare con il pesante regime dell'inutilizzabilità violazioni inerenti al *quomodo* che dunque in assenza di previsione espressa avrebbero comportato l'applicazione del regime delle nullità. Tale scelta legislativa trova la sua ragion d'essere nell'interesse tutelato dalle norme in questione, poiché la ragionevolezza esige che si ricorra alla sanzione dell'inutilizzabilità solo per lesioni di valori fondamentali, come il diritto di difesa dell'imputato o il contraddittorio, o quando la difformità della prova dal modello legale renderebbe la prova inaffidabile e dunque inattendibile⁷⁴.

I problemi ermeneutici sorgono pertanto laddove la legge non specifica la sanzione processuale da applicare, come nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 499 comma 3 del codice di rito, secondo cui «nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte»⁷⁵.

Il divieto di porre domande suggestive nel corso di un esame testimoniale è stato per lungo tempo oggetto di una diatriba sia in campo dottrinale che in campo giurisprudenziale: la formulazione utilizzata dal legislatore pare voler conferire a questa disposizione la natura di una regola di esclusione, ma la giurisprudenza ha molto spesso negato l'inutilizzabilità delle risposte a siffatte domande. In recenti sentenze la Cassazione è arrivata ad affermare che «[...] la violazione di porre domande suggestive non comporta né inutilizzabilità né nullità della deposizione non essendo prevista una

72 Così N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, p.51.

73 C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp. 74-75.

74 P.Ferrua, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest.giust.* 6/2001, cit., p.1125, citato da C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.75 nota 178.

75 Sul punto si veda C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.76.

tale sanzione dall'art.499 comma 3 c.p.p., né potendo essere desunta dalle previsioni contenute nell'art.178 c.p.p.⁷⁶», e che essa «[...] rileva soltanto sul piano della valutazione della genuinità della prova, che può risultare compromessa esclusivamente se la modalità incriminata inficia l'intera dichiarazione e non semplicemente la singola risposta fornita, ben potendo il giudizio di piena attendibilità del teste essere fondato sulle risposte alle altre domande⁷⁷».

Non è dello stesso avviso parte della dottrina, secondo la quale l'ammissione di una domanda in violazione di uno dei divieti previsti dall'articolo 499 dovrebbe causare l'inutilizzabilità del risultato probatorio⁷⁸: nello specifico l'inutilizzabilità dovrebbe riguardare la singola risposta e non l'intero esame, salvo verificare caso per caso che quest'ultimo non sia stato interamente pregiudicato a seguito della suddetta violazione.

Ulteriore norma su cui ci si è interrogati è l'articolo 219 comma 4 del codice di procedura penale⁷⁹, relativo alle modalità dell'esperimento giudiziale, e secondo cui il giudice deve dare le opportune disposizioni affinché esso si svolga nel pieno rispetto di sentimenti di coscienza, dell'incolumità delle persone e della sicurezza pubblica: secondo la dottrina, in caso di modalità di svolgimento offensive o pericolose, si sarebbe in presenza di un'ipotesi di mera irregolarità dell'atto⁸⁰.

Per provare ad individuare un criterio generale di demarcazione tra le ipotesi di nullità e quelle di inutilizzabilità, è possibile richiamare la teoria della carenza di potere istruttorio. Come illustrato in precedenza, secondo questa tesi la sanzione dell'inutilizzabilità viene applicata in presenza di un atto posto in essere in assenza del relativo potere, il che rende la prova stessa inammissibile in quanto giuridicamente inesistente. Nel caso invece dell'inosservanza delle formalità previste per l'assunzione di una prova ammissibile, si è in presenza della violazione di un dovere (di procedere secondo determinate modalità) ma in presenza del potere istruttorio⁸¹: la prova deve essere ritenuta invalida solo nei casi in cui la legge lo prevede espressamente comminando la nullità o altra sanzione, e nei casi in cui essa non dica nulla l'atto è da considerarsi irregolare.

76 Cass. Sez.III, 16 settembre 2019, n.49993, in *CED Cass.*, 277399.

77 Cass. Sez.III, 25 giugno 2019, n.42568, in *CED Cass.*, 277988.

78 G.Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova*, p.122.

79 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.77.

80 F.Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, citato da C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.77 nota 182.

81 P.Ferrua, *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, p.1249 ss.; Id., *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, p.215 ss.

Anche ponendo come assunto questo ragionamento, le difficoltà interpretative non si dipanano, non essendo talvolta agevole ed immediato stabilire se il giudice è titolare o meno del potere istruttorio per acquisire una determinata prova, in special modo laddove vengano violate norme relative al *quomodo*: ci si limita a riformulare i termini del problema, spostando dunque la chiave di volta sul concetto di potere istruttorio.

In dottrina è stata anche suggerita una soluzione di tipo formale, secondo cui si avrebbe nullità qualora la norma prescriva in positivo le modalità di formazione della prova; al contrario si dovrebbe applicare il regime dell'inutilizzabilità nel caso in cui la norma vieti una determinata modalità di assunzione⁸²: in questo secondo caso il giudice sarebbe radicalmente sprovvisto del potere istruttorio necessario per poter procedere all'acquisizione della prova, come nel caso dell'articolo 188 c.p.p., il quale vieta di procedere con modalità o tecniche tali da ledere la dignità della persona o la sua libertà di autodeterminazione.

In ogni caso la questione appare troppo delicata e complessa per poter essere risolta in via preliminare. Inevitabilmente l'interprete dovrà analizzare e risolvere le situazioni caso per caso, valutando la gravità della violazione, gli interessi e i diritti soggettivi coinvolti⁸³.

8. «Divieti stabiliti dalla legge»: prove illecite.

In tema di ricognizione dei divieti probatori è presente un ulteriore problema che si ricollega alla formulazione utilizzata dal legislatore nell'articolo 191 comma 1 c.p.p.: la dottrina si è domandata se nella nozione di "legge", che la norma individua come fonte dei divieti probatori, debba essere ricondotta esclusivamente la legge *processuale*, oppure se essa possa essere estesa fino al punto da ricomprendervi disposizioni normative di qualsivoglia natura. Accogliendo la seconda soluzione, tutte le prove assunte in violazione di specifiche norme penali o costituzionali dovrebbero essere ritenute inutilizzabili, essendo state acquisite in violazione di divieti probatori aventi una matrice, rispettivamente, penale sostanziale o costituzionale⁸⁴: si tratterebbe in sostanza di "prove illecite" e di "prove incostituzionali".

82 G.Aricò, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, p.39.

83 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit., p.77.

84 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.58.

Rimandando la trattazione delle prove incostituzionali ai successivi paragrafi, è il caso di evidenziare come la questione delle prove illecite sia risalente nel tempo, a tal punto che nel corso degli anni sono state presentate soluzioni tra loro contrapposte e in costante evoluzione.

Una prima interpretazione muove dalla lettera dell'articolo 191, secondo cui sono inutilizzabili «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge»: secondo autorevole dottrina, nell'ambito delle disposizioni generali in tema di prova, il termine "acquisizione" è sempre impiegato in senso strettamente tecnico, stando ad indicare l'ingresso di una prova nel procedimento penale⁸⁵. Stando a questa premessa, l'unica legge idonea a impedire l'acquisizione è quella processuale, con la conseguenza che la commissione di un illecito penale nell'ottenimento della prova sarebbe processualmente irrilevante: l'illiceità potrebbe produrre effetti sanzionatori soltanto qualora fosse al tempo stesso anche illegittima, e dunque rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 191 c.p.p.⁸⁶. Ciò che è lecito da un punto di vista probatorio dipenderebbe esclusivamente dalla conformità alle metodiche del processo, cosicché l'eventuale incidenza invalidante della norma incriminatrice dipenderebbe dal riconoscimento, in sede di regole probatorie, di un corrispondente interesse meritevole di tutela processuale⁸⁷.

Un secondo orientamento si basa invece sulla generica formulazione dell'articolo 191, il quale non specifica la tipologia di legge idonea a dare origine a un divieto probatorio, sicché le prove acquisite in violazione di norme penali sostanziali avrebbero dovuto essere considerate inutilizzabili al pari delle prove illegittime, ovvero acquisite in violazione di regole processuali⁸⁸.

Questo orientamento ha trovato avvallo dalla Corte di cassazione nella sentenza Carnevale⁸⁹: nel caso di specie, i giudici di legittimità si sono trovati ad affrontare la questione della validità, e conseguentemente dell'utilizzabilità, di dichiarazioni

85 F.Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, p.63.

86 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, p.205; A.Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, p.176 ss.

87 F.Peroni, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art.191 c.p.p.*, in *Cass.pen.*, 2005, cit., p.924. Secondo le parole dello stesso Autore, «la mera conformità al diritto non può fungere da matrice da cui discendono i giudizi di ammissibilità, fondatezza, validità, efficacia degli atti processuali, non potendosi postulare un'armonia prestabilita tra previsioni sanzionatorie, distinte per genesi e funzione», con espressioni tratte da F.Cordero, *Tre studi.*, p.150 e F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p.614.

88 P.Nuvolone, *Le prove vietate nel processo penale. Lezioni agli studenti*, p. 473, citato da L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.59 nota 109 e C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.94 nota 218; Nello stesso senso, G.Pierro, *Una nuova specie di invalidità*, p.172.

89 Cass., Sez.Un., 30 ottobre 2002, n.22327, in *Cass.pen.*, 2003, n.11, p.3276 ss.

testimonialia rese da alcuni colleghi dell'imputato, giudice della Suprema Corte. Oggetto di siffatte dichiarazioni erano fatti occorsi durante la camera di consiglio celebratasi all'esito di un processo per criminalità organizzata, in particolare asserite interferenze illecite dell'imputato sulla deliberazione della sentenza: secondo la Corte, tali dichiarazioni sarebbero inutilizzabili in quanto contrarie all'articolo 201 comma 1 del codice di procedura penale, in base alla quale «i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti»⁹⁰.

In realtà l'articolo 201 non sancisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in violazione del segreto d'ufficio, ma nonostante ciò le Sezioni Unite hanno ravvisato la presenza di un divieto probatorio proprio in base alla predetta posizione dottrinale⁹¹. Come evidenziato in dottrina⁹², il ragionamento della Corte si basa su un'evidente forzatura, in quanto la Cassazione ha configurato come violazione del segreto d'ufficio una condotta che, contrariamente, si sarebbe dovuta qualificare come giuridicamente doverosa, in quanto l'articolo 361 del codice penale impone ai pubblici ufficiali di procedere alla segnalazione di fatti di reato di cui sono venuti a conoscenza nell'esercizio o a causa delle loro funzioni; inoltre lo stesso articolo 201 c.p.p. prevede una deroga all'obbligo di astensione in tutti i casi in cui i pubblici ufficiali hanno l'obbligo di riferire i fatti in questione all'autorità giudiziaria.

Il paradossale risultato è dunque quello di qualificare una condotta collaborativa e giuridicamente doverosa come autonomamente criminosa, in quanto lesiva, secondo i

90 «Il giudice penale che abbia concorso, in camera di consiglio, alla deliberazione collegiale non può essere richiesto — trattandosi di attività coperta da segreto di ufficio — di deporre come testimone in merito al relativo procedimento di formazione della decisione (e, se richiesto, ha l'obbligo di astenersi), limitatamente alle opinioni e ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, salvo il sindacato del giudice che procede circa l'effettiva pertinenza della domanda formulata alle circostanze coperte da segreto. Ne consegue che la testimonianza eventualmente resa, poiché acquisita in violazione di un divieto stabilito dalla legge, è inutilizzabile», cit.

91 «La corte ritiene che la testimonianza che il soggetto obbligato ad astenersi in ragione dell'esistenza di un segreto di ufficio renda spontaneamente o a seguito di rimozione del segreto senza il rispetto delle scadenze procedurali previste dall'art.201 comma 1 citato, nasce sicuramente invalida, ex art.191 c.p.p., con rilevanza anche di ufficio in ogni stato e grado del processo. Ma è inutilizzabile, ai sensi della stessa norma indicata, anche quella resa da chi parla e depone senza esservi coatto. Su questa ultima ipotesi, si rileva il contrario avviso da parte di un settore della dottrina, che però non può essere condiviso. Si afferma che chi parla essendo obbligato a tacere commette un reato ma la testimonianza vale: lo stesso atto cadrebbe sotto due valutazioni normative, penalistica e processuale, sicché, essendo indipendenti le relative norme, l'atto costituirebbe prova valida, sebbene delittuosa. Va invece ritenuto che il precetto normativo di cui all'art.201 è modellato nella forma di uno specifico divieto e, dunque, attesa la genericità e omnicomprensività della formulazione del comma 1 dell'art.191 c.p.p. (che fa riferimento ai "divieti stabiliti dalla legge", anche, quindi, sostanziale), la prova — anche nell'ipotesi considerata — oltre che illecita è anche invalida», cit.

92 F.Peroni, *Prova illegittima e prova illecita*, p.922 ss.

giudici di legittimità, della disciplina posta a tutela del segreto d'ufficio, sulla base del disposto dell'articolo 326 del codice penale. Sposando la tesi dottrinale che dà alla nozione di "legge" contenuta nell'articolo 191 c.p.p. un'interpretazione estensiva, la Cassazione arriva dunque a qualificare le dichiarazioni rese dai testimoni come prove illecite, e dunque inutilizzabili.

8.1. (segue) Prove illecite: la riforma del 2006 in tema di intercettazioni illegali.

In campo legislativo, la materia della prova illecita è stata oggetto, quasi un ventennio fa, di una riforma che ha creato non pochi problemi a livello teorico e interpretativo⁹³: trattasi del decreto legge 22 settembre 2006 n.259, convertito nella legge 20 novembre 2006 n.281, recante «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche», e approvato dopo uno scandalo giudiziario relativo a casi di spionaggio telefonico e dossieraggio abusivi che avevano visto coinvolta una società di telecomunicazioni⁹⁴.

Il testo originario del decreto-legge prevedeva l'aggiunta di due ulteriori commi all'articolo 240 del codice di rito, all'epoca disciplinante esclusivamente i documenti anonimi, e la riformulazione della rubrica della medesima norma («Documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali»).

In particolare la nuova disciplina avrebbe previsto una forma di "inutilizzabilità rafforzata" dall'immediata distruzione, da parte dell'autorità giudiziaria, «[...]dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi al traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti», così come per «[...]i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni».

Lo scopo della riforma era quello di dare ampia tutela alla riservatezza sotto due punti di vista: in primo luogo come diritto in negativo alla non ingerenza di soggetti terzi nella propria sfera intima e privata, tutelato dall'inutilizzabilità processuale delle informazioni; in secondo luogo come «libertà di autodeterminazione informativa», la quale consiste nel diritto di impedire che notizie afferenti alla propria vita privata siano

93 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.94 ss; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.109.

94 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.94.

diffuse contro la propria volontà e alla cui tutela era preordinata la distruzione dei dati raccolti⁹⁵.

Nonostante questi obiettivi di tutela fossero largamente condivisi a livello dottrinale, il decreto-legge fu oggetto di aspre critiche per svariate ragioni, a cominciare dalle formule lessicali utilizzate: il testo fa infatti riferimento a dati «illegalmente» formati, acquisiti o raccolti, facendo sorgere il problema di cosa debba intendersi con il termine "illegale", trattandosi di un concetto del tutto inedito nel codice di procedura penale. Ulteriori problematiche erano rappresentate da possibili difficoltà di coordinamento della disciplina in questione con quella contenuta nell'articolo 271 del codice di rito, inerente alle intercettazioni compiute illegittimamente dall'autorità giudiziaria⁹⁶, e dal fatto che la distruzione dei dati raccolti dovesse essere risposta dall'autorità giudiziaria, espressione che ricomprende tanto il giudice quanto il pubblico ministero. Secondo larga parte della dottrina era inaccettabile riconoscere questo potere all'accusa: il rischio sarebbe stato quello di una grave compressione del diritto di difesa, considerando che la distruzione sarebbe dovuta avvenire «immediatamente» e senza un previo contraddittorio⁹⁷.

L'aspetto più duramente criticato fu però la scelta di non prevedere alcuna eccezione per il corpo del reato: il decreto-legge imponeva infatti l'inutilizzabilità anche per fini investigativi ed escludeva che il contenuto dei documenti o degli altri materiali potesse costituire *notitia criminis*. Questa scelta appariva del tutto incoerente con il sistema predisposto dal codice di procedura penale, nel quale viene sempre fatto salvo il corpo del reato: è il caso dell'articolo 253, secondo il quale l'autorità giudiziaria dispone il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti ad esso, dell'articolo 271 comma 3, che prescrive la necessaria distruzione della documentazione delle intercettazioni illegittime «[...]salvo che costituisca corpo del reato», e dello stesso articolo 240 comma 1 relativo ai documenti anonimi, i quali non possono essere utilizzati «[...]salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato».

Inoltre siffatta previsione aveva ingenerato, da più parti, sospetti di incostituzionalità: parte della dottrina la riteneva infatti lesiva del diritto di difesa della persona indagata o imputata⁹⁸, nonché contrastante con l'articolo 112 della Costituzione secondo cui «il

95 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.96.

96 G.Lo Forte, *Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa*, in AA.VV, *Criminalia – Annuario di Scienze Penali*, Edizioni ETS, 2006, pp.369-370.

97 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.98.

98 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.100.

pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale» e dovrebbe pertanto poter utilizzare tutte le informazioni idonee a giustificare un'iniziativa penale.

Vi è anche da considerare l'eventualità che attraverso l'intercettazione illegale si potesse dare prova dell'innocenza dell'imputato⁹⁹: secondo un orientamento giurisprudenziale largamente condiviso, le prove colpite da inutilizzabilità patologica possono essere utilizzate in favore dell'imputato, il che sarebbe reso ovviamente impossibile dalla distruzione della documentazione.

Come detto, il decreto-legge è stato convertito nella legge 281/2006, con la quale il legislatore ha cercato di porre rimedio ad alcune delle problematiche emerse ma senza riuscirci in modo pienamente efficace¹⁰⁰. In primo luogo si è deciso di eliminare l'inciso secondo cui il contenuto del materiale raccolto non avrebbe potuto essere utilizzato a fini investigativi e non avrebbe potuto costituire notizia di reato: l'attuale comma 2 dell'articolo 240 afferma infatti genericamente che «[...] il loro contenuto non può essere utilizzato».

Questa modifica non appare risolutiva del problema, sembrando piuttosto un tentativo di sedare le forti critiche sollevate dalla dottrina: a parere di chi scrive, non si spiegherebbe in altro modo la decisione di non adeguare il testo della disposizione quantomeno a quello del comma subito antecedente, nel quale si legge chiaramente che i documenti anonimi non possono essere acquisiti o utilizzati, «salvo che costituiscano corpo del reato». All'interno dello stesso articolo si registra così un'evidente asimmetria, che difficilmente può essere ritenuta frutto di una semplice disattenzione del legislatore. Modifica maggiormente incisiva è quella relativa al potere del pubblico ministero di procedere alla distruzione, in quanto viene escluso che egli possa procedere e disporla autonomamente: nella nuova versione dell'articolo si legge infatti che il pubblico ministero «[...] dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto» del materiale, per poi chiedere al giudice per le indagini preliminari, entro quarantotto ore dall'avvenuta acquisizione degli stessi, di disporre la distruzione. Inoltre prima di procedere alle operazioni di distruzione deve essere attuato il contraddittorio: il giudice, solo dopo aver sentito le parti in udienza, qualora ritenga sussistente l'illegalità dei materiali, ne dispone la distruzione e vi dà esecuzione subito dopo alla presenza del pubblico ministero e dei difensori delle parti.

99 G.Lo Forte, *Intercettazioni di comunicazioni*, p.367 .
100 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.101.

Per quanto riguarda il riferimento al concetto di illegalità, mantenuto in sede di conversione, la dottrina ritiene che il legislatore abbia questo termine come sinonimo di illiceità¹⁰¹: spia di ciò sarebbe il fatto che nel comma 6 dell'articolo 240 il legislatore parla di «avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione *illecita* dei documenti, dei supporti e degli atti di cui al comma 2», riferendosi dunque a tutte le ipotesi già contemplate dalla norma nei commi precedenti. Inoltre, nella Relazione al decreto-legge i due termini vengono utilizzati come sinonimi¹⁰²: nella parte iniziale si legge che il decreto-legge contiene misure finalizzate a rafforzare il contrasto «all'*illegale* detenzione di contenuti e dati relativi ad intercettazioni *illecitamente* effettuate», e successivamente viene affermata l'assimilazione al trattamento già previsto per la documentazione anonima dei risultati «delle intercettazioni *illecitamente* effettuate e dei dati relativi al traffico telefonico *illecitamente* acquisiti».

Sulla base di queste considerazioni si deve ritenere che il legislatore, utilizzando impropriamente il termine "illegale" come sinonimo di "illecito", abbia voluto fare riferimento proprio a una categoria di prove illecite, costituite da atti compiuti in violazione di norme penali sostanziali. Il riformato articolo 240 individua dunque un divieto probatorio di matrice sostanziale, relativo però alle sole norme penali che tutelano la riservatezza e la *privacy* degli individui: l'intervento normativo del 2006 risulta troppo settoriale per incidere davvero sul sistema delle prove illecite e risolvere il contrasto dottrinale in merito alla generale configurabilità o meno di divieti probatori connessi alla violazione di norme penali sostanziali.

Una cosa è certa: il fatto che il legislatore abbia ritenuto necessario un intervento *ad hoc* per disciplinare la materia delle intercettazioni illecite, attraverso un decreto-legge approvato pochissimo tempo dopo la genesi della vicenda, dimostra come nel testo originario del codice non vi fosse alcuna disposizione che sancisse l'inutilizzabilità della prova illecita¹⁰³. Ragionando *a contrario*, si potrebbe affermare la piena utilizzabilità di prove assunte nel rispetto della normativa processuale, ma in violazione di norme penali diverse da quelle tutelanti il diritto alla riservatezza o alla *privacy*: questa soluzione appare tuttavia ai più difficilmente percorribile.

101 L.Filippi, *Intercettazioni: decreto necessario ma da correggere*, in *L'Unione sarda*, 25 settembre 2006, p.1.

102 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.112 nota 277.

103 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.110.

In particolare si contesta la contrarietà di siffatto sistema ai principi del giusto processo e alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini¹⁰⁴. Se da una parte infatti è vero che il fine primario di un processo che aspiri in concreto ad essere giusto sia quello di accertare la verità, non si comprende come a tal fine possa essere ritenuta conforme ai principi del giusto processo la possibilità di assumere in ogni caso mezzi di prova illeciti, tali dunque da ledere potenzialmente diritti inviolabili e costituzionalmente garantiti.

Paradossale e contraddittoria apparirebbe anche l'ammissione da parte del giudice di una prova formata o acquisita con violazione dei diritti fondamentali della persona, a tal punto da rendersi «complice indiretto e strumento finale dell'autore di siffatto illecito (sia esso un organo pubblico o un privato cittadino), sì da contaminarsi (per così dire) in quel medesimo *dirty business*¹⁰⁵».

Alla luce di questi aspetti problematici e in assenza di previsioni normative espresse, una soluzione per uscire dall'*impasse* causata dal bisogno di conciliare l'esigenza di accertare la verità dei fatti con quella di tutelare i diritti fondamentali, escludendo l'utilizzazione di prove illecitamente ottenute, può essere quella di valorizzare i divieti probatori di matrice costituzionale e dunque il concetto di prova incostituzionale.

9. «Divieti stabiliti dalla legge»: prove incostituzionali.

Dopo aver illustrato la tematica delle prove illecite, è dunque il caso di passare all'analisi della spinosa questione della "prova incostituzionale".

Con questa espressione si intende la prova assunta con modalità non disciplinate dal codice di rito e in violazione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti¹⁰⁶, costituente altresì «il vertice della complicazione in materia di inutilizzabilità, poiché mette il sistema probatorio dinanzi ai limiti dovuti alla sua stessa struttura¹⁰⁷».

In campo giurisprudenziale, la prima pronuncia in tema di prove incostituzionali è la già citata sentenza della Corte costituzionale n.34/1973, con la quale è stato sancito il

104 L.P. Comoglio, *Prove illecite, Stato di diritto e garanzie del processo "giusto"*, in *Jus, Vita e Pensiero*, 2019, n.1, p.59 ss.

105 L.P. Comoglio, *Prove illecite*, cit. p.67.

106 La prima definizione di questo concetto si deve a V.Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1973, p.341, citato da P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.104 nota 137.

107 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.150.

principio per cui le attività compiute in violazioni dei diritti fondamentali non possono essere poste a fondamento di atti processuali a carico di chi abbia subito tali attività costituzionalmente illegittime.

In seguito la Corte ha ribadito in altre occasioni questa posizione, anche successivamente all'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988: con esso, come già ripetuto, il legislatore ha introdotto nel nostro sistema la sanzione dell'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite, senza però affrontare la problematica delle prove incostituzionali, le quali restano materia interamente dottrinale e giurisprudenziale.

Così come per le prove illecite, anche in merito alle prove incostituzionali parte della dottrina ne individua il fondamento nell'articolo 191 del codice di rito, dando a tale disposizione un'interpretazione estensiva e ritenendo che con il termine "legge" si debba considerare anche quella di rango costituzionale. Siffatta tesi risulta influenzata dall'orientamento statunitense, dove l'inutilizzabilità degli elementi assunti in violazione dei diritti garantiti dalla Costituzione federale è stata riconosciuta dalla Corte Suprema già a partire dai primi anni del Novecento. Questa soluzione appare del tutto coerente nell'ordinamento nordamericano, dove la Costituzione federale, nel sistema della gerarchia delle fonti, è del tutto equivalente alla legge ordinaria, sicché le norme costituzionali non necessitano di una legge ordinaria di attuazione¹⁰⁸.

Al contrario, come noto, nel sistema italiano la Costituzione è la fonte suprema dell'ordinamento: essa rappresenta una «tavola di valori» che necessita della mediazione legislativa per trovare concreta attuazione, dunque risulta inidonea ad essere una fonte diretta di divieti processuali¹⁰⁹. L'origine del problema relativo alla prova incostituzionale risiede nell'assenza di una fonte legislativa di rango ordinario che dia attuazione ai divieti probatori astrattamente rinvenibili nella Costituzione: vi è uno «iato» difficilmente colmabile tra l'atto acquisitivo non disciplinato dalla legge e la proclamazione a livello costituzionale di un diritto inviolabile¹¹⁰.

Al fine di aggirare il problema e creare un collegamento tra le norme costituzionali e il divieto probatorio di cui all'articolo 191 c.p.p., in dottrina sono state sviluppate ulteriori teorie.

108 In tal senso, C.Conti, *Accertamento del fatto*, p. 153.

109 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.154.

110 A.Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, CEDAM, 1992, cit., p.245.

Una prima tesi afferma che la violazione di un diritto costituzionalmente garantito comporta di per sé l'inutilizzabilità dell'elemento probatorio acquisito, anche in assenza di una fonte legislativa che preveda detta sanzione¹¹¹. In particolare questo orientamento giurisprudenziale pone come assunto la natura *self-executing* delle norme costituzionali¹¹².

Secondo altri invece la prova incostituzionale sarebbe quella che viola uno specifico divieto probatorio riconosciuto, anche implicitamente, dalla Carta costituzionale¹¹³: esempio classico che viene fatto è quello dell'articolo 111 comma 4, secondo cui la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi si sia sempre sottratto al contraddittorio.

Larga parte della dottrina ritiene comunque che l'assenza di una norma legislativa che dia attuazione ai divieti costituzionali impedisca di sanzionare l'atto acquisitivo, il quale pertanto deve essere considerato pienamente utilizzabile¹¹⁴: i precetti costituzionali, per poter agire nel processo penale, devono essere espressamente tradotti in divieti processuali¹¹⁵.

La mancanza di una presa di posizione da parte del legislatore in merito alla questione delle prove incostituzionali ha dunque fatto nascere un acceso dibattito in dottrina, corredato da incertezze ermeneutiche di difficile risoluzione. È evidente che l'articolo 191 del codice di rito non sia una norma idonea a fornire la soluzione a questo spinoso problema: appare infatti preferibile, come parte della dottrina ha opportunamente evidenziato¹¹⁶, prendere in considerazione un'altra norma. Si tratta dell'articolo 189 relativo alle prove atipiche, in base al quale «quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova».

La prova atipica è stata predisposta dal codice di rito come «organo respiratore¹¹⁷», al fine di assicurare un adattamento automatico e continuo del processo penale al

111 V.Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1973, p.341, citato da C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.155 nota 12.

112 G.Allena, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, n.2, p.506 ss.

113 A.Nappi, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, cit., p.193.

114 F.Cordero, *Tre studi*, p.154; Id., *Procedura penale*, p.618; N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, p.214 ss.; A.Nappi, *Guida al nuovo codice*, p.193 relativamente a tutte le ipotesi in cui non è rinvenibile un divieto diretto in Costituzione.

115 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, cit. p.216.

116 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.158 ss; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.104.

117 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.159.

progresso e all'evoluzione scientifica, conferendo dunque all'intero sistema un'ampia elasticità. In ossequio al principio di legalità della prova, l'articolo 189 delinea una rigida disciplina, in quanto la prova atipica (o innominata) deve rispettare alcuni parametri: essa deve essere idonea all'accertamento del fatto, non deve pregiudicare la libertà morale dell'individuo e, da un punto di vista procedurale, il giudice deve sentire le parti prima di procedere alla sua ammissione. Dunque le prove non disciplinate dalla legge possono essere ammesse ed entrare nel processo solo se rispettano le condizioni fissate dall'articolo 189: in caso contrario, esse devono considerarsi vietate¹¹⁸.

Sulla base di queste premesse è possibile affermare che le prove incostituzionali, essendosi formate con modalità non previste dalla legge e dunque trattandosi di prove atipiche, possono fare ingresso nel processo soltanto nei limiti previsti dall'articolo 189. Ne consegue che il fulcro del problema si sposta sulla corretta interpretazione da dare alla norma in questione e ai limiti in essa previsti, in particolare quello della libertà morale dell'individuo¹¹⁹.

Secondo larga parte della dottrina, con "libertà morale" deve intendersi la libertà di autodeterminazione, con la conseguenza che tale libertà risulta violata in tutti i casi in cui l'individuo venga posto nell'impossibilità di agire liberamente mediante violenza fisica, minaccia o inganno¹²⁰. La dottrina ha però puntualmente evidenziato che così inteso il concetto di libertà morale non si presta a ricomprendere la totalità delle libertà costituzionalmente garantite: per esempio, la libertà di domicilio o quella di comunicazione possono essere ristrette ma senza che ciò comporti una lesione della libertà di autodeterminazione, come nel caso di videoregistrazioni di immagini inerenti alla vita privata dell'individuo nell'ambito dei luoghi di privata dimora. Infatti, in un caso siffatto, la libertà di autodeterminazione non viene lesa, poiché la vittima dell'indiscrezione non diventa impossibilitato ad agire spontaneamente¹²¹.

Per questo motivo secondo alcuni esponenti della dottrina, l'articolo 189 non sarebbe idoneo a sbarrare l'ingresso nel processo di prove atipiche (da intendersi come comprensive tanto dei mezzi di prova quanto dei mezzi di ricerca della stessa) lesive di

118 In merito alla disciplina della prova atipica si veda P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.196 ss.

119 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.40 ss.

120 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.163. L'Autrice evidenzia la contiguità spaziale tra l'articolo 188 e l'articolo 189, il primo dei quali parla di «libertà di autodeterminazione»: è possibile pertanto ritenere che la formula «libertà morale» utilizzata dall'articolo 189 racchiuda in sé tutte le ipotesi disciplinate dalla disposizione precedente.

121 F.Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giust.cost.* 2002, n.3, p.2176 ss.

diritti fondamentali tutelati in Costituzione. All'interno di questo orientamento dottrinale, inoltre, vi è anche chi sostiene l'incostituzionalità dell'articolo 189 nella parte in cui consente l'ingresso di prove atipiche lesive dei diritti fondamentali senza regolare i casi e i modi della limitazione stessa¹²². La Costituzione, infatti, nel sancire l'inviolabilità di determinati diritti, stabilisce una riserva assoluta di legge relativamente ai casi e ai modi in cui questi diritti possono subire limitazioni: è il caso degli articoli 13, 14 o 15 che disciplinano rispettivamente la libertà personale, domiciliare e la libertà e segretezza della corrispondenza.

È tuttavia possibile dare all'articolo 189 un'interpretazione differente e adeguatrice rispetto alla normativa costituzionale, sulla base del principio per cui il giudice, di fronte a due possibili interpretazioni di una medesima norma, è tenuto a preferire quella conforme a Costituzione a discapito di quella che risulta con essa incompatibile¹²³. Proprio perché l'articolo 189 non individua i casi e i modi con cui le prove atipiche possono ledere i diritti costituzionali e fare comunque ingresso nel processo, l'interpretazione conforme a Costituzione imporrebbe di ritenere siffatti elementi vietati a prescindere¹²⁴. Si può allora affermare che il legislatore abbia volontariamente omesso di disciplinare le ipotesi in cui le prove incostituzionali possono entrare nel procedimento per escludere in radice la loro utilizzabilità: gli atti probatori lesivi di diritti fondamentali sono vietati in quanto l'articolo 189 è insufficiente ad attuare la riserva di legge prevista dalla Costituzione per la compressione dei diritti inviolabili¹²⁵. Fornendo alla norma *de qua* un'interpretazione adeguatrice, il sistema probatorio risulta «autosufficiente¹²⁶», poiché idoneo a negare validità alle prove incostituzionali senza che sia necessario a tal fine invocare la diretta operatività delle disposizioni costituzionali: l'articolo 189 conterrebbe un implicito divieto probatorio di natura processuale, attraverso il quale possono trovare attuazione i divieti di matrice costituzionale¹²⁷. La disciplina da applicare alle prove incostituzionali emergerebbe così dal combinato disposto degli articoli 189 e 191 del codice di rito: un elemento probatorio assunto in violazione di diritti costituzionalmente garantiti, la cui acquisizione risulta vietata, è in definitiva inutilizzabile, senza che a tal fine sia

122 F.Caprioli, *Riprese visive*, p.2178.

123 R.Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, pp.203-204.

124 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.165 ss; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, pp.105-106.

125 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.164.

126 Circa l'autosufficienza del diritto delle prove, si veda C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.172 ss.

127 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.43; C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit., p.173.

necessario invocare la diretta operatività delle norme costituzionali o estendere il significato del termine "legge" contenuto nell'articolo 191 c.1.

Un'ulteriore precisazione riguarda la natura necessariamente assoluta delle prove incostituzionali. Vien da sé infatti che se una prova, acquisita in violazione di diritti costituzionalmente garantiti, potesse essere utilizzata in un procedimento diverso da quello in cui è sorta la sua illegittimità, subirebbe una "reviviscenza" inconcepibile ed elusiva del divieto di matrice costituzionale¹²⁸.

9.1. (segue) La ricognizione delle prove incostituzionali.

La tesi che fornisce all'articolo 189 un'interpretazione adeguatrice, pur essendo la più convincente per la risoluzione della questione, non esaurisce interamente il problema¹²⁹. Deve essere tenuto presente che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione individuano determinate sfere di interessi, le quali sono soggette a costante evoluzione e ampliamento con il passare del tempo, dovendosi sempre adeguare a quelle che sono le continue trasformazioni dei rapporti sociali. Ciò è reso possibile dalla natura stessa della Carta fondamentale, che contiene norme generali e di principio: all'interno della teoria generale del diritto, il termine "principio" assume un significato peculiare, in quanto sta ad indicare una norma dotata di carattere fondamentale e affetta da una particolare forma di indeterminatezza¹³⁰, la quale può presentarsi sottoforma di antecedente aperto, defettibilità o infine genericità¹³¹.

Proprio l'elevata indeterminatezza delle norme di principio contenute nella Costituzione consente alla fonte suprema dell'ordinamento di aggiornarsi nel tempo e adeguarsi sempre alle esigenze sociali, individuando diritti e interessi suscettibili di lesioni più o meno intense.

Sulla base di queste premesse, risulta chiaro a questo punto che il fulcro del problema non è più stabilire se una prova incostituzionale è utilizzabile, in quanto accogliendo la

128 L.P.Comoglio, *L'inutilizzabilità assoluta delle prove incostituzionali*, in *Riv.it.proc.*, 2011, n.1, p.39.

129 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.44.

130 R.Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p.174.

131 In particolare una norma presenta un antecedente aperto quando non elenca esaustivamente i fatti in presenza dei quali si procedura la corrispondente conseguenza giuridica; è defettibile allorché ammette eccezioni inesprese, dunque non stabilite nella norma stessa o in altre fonti dell'ordinamento, cosicché esse risultino indeterminate; è generica quando necessita della formulazione di altre norme che vi diano attuazione o esecuzione, potenzialmente anche in più modi diversi. R.Guastini, *Interpretare e argomentare*, p.177 ss.

tesi sopra esposta si deve dare a questa domanda risposta negativa, bensì determinare se una prova è incostituzionale (e pertanto inutilizzabile)¹³². Siffatta valutazione appare del tutto analoga a quella relativa alla ricognizione dei divieti probatori: il giudice, per verificare se una prova è lesiva di un diritto fondamentale, deve stabilire la natura e il rango dell'interesse violato, nonché l'intensità stessa della lesione¹³³.

La casistica giurisprudenziale è assai ricca e caratterizzata da atteggiamenti non sempre coerenti e lineari tra loro, poiché molto spesso la soluzione al caso concreto è dipesa dalle caratteristiche della fattispecie concreta o dagli orientamenti giurisprudenziali sviluppatisi in determinati momenti e contesti storici. Vi sono nello specifico cinque macro-aree in cui tanto la giurisprudenza quanto la dottrina si sono confrontate in relazione alla sospetta incostituzionalità di attività investigative poste in essere dagli organi inquirenti: si tratta dell'acquisizione di dati relativi al traffico telefonico o telematico, degli accertamenti personali coattivi, delle video-riprese, delle intercettazioni ambientali e infine del pedinamento mediante sistema satellitare *global positioning system* (g.p.s.)¹³⁴.

9.2. *L'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico o telematico.*

Volendo passare in rapida rassegna gli apporti dottrinali e giurisprudenziali in materia di ricognizione delle prove incostituzionali, pare utile iniziare dalla tematica dell'acquisizione di dati relativi al traffico telefonico o telematico, istituto che costituisce il "prototipo" di prova incostituzionale¹³⁵.

Agli inizi degli anni Novanta la Corte costituzionale era stata chiamata a risolvere la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla disciplina delle intercettazioni, ovvero gli articoli 266 e seguenti del codice di procedura penale. In particolare i giudici rimettenti ne ritenevano l'incostituzionalità nella parte in cui limitava la propria applicazione alle sole operazioni di intercettazioni del contenuto delle conversazioni, non prevedendo contestualmente la propria estensibilità anche all'acquisizione dei tabulati riportanti i dati del traffico telefonico tra due utenze.

132 In questo senso, P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p.106.

133 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.106.

134 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, pp.45 ss; C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.175 ss.

135 C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit. p.175.

Con la sentenza 26 febbraio 1993, n.81¹³⁶, la Corte costituzionale ha affermato che «in forza dell'art.15 Cost. va riconosciuto il diritto di mantenere segreti tanto i dati che possano portare all'identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo ed al luogo dell'intercorsa comunicazione», riconoscendo dunque che nella tutela prevista dall'articolo 15 della Costituzione deve essere ricompreso anche il diritto a mantenere riservato che una determinata persona abbia comunicato con un'altra¹³⁷.

In ossequio al principio in base al quale non possono essere ammesse prove acquisite in violazione di diritti costituzionalmente garantiti, era necessario circondare l'atto di apposite cautele. La Corte tuttavia riteneva eccessiva l'applicazione della disciplina in materia di intercettazioni, considerata la minor invasività della mera acquisizione dei tabulati rispetto all'intercettazione del contenuto di una conversazione¹³⁸: si era dunque di fronte ad una lacuna codicistica che di fatto avrebbe reso sempre inutilizzabili le acquisizioni dei tabulati telefonici effettuati in violazione delle garanzie previste dall'articolo 15 della Costituzione.

Per evitare siffatta conclusione, e pur ritenendo configurata un'ipotesi di "prova incostituzionale", la Corte individuò nell'articolo 256 del codice di rito, relativo al sequestro di documenti coperti da segreto professionale o d'ufficio, uno strumento idoneo per colmare la lacuna. La norma in questione, ad avviso della Corte, conteneva una disciplina applicabile anche all'ente gestore del servizio pubblico di telefonia: conseguentemente, poteva rappresentare una base positiva a cui ancorare la tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni¹³⁹.

La posizione della Corte costituzionale fu ribadita nella sentenza 7 luglio 1998, n.281¹⁴⁰, nella quale i giudici riconobbero che l'articolo 256 fosse un rimedio meramente provvisorio, applicabile nell'attesa che il legislatore intervenisse a riguardo. Anche le

136 C.cost., sent., 26 febbraio 1993, n.81, in *cortecostituzionale.it*. Per un commento, si vedano A.Camon, *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi "cellulari", acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, p.3721; S.Di Filippi, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, I, 117; D.Potetti, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 Cost.*, in *Cass.pen.*, 1993, p.2746.

137 F.Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 2011, p.85.

138 Nella sentenza in esame la Corte affermò che la disciplina delle intercettazioni, prevista «[...] per far fronte alla formidabile capacità intrusiva posseduta dai mezzi tecnici usualmente adoperati per l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche» non è estensibile «[...] ad aspetti diversi da quelli attinenti al contenuto delle comunicazioni tra privati».

139 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.46; C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.177.

140 C.cost., sent., 7 luglio 1998, n.281, in *cortecostituzionale.it*.

Sezioni Unite intervennero sulla questione¹⁴¹, ritenendo che da un punto di vista teorico le acquisizioni di tabulati, in quanto prove incostituzionali lesive dell'articolo 15 della Costituzione, avrebbero dovuto essere colpite dalla sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'articolo 191 del codice di procedura penale, ma giungendo poi alla medesima conclusione della Consulta e ritenendo così applicabile, seppur provvisoriamente, la disciplina contenuta nell'articolo 256.

Dal canto suo, parte della dottrina aveva avanzato l'ipotesi di colmare la lacuna applicando *in toto* la disciplina delle intercettazioni mediante un ragionamento basato sull'analogia *in bonam partem*¹⁴²: poiché l'acquisizione di tabulati telefonici difetta della forte capacità intrusiva di cui sono dotate le intercettazioni, e poiché per l'utilizzazione di queste ultime sono previste apposite garanzie al fine di tutelare i diritti fondamentali della persona, tale orientamento dottrinale ritiene corretto colmare la lacuna mediante applicazione analogica, assicurando le garanzie previste in tema di intercettazioni anche nel caso di mera acquisizione di tabulati. Altra parte della dottrina ha però criticato questa ricostruzione, evidenziando come l'analogia in questione sia in realtà *in malam partem*, poiché la reale alternativa sarebbe tra il ritenere l'acquisizione del dato probatorio vietata nel silenzio della legge, oppure ritenere che essa sia consentita, e dunque utilizzabile contro il reo, applicando la disciplina prevista per un atto diverso¹⁴³. Le difficoltà interpretative che hanno dovuto affrontare dottrina e giurisprudenza sono state in parte risolte dal legislatore con l'approvazione del codice della *privacy*¹⁴⁴, con cui è stata introdotta un'apposita disciplina in merito. Nonostante la lunga gestazione, molti risultano i profili ancora critici¹⁴⁵.

9.3. Accertamenti personali coattivi.

Anche in merito agli accertamenti personali coattivi era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in particolare con riferimento all'articolo 224 comma 2 del codice di procedura penale, nella parte in cui consentiva al giudice per le indagini

141 Cass., Sez.Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass.pen.*, 2000, p.2595 ss.

142 F.Ruggieri, *Divieti probatori*, pp.90-91.

143 C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp.179-180.

144 Introdotto con il d.lgs. 196/2003, modificato dal d.l. 144/2005 e convertito nella l.155/2005, la quale è stata oggetto di diverse modifiche nel corso degli ultimi anni.

145 A.Camon, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, n.2, p.594 ss.

preliminari di disporre coattivamente, in sede di incidente probatorio, il prelievo ematico nei confronti dell'indagato o di terzi, senza disciplinarne i casi e in modi.

Con la sentenza 27 giugno 1996, n.238¹⁴⁶, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, in quanto palesemente lesiva dell'articolo 13 della Costituzione. In questa pronuncia la Consulta ha adottato un approccio diverso rispetto a quello utilizzato nella sentenza 81/1993 in relazione alla tematica delle prove incostituzionali: nella decisione in esame, infatti, la Corte ha accolto l'orientamento per il quale gli atti lesivi dei diritti fondamentali, in assenza di una norma che disciplini i casi e i modi di tale limitazione, sono consentiti e dunque utilizzabili.

Per questo motivo i giudici costituzionali hanno ritenuto necessaria una declaratoria di incostituzionalità della norma (anziché una sentenza interpretativa di rigetto, come nel caso della sentenza 81/1993), al fine di impedire lo svolgimento di accertamenti personali coattivi nelle ipotesi considerate: alla base di questa scelta vi è un bilanciamento effettuato dai giudici tra l'esigenza di tutela della libertà personale dell'individuo e quella dell'accertamento dei fatti, ad esito del quale è stata data prevalenza al diritto costituzionalmente garantito.

Con la legge 31 luglio 2005, n.155, con cui è stato convertito il decreto legge 27 luglio 2005, n.144, il legislatore è intervenuto sulla questione introducendo una serie di garanzie per lo svolgimento degli accertamenti personali coattivi improntate al rispetto della dignità umana: tuttavia, considerata la delicatezza e l'invasività di siffatte operazioni, la disciplina introdotta dal legislatore presenta alcuni profili problematici che sono stati oggetto di critiche da parte della dottrina¹⁴⁷.

9.4. *Le video-riprese.*

Un altro settore in relazione al quale si sono succedute interessanti decisioni giurisprudenziali in merito alla tematica delle prove incostituzionali è quello delle video-riprese. In particolare, la prima fondamentale pronuncia in materia è la sentenza 11 aprile 2002, n.135¹⁴⁸, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto l'astratta ammissibilità delle video-riprese effettuate in luogo di privata dimora, seppur con le

146 C.cost., sent., 27 giugno 1996, n.238, in *cortecostituzionale.it*.

147 C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, p.194 ss.

148 C.cost., sent., 11 aprile 2002, n.135, in *cortecostituzionale.it*.

cautele necessarie a garantire il rispetto della libertà di domicilio, di cui all'articolo 14 della Costituzione. In tale pronuncia la Consulta fece una fondamentale distinzione tra atti o comportamenti comunicativi e non comunicativi, precisando che le riprese di atti comunicativi avrebbero dovuto essere assimilate alle intercettazioni e pertanto ad esse era applicabile la relativa disciplina¹⁴⁹. Al contrario, le riprese di atti non comunicativi, comportando una lesione della libertà di domicilio, e non essendo rinvenibile una disciplina relativa ai casi e ai modi di tale limitazione, avrebbero dovuto essere considerate vietate e pertanto inutilizzabili: in realtà, la Consulta non rendeva esplicita questa conclusione, ma la lasciava intendere all'esito del proprio ragionamento logico-motivazionale¹⁵⁰.

Successivamente le Sezioni Unite, con sentenza del 28 marzo 2006¹⁵¹, relativa a riprese effettuate all'interno di un privé di una discoteca nel corso di indagini sul reato di sfruttamento della prostituzione, fecero un'ulteriore distinzione in base al luogo di captazione delle immagini. Nello specifico, la Corte ha affiancato una terza categoria di luoghi alla già tradizionale bipartizione tra luoghi pubblici e luoghi di privata dimora¹⁵²: i luoghi "riservati", diversi dal domicilio.

In particolare i luoghi domiciliari, o di privata dimora, sono quelli in cui il titolare possiede uno *ius excludendi alios* che risulta stabile anche nei casi in cui tale soggetto non sia presente nell'abitazione. Detti luoghi sono tutelati dall'articolo 14 della Costituzione e pertanto, in mancanza di una disciplina legislativa relativa ai casi e ai modi, le video riprese in questi luoghi risultano vietate e sanzionate a pena di inutilizzabilità ai sensi dell'articolo 191. Al contrario, i luoghi pubblici sono quelli nel cui ambito non è configurabile alcuna aspettativa di riservatezza, relativamente alle immagini: ne consegue che le video-riprese possono essere utilizzate ed effettuate dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa.

Ponendosi in una posizione intermedia, i luoghi riservati si caratterizzano per l'instabilità dello *ius excludendi alios*, il quale sussiste solo quando il titolare è presente

149 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.49; C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.204; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.474.

150 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.49.

151 Cass., Sez.Un., sent., 28 marzo 2006, n.26795, in *Dir.pen.proc.*, 2006, n.11, p.1347 ss, con nota di C.Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*.

152 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.208 ss.; Ead., *Le video-riprese*, p.1354 ss; M.L.Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass.pen.* 2006, n.12, p.3950; F.Ruggieri, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, in *Cass.pen.* 2006, n.12, p.3945 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.474.

sul luogo, come nel caso dei bagni dei locali pubblici. Tali luoghi non rientrano nel concetto di domicilio, dunque non rientrano nella sfera di tutela di cui all'articolo 14 della Costituzione, ma possono essere ricondotti nella tutela predisposta dall'articolo 2: in questi luoghi gli individui hanno un'aspettativa di riservatezza maggiore rispetto ai luoghi pubblici, con la conseguenza che la limitazione di essa è possibile anche in assenza di una normativa espressa, purché venga attuata sulla base di un provvedimento adeguatamente motivato dell'autorità giudiziaria. Se queste condizioni sono rispettate, le video-riprese effettuate in siffatti luoghi possono essere utilizzate come prove atipiche¹⁵³.

Ulteriore passo in avanti è stato fatto dalla giurisprudenza con la sentenza della Corte costituzionale 7 maggio 2008¹⁵⁴, con la quale la Consulta ha specificato che, relativamente alle video-riprese nei luoghi di privata dimora, per poter rendere operativa la tutela predisposta dall'articolo 14 della Costituzione è necessario che il comportamento tenuto sia in concreto riservato: con questa espressione si intende una condotta che non possa essere osservata da soggetti estranei senza ricorrere a particolari accorgimenti o strumenti captativi. Di conseguenza, se il comportamento registrato tenuto in un luogo di privata dimora non è concretamente riservato, esso sarà assoggettato al medesimo regime previsto per le video-riprese effettuate in luoghi pubblici, dunque sarà utilizzabile come prova atipica¹⁵⁵.

Da questo susseguirsi di pronunce giurisprudenziali sul punto emerge il tentativo, posto in essere tanto dai giudici costituzionali quanto dai giudici di legittimità, di sopperire all'insostenibile silenzio del legislatore in materia, finendo tuttavia, come hanno evidenziato alcuni esponenti della dottrina¹⁵⁶, a compiere scelte che di fatto sono rimesse alla discrezionalità del legislatore. Ne consegue pertanto che una materia così delicata come quella delle video-riprese e del loro possibile utilizzo in sede processuale richiede un intervento legislativo che ancora oggi tarda ad arrivare.

153 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.475.

154 C.cost., sent., 7 maggio 2008, n.149, in *cortecostituzionale.it*.

155 F.Caprioli, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur.cost.*, 2008, n.3, p.1832; E.Lamarque, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza di ammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, in *Giur.cost.*, 2008, n.2, p.1844.

156 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.477.

9.5. *Le intercettazioni ambientali.*

Contrariamente alle ipotesi precedenti, le intercettazioni ambientali sono un mezzo di ricerca della prova tipizzato, dunque disciplinato dal codice di procedura penale. L'articolo 266 comma 2 consente infatti l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, con la specificazione che nel caso di luoghi di privata dimora si può procedere a siffatte attività investigative solo qualora vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si sta svolgendo l'attività criminosa.

Apparentemente non problematica, questa disciplina può far sorgere dubbi di costituzionalità in quanto essa nulla dice circa le concrete modalità di esecuzione delle intercettazioni: sorgerebbe nuovamente un contrasto sia con l'articolo 13 della Costituzione sia con l'articolo 14, in quanto spesso le Autorità inquirenti, al fine di intercettare comunicazioni tra due o più soggetti, accedono fisicamente in luoghi privati per collocarvi gli strumenti necessari, realizzando dunque accessi di fatto "abusivi" che inevitabilmente comprimono la libertà domiciliare dell'individuo¹⁵⁷.

La questione è stata sottoposta più di una volta alla Corte costituzionale ma la Consulta in tutti i casi ne ha dichiarato la manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza, non risolvendo pertanto il problema. Nell'ordinanza 11 luglio 2000, n. 384¹⁵⁸, i giudici costituzionali, riconoscendo pur tuttavia la lacunosità della disciplina in questione, delinearono una *summa divisio* tra intercettazioni ambientali effettuate mediante apparecchiatura esterna, tale cioè da riuscire a captare dialoghi superando barriere fisse e restando al di fuori del domicilio, e intercettazioni effettuate con apparecchi preventivamente collocati all'interno dei luoghi di privata dimora da parte degli inquirenti. Relativamente alla prima tipologia, non vi sarebbe alcuna violazione di domicilio, pertanto tali intercettazioni sarebbero pienamente autorizzate dall'articolo 266 comma 2 senza la necessità di una disciplina relativa alle modalità di esecuzione delle stesse.

Al contrario, le intercettazioni realizzate mediante apparecchiatura collocata all'interno del domicilio risulterebbero plurioffensive, in quanto lesive tanto della libertà e della segretezza di comunicazioni quanto della libertà domiciliare: sia l'articolo 14 che l'articolo 15 della Costituzione individuano una precisa riserva di legge per la

157 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.231.

158 C.cost., ord., 11 luglio 2000, n.384, in *cortecostituzionale.it*.

compressione di questi due diritti fondamentali, e la disciplina codicistica risulta del tutto inadeguata a darvi attuazione¹⁵⁹.

In dottrina vi è tuttavia chi sostiene che l'atto motivato con cui l'autorità giudiziaria autorizza l'esecuzione dell'intercettazione sia di per sé idoneo a legittimare il comportamento degli organi inquirenti, garantendo pertanto l'utilizzabilità dei risultati probatori così acquisiti anche in presenza di un'intrusione nell'altrui domicilio¹⁶⁰. Tuttavia, «autorizzare ad intercettare non equivale a consentire l'ingresso nel domicilio¹⁶¹»: del tutto condivisibile appare dunque l'orientamento dottrinale secondo cui l'articolo 266 comma 2 del codice di rito deve essere considerato applicabile soltanto alle intercettazioni ambientali realizzate con l'ausilio di apparecchiature esterne, senza la violazione dell'altrui domicilio¹⁶².

9.6. *Il pedinamento tramite sistema GPS.*

Ulteriore strumento di indagine sulla cui costituzionalità si sono interrogate dottrina e giurisprudenza è il pedinamento mediante sistema satellitare *global positioning system* (GPS). Si tratta di un'attività investigativa estremamente invasiva, che va oltre ai tradizionali metodi di pedinamento: grazie a un terminale inserito nell'automobile, sulla persona o su un oggetto che si trova nella disponibilità di quest'ultima, è possibile seguirne gli spostamenti attraverso un sistema di rilevamento satellitare. Trattandosi di una prova atipica, il vaglio di ammissibilità di siffatte attività è costituito dai parametri indicati dall'articolo 189 del codice di rito, tra cui rientra il rispetto della libertà morale dell'individuo, intesa come libertà di autodeterminazione. Si deve ritenere che non vi sia alcuna lesione di tale libertà, poiché il soggetto pedinato è ignaro del fatto di essere seguito e controllato: come ha messo in luce la dottrina¹⁶³, questa attività investigativa si basa sul fattore sorpresa, non influenzando in alcun modo il comportamento dell'individuo.

159 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.233.

160 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, p.217.

161 L.Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997, cit., p.58.

162 C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, p.236; L.Filippi, *L'intercettazione*, p.57 ss; F.Ruggieri, *Divieti probatori*, p.83.

163 A.Laronga, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in *Cass.pen.*, 2002, n.10, p.3049 ss.

In seconda battuta occorre determinare se le modalità esecutive del pedinamento possano ledere altri diritti costituzionalmente tutelati: se così fosse, infatti, l'assenza di una disciplina legislativa inerente ai casi e ai modi delle operazioni che dia attuazione alla riserva di legge prevista dalla Costituzione, renderebbe le operazioni stesse vietate e gli elementi così acquisiti inutilizzabili.

In particolare potrebbero porsi problemi di costituzionalità con riferimento agli articoli 13 e 16 della Carta fondamentale, relativi rispettivamente alla libertà personale e alla libertà di circolazione. In relazione a quest'ultima, la dottrina ha prospettato l'esistenza di un diritto a muoversi liberamente senza essere "spiati" mediante apparecchiature meccaniche, tali da eludere le normali cautele umane¹⁶⁴: una tale attività investigativa è sicuramente molto più invasiva rispetto a un normale pedinamento effettuato da un agente di polizia, il quale per esempio non può spingersi oltre i confini di una proprietà privata. L'apparecchiatura in questione, al contrario, permetterebbe di localizzare il soggetto anche all'interno di una privata dimora, con la conseguenza che potrebbero porsi problemi di coordinamento anche con il rispetto dell'inviolabilità del domicilio.

Ulteriore problematica è rappresentata dalla mancanza di un qualsivoglia decreto autorizzativo emesso dall'autorità giudiziaria per la collocazione dell'apparecchiatura, il che contribuisce ad aggravare la lesione della sfera intima dell'individuo¹⁶⁵. Emblematica in proposito è una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nel caso *Uzun c. Germania* del 2010¹⁶⁶ ha ritenuto il pedinamento satellitare un atto lesivo dell'articolo 8 della CEDU¹⁶⁷, arrivando poi ad affermare che la legge nazionale deve garantire un'adeguata tutela contro le interferenze arbitrarie nella vita privata degli individui, indicando natura, scopo, durata massima della misura e motivi per cui essa può essere adottata, nonché individuare l'autorità competente ad autorizzare, condurre e supervisionare l'attività investigativa¹⁶⁸.

164 C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, p.240. Si veda anche A.Camon, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, n.2, p.633, secondo cui esiste un vero e proprio «diritto a non essere localizzati».

165 C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit. p.241.

166 C.Edu, Sez.V., 2 settembre 2010, n.22978/05, consultabile in *echr.coe.int*.

167 Così recita la disposizione normativa: «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».

168 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.468.

Alla luce di tutto ciò, il silenzio del legislatore nazionale sul punto risulta insostenibile e assai problematico: auspicabile è pertanto una regolamentazione legislativa espressa che assoggetti perlomeno l'espletamento di questo mezzo di indagine a un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria.

10. Utilizzabilità a favore dell'imputato.

Infine, in dottrina ci si è anche domandati se i divieti probatori operino incondizionatamente o se sia possibile ravvisare una deroga nel caso in cui la prova possa essere utilizzata in favore dell'imputato. Di fronte al giudice si presenterebbe un dilemma, quello di scegliere tra due soluzioni di fatto contraddittorie: rispettare il sistema dei divieti probatori, pensato dal legislatore al fine di tutelare diritti inviolabili tra cui quello di difesa, oppure procedere all'acquisizione di una prova vietata ma capace di scagionare l'imputato.

L'orientamento largamente dominante ritiene che le prove viziate possano comunque essere utilizzate a favore dell'imputato, con la precisazione che esse non debbano essere state assunte in violazione di divieti posti a tutela dell'attendibilità del risultato probatorio¹⁶⁹. D'altronde la soluzione a questo dilemma risulta immediata se si tengono a mente i principi cardine del nostro ordinamento e del processo penale: principi quali la presunzione d'innocenza, la repressione dei colpevoli, e non di persone innocenti, nonché il valore rieducativo della pena, che necessariamente presuppone la colpevolezza del soggetto condannato, impongono di derogare alle leggi del processo tutte le volte in cui l'applicazione delle stesse potrebbe portare a una condanna ingiusta¹⁷⁰. Secondo un'espressione largamente usata in materia, «l'accertamento dell'innocenza dell'imputato è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli della procedura¹⁷¹».

In proposito è stato anche sostenuto che qualora una prova illegittima provi al tempo stesso l'innocenza dell'imputato e la colpevolezza di un'altra persona, essa deve essere utilizzata in entrambe le direzioni: il giudice cioè non potrebbe farne un uso parziale, procedendo all'acquisizione per scagionare l'imputato ma escludendola nei confronti del

169 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.111.

170 L.Filippi, *L'intercettazione*, cit. p.241.

171 F.Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, cit. p.171.

secondo soggetto¹⁷². Tuttavia questa ipotesi non è percorribile, essendo l'utilizzazione *in damno* vietata dalla legge mentre quella *in utilibus* consentita.

In sintesi, la condanna di un innocente è un'eventualità ritenuta e percepita come più grave e insostenibile rispetto all'assoluzione di un colpevole: sulla base di questo assunto, in alcune circostanze il giudice può porre in essere una «felice disubbedienza¹⁷³» per pervenire al risultato più conforme a giustizia.

172 A.Melchionda, *Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*, in *Riv.pen.*, 1977, p.133, citato da L.Filippi, *L'intercettazione*, p.242 nota 146.

173 F.Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, cit. p.144.

CAPITOLO II

L'inutilizzabilità derivata: *male captum bene retentum* e i frutti dell'albero avvelenato

SOMMARIO: 1. La definizione di inutilizzabilità derivata. – 2. Il rapporto di dipendenza alla base dell'inutilizzabilità derivata: atti probatori a compimento libero e atti probatori a compimento vincolato. – 3. Rapporto tra prova inutilizzabile e provvedimenti decisori. – 4. Il principio di non sostituibilità. La sentenza Torcasio. – 4.1. (*segue*) Ipotesi codificate di non sostituibilità. – 4.2. Inutilizzabilità derivata e principio di non sostituibilità. – 5 L'ordinamento italiano e l'inutilizzabilità derivata: il rapporto tra perquisizione e sequestro. La teoria del *male captum bene retentum*. – 6. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato: l'effetto "domino". – 7. Le teorie intermedie in tema di inutilizzabilità derivata. – 8. L'inutilizzabilità della prova nell'ordinamento statunitense: dal principio di acquisizione della prova al sistema delle *exclusionary rules*. – 8.1. (*segue*) Le *exclusionary rules*: il IV Emendamento e l'elaborazione della Corte Suprema. – 8.2. Il caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*: il riconoscimento dell'inutilizzabilità derivata come garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo. – 8.3. I limiti all'operatività dell'inutilizzabilità derivata nell'ordinamento statunitense: *independent source, attenuated connection, inevitable discovery, good faith exception*.

1. La definizione di inutilizzabilità derivata.

Dopo aver tracciato le caratteristiche essenziali dell'istituto dell'inutilizzabilità, è possibile spostare l'attenzione sull'oggetto del presente lavoro: la delicata questione dell'inutilizzabilità derivata.

Come si è cercato di evidenziare nel precedente capitolo, l'introduzione della figura dell'inutilizzabilità come sanzione processuale per le prove illegittimamente acquisite ha fatto sorgere diversi dubbi interpretativi, i quali non sono sempre stati affrontati dal legislatore. Nell'ambito di queste difficoltà ermeneutiche, la questione più controversa riguarda le sorti di prove il cui reperimento è stato propiziato da fonti colpite da inutilizzabilità: nel silenzio del legislatore, la domanda che si è posta la dottrina è, in particolare, se tale vizio possa estendersi dalla prova "originaria" alle prove da essa dipendenti. L'esempio classico ed emblematico è quello relativo al rapporto tra perquisizione illegittima e conseguente sequestro, ipotesi che è da sempre al centro dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, ma si pensi anche al caso di

un interrogatorio viziato o di un'intercettazione illegittima da cui vengano tratte informazioni successivamente impiegate per disporre un pedinamento o altra attività investigativa.

La questione è molto delicata, poiché vengono in gioco due interessi tra loro confliggenti che governano l'intera disciplina delle prove: da un lato la tutela dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti, dall'altro la necessità di garantire una giustizia efficiente, preservando prove potenzialmente determinanti¹.

Nel silenzio del legislatore, per dare risposta a siffatto quesito, la dottrina ha fatto ricorso alla categoria dell'inutilizzabilità derivata: secondo i fautori di questo istituto, essa sarebbe qualificabile come una particolare sanzione che esprime la particolare relazione tra due prove, di cui una viziata e l'altra astrattamente legittima, poste tra di loro in un rapporto di connessione causale. Il legame che le unisce, avente rilevanza giuridica, è per così dire "genetico", in quanto la prova successivamente acquisita può esistere solo in virtù della prima².

L'illegittimità trasmigrerebbe così da una all'altra, rendendo inutilizzabile anche la prova non viziata: ne consegue che l'inutilizzabilità derivata non è una forma autonoma di invalidità³, bensì è un mero effetto del vizio che affligge un atto.

2. Il rapporto di dipendenza alla base dell'inutilizzabilità derivata: atti probatori a compimento libero e atti probatori a compimento vincolato.

Delineati così i confini dell'istituto, occorre determinare quando si è in presenza di un legame causale, giuridicamente rilevante, tra due prove: solo siffatto rapporto farebbe scattare il meccanismo dell'inutilizzabilità derivata, contrariamente ad uno meramente logico-naturalistico.

A tal fine, un primo orientamento distingueva tra le cosiddette «prove gratuite» e prove il cui esperimento richiede una giustificazione⁴, individuando solo in quest'ultimo caso delle ipotesi di connessione causale e giuridica tra due prove.

Il criterio in questione appare tuttavia eccessivamente astratto, in quanto, come ha

1 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.68; A. Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir.pen.cont.*, 2013, n.4, p.112; C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir.pen.proc.*, 2010, n.7, p.796.

2 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit. p.69.

3 G. Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Giuffrè, 1972, p.79.

4 M. Nobili, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust.pen.*, 1991, p.644.

opportunamente evidenziato parte della dottrina, nel nostro sistema quasi tutte le prove sono "gratuite", poiché chi svolge un atto d'indagine o chiede l'ammissione di una prova non deve giustificarne il motivo: nella maggior parte dei casi, l'impiego di un'informazione ottenuta attraverso una prova inutilizzabile al fine di acquisirne un'altra non viene formalizzato⁵.

Pare preferibile accogliere un diverso orientamento dottrinale, il quale si basa sulla bipartizione tra atti probatori a compimento libero e atti probatori a compimento vincolato⁶.

Nella prima categoria rientrano tutti quegli atti per i quali la legge non richiede alcun presupposto necessario o una giustificazione circa le ragioni del loro esperimento. Si pensi al caso in cui durante un interrogatorio illegittimo la persona indagata fornisca i nomi di persone informate sui fatti, le quali vengano successivamente sentite dalla polizia giudiziaria. Tale audizione non risente dell'illegittimità del precedente interrogatorio, in quanto nessuna disposizione di legge relativa all'audizione prevede una giustificazione fondata su elementi probatori precedentemente raccolti⁷. Si ritiene in tal caso che l'interrogatorio dell'indagato abbia semplicemente occasionato la successiva attività investigativa ma senza costituire la condizione giuridica⁸.

Ulteriore esempio è rappresentato da un accertamento tecnico non ripetibile disposto su un bene illegittimamente sottratto: secondo la dottrina, in siffatti casi l'atto precedente (dunque quello viziato) sarebbe oggetto di un «uso orientativo⁹», e non processuale, con la conseguenza che l'illegittima acquisizione del reperto deve essere qualificata come mera premessa storica e non come *condicio sine qua non* del successivo atto probatorio¹⁰. In relazione agli atti a compimento libero, dunque, il problema dell'inutilizzabilità derivata non si pone poiché tali prove non sono idonee a instaurare connessioni di tipo causale aventi rilievo giuridico.

Per quanto riguarda gli atti probatori a compimento vincolato, in merito a questa seconda categoria è necessario distinguere ulteriormente tra compimento vincolato in senso stretto e compimento vincolato in senso ampio¹¹. Con la prima espressione si fa

5 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, pp.116-117.

6 La primigenia di tale distinzione si deve a C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.257.

7 A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, p.117.

8 M.Nobili, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, CLUEB, 1989, cit., op.159-160.

9 M.Nobili, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust.pen.*, 1991; L.Filippi, *L'intercettazione*, p.220.

10 «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», F.Ruggieri, *Divieti probatori*, cit. p.138.

11 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.258.

riferimento agli atti probatori che la legge espressamente ricollega all'esperimento di altre prove, come nel caso emblematico del rapporto tra perquisizione e sequestro: il sequestro è giuridicamente dipendente dalla perquisizione, non potendo esistere senza di essa. In tali ipotesi, il rapporto di pregiudizialità giuridica è instaurato direttamente ed espressamente dalla legge, con la conseguenza che la questione dell'inutilizzabilità derivata sorge in modo inevitabile.

Le prove a compimento vincolato in senso ampio ricomprendono invece tutti quegli atti probatori per il cui esperimento la legge richiede necessariamente una giustificazione, la quale si sostanzia nell'emissione di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, ma senza vincolarli ad altre prove precedenti, come nel caso delle intercettazioni. Ci si trova dunque in una posizione per così dire "intermedia" rispetto agli atti a compimento libero e a quelli a compimento vincolato in senso stretto, con la conseguenza che stabilire la presenza o meno di un rapporto di pregiudizialità giuridica può risultare difficoltoso. In questi casi, per comprendere la natura del rapporto intercorrente tra due prove, è necessario analizzare la motivazione del provvedimento autorizzativo¹²: si prenda come esempio il caso di un'intercettazione illegittima, dunque inutilizzabile, che conduca gli inquirenti alla scoperta di ulteriori utenze, dalla cui successiva intercettazione emergano elementi di prova. Qualora il provvedimento autorizzativo della seconda intercettazione sia in grado di giustificarla senza fare alcun riferimento all'informazione ottenuta tramite la precedente attività illegittima, la causalità tra le due intercettazioni è di natura meramente naturalistica e non giuridica: ne consegue che il problema dell'inutilizzabilità derivata non si pone, e i risultati probatori ottenuti mediante la seconda intercettazione saranno pienamente utilizzabili.

Al contrario, se la motivazione del provvedimento autorizzativo contiene riferimenti ai precedenti elementi viziati e inutilizzabili, al punto da dover ritenere che siffatte informazioni costituiscano l'unica giustificazione per l'emissione del provvedimento stesso, si deve ritenere che il nesso tra le due prove è di tipo giuridico¹³. A conferma di ciò vi è il fatto che in simili ipotesi, eliminando la prova viziata, l'intera motivazione del provvedimento autorizzativo cade: se ne deve dedurre che l'atto probatorio precedente è *condicio sine qua non* dell'atto successivo, aprendo così le porte a un'eventuale trasmissione del vizio.

12 C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp.258-259.

13 «L'espresso riferimento alla prova inutilizzabile formalizza e rende giuridicamente rilevante il nesso tra le due prove», C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.259.

3. Rapporto tra prova inutilizzabile e provvedimenti decisori.

In tema di configurabilità dell'inutilizzabilità derivata, la dottrina si è anche interrogata circa la natura del vizio che affligge un provvedimento decisorio fondato su una prova inutilizzabile. È infatti innegabile che in simili ipotesi vi sia uno stretto legame tra i due atti, avendo il giudice basato la propria decisione su un elemento acquisito in violazione di un divieto probatorio, e che pertanto non avrebbe dovuto essere utilizzato. Occorre dunque stabilire se i ragionamenti effettuati in merito alla possibile trasmissione del vizio da un atto probatorio all'altro, in presenza di un legame di dipendenza giuridica, possano trovare applicazione anche in simili ipotesi.

Secondo un primo orientamento, occorrerebbe accertare caso per caso se l'atto viziato abbia significativamente inciso sul processo cognitivo e sul contenuto sostanziale della decisione. In caso di esito positivo di siffatta valutazione, tra la prova viziata e il provvedimento giudiziale sussisterebbe uno stretto rapporto di dipendenza logico-giuridica e di consequenzialità, dovendo così ritenere che la decisione del giudice sia inevitabilmente affetta da una forma derivata di invalidità: il vizio si propagherebbe dall'atto acquisitivo illegittimo al provvedimento del giudice, il quale risulterebbe colpito da nullità assoluta¹⁴.

La tesi non è condivisibile. Oltre a scontare un difetto di applicabilità generalizzata¹⁵, essa contraddice il principio largamente condiviso in dottrina secondo cui «se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore¹⁶». La conversione dell'inutilizzabilità (dell'atto probatorio) in nullità (della decisione) appare un'evidente forzatura: se si vuole riconoscere la trasmissibilità del vizio, ciò deve avvenire sottoforma di inutilizzabilità, ma vien da sé che parlare di "provvedimento decisorio inutilizzabile" è impossibile.

Più coerente risulta il secondo orientamento, secondo cui le forme di invalidità derivata possono riguardare esclusivamente atti omogenei tra di loro¹⁷. Nel caso di specie non si verificherebbe alcuna trasmissione del vizio, avendo l'atto probatorio e il provvedimento decisorio una natura differente: la decisione del giudice verrebbe meramente colpita da un difetto di motivazione, e potrebbe essere successivamente aggredita attraverso il

14 M.Nobili, *La nuova procedura penale*, p.160.

15 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.71.

16 G. Conso, *Il concetto e le specie*, cit. p.80.

17 C. Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.255.

sistema delle impugnazioni¹⁸. Se ne deve dedurre pertanto che in siffatte circostanze non si è in presenza di una forma di invalidità derivata, bensì di un effetto diretto dell'inutilizzabilità¹⁹.

4. Il principio di non sostituibilità. La sentenza Torcasio.

Prima di procedere all'analisi delle posizioni registrabili in dottrina e giurisprudenza in merito alla figura dell'inutilizzabilità derivata, può essere utile soffermarsi su un diverso fenomeno che ad un primo approccio potrebbe (erroneamente) esservi assimilato.

Come visto nel capitolo precedente, a partire dalla seconda metà del Novecento tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno cercato di elaborare limiti e divieti sempre più precisi in tema di prove vietate, al fine di assicurare un'adeguata tutela ai diritti fondamentali e di bilanciare questi ultimi con le esigenze di accertamento della verità in sede processuale.

Questi tentativi non hanno tuttavia impedito il realizzarsi di aggiramenti insidiosi di siffatti limiti e divieti, posti in essere nel momento in cui si tentava di far entrare nel processo elementi *ex se* inutilizzabili attraverso un differente canale probatorio legittimo. Si pensi come esempio ad un'intercettazione illegittima, perché disposta fuori dei casi consentiti dalla legge, la cui utilizzabilità viene "salvata" sfruttando una diversa prova legittima, come una testimonianza indiretta sulla conversazione intercettata.

Al fine di contrastare queste attività elusive dei divieti probatori, la dottrina ha elaborato il cosiddetto principio di non sostituibilità²⁰, in base al quale deve essere negata validità ad una prova quando è palese che lo scopo sia quello di "sostituirne" un'altra, al fine di aggirare così le garanzie predisposte dall'ordinamento per impedire l'utilizzo di dati

18 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, p.55.

19 F.R.Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, 2008, cit., p.92.

20 La primigenia di questa elaborazione si deve a T.Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass.pen.*, 1998, p.1739 ss. Un ulteriore contributo proviene da C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.274 ss. L'Autrice effettua una distinzione tra non sostituibilità in senso debole e non sostituibilità in senso forte: la prima categoria è diretta a colpire atti probatori utilizzati per aggirare un espresso divieto probatorio stabilito per una prova diversa, mentre la seconda si riferisce a ipotesi in cui una prova viene posta in essere al fine di eludere i requisiti sostanziali previsti per una prova differente. In quest'ultimo caso non ci sono divieti probatori espressi, ma "è proprio la sostituzione tra le prove che deve considerarsi vietata perché aggira i profili legali dei singoli strumenti". Il caso portato come esempio è quello di una ricognizione informale effettuata nel corso dell'esame testimoniale: il codice non prevede divieti probatori in relazione né alla disciplina della ricognizione né a quella dell'esame testimoniale, ma lo svolgimento di una ricognizione durante l'esame rappresenterebbe una vera e propria elusione delle forme tipiche di quest'ultimo mezzo di prova.

probatori viziati. L'invalidità in questione non ha natura derivata, bensì originaria, poiché la prova è stata posta in essere nel tentativo di aggirare (e quindi di fatto violare) un divieto probatorio: ci si trova pertanto al di fuori dell'ambito di applicazione dell'inutilizzabilità derivata.

Per comprendere a pieno la portata dell'istituto, risulta opportuno soffermarsi sull'analisi della fattispecie in relazione alla quale la dottrina ha invocato il principio di non sostituibilità per la prima volta: la cosiddetta "ricognizione informale" effettuata in dibattimento. Si tratta di uno strumento amesso pacificamente dalla giurisprudenza²¹, consistente nel riconoscimento dell'imputato nel corso dell'esame testimoniale e senza il rispetto delle regole previste dal codice di rito in tema di ricognizione, di cui se ne legittima l'utilizzo mediante il richiamo alla categoria della prova atipica.

La dottrina critica fortemente questo orientamento giurisprudenziale, evidenziando come le modalità previste per lo svolgimento della ricognizione formale rappresentino «il nocciolo duro²²» di questo mezzo di prova, essendo posti a garanzia tanto dei diritti fondamentali dell'imputato quanto dell'attendibilità dell'accertamento stesso: si vuole evitare, infatti, che lo svolgimento dell'operazione sfoci in un "falso positivo", con il riconoscimento della persona sbagliata e la conseguente possibile condanna di una persona innocente.

La possibilità di procedere ad una ricognizione informale nel corso di un esame testimoniale appare pertanto inaccettabile: le modalità di svolgimento dell'esame incrociato sono infatti tali da mettere sotto pressione il teste, con la conseguenza che la situazione psicologica di quest'ultimo è decisamente più critica rispetto a quella del ricognitore. Chi effettua la ricognizione, sulla base del disposto del codice di procedura penale, deve infatti trovarsi in una situazione di assoluta serenità al fine di non alterare il ricordo, per poi scegliere tra almeno tre persone somiglianti all'individuo da riconoscere²³. Viceversa, nel caso della ricognizione informale effettuata in dibattimento, il teste è chiamato a riconoscere chi riveste già la qualifica di imputato: vien da sé che questo fatto può influenzare i ricordi stessi del testimone, il che ha portato la dottrina ad affermare che in siffatte situazioni «i requisiti della legalità

21 Cass., Sez.II, 28 febbraio 1997, Falco, n.3382, in *Cass.pen.*, 1998, p. 1737 ss.; Cass., Sez.IV, 18 luglio 1996, Gagliardi, in *Dir.pen. proc.*, 1997, p.835 ss.; Cass., Sez.I, 3 dicembre 2004, in *CED Cass.*, n. 230781; Cass., Sez.I, 11 maggio 1992, Cannarozzo, in *Cass.pen.*, 1994, p. 127 ss., in cui i giudici parlano di «atti di identificazione diretta, effettuati mediante dichiarazioni orali non richiedenti l'osservanza delle formalità prescritte per le dette ricognizioni».

22 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.293.

23 AA.VV., *Procedura penale*, pp.302-303; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.320 ss.

probatoria evaporano nella palude senza orizzonte della prova irrituale sdoganata come atipica²⁴».

Il principio di legalità della prova e il rispetto dei diritti fondamentali non possono essere aggirati attraverso una «truffa delle etichette²⁵», qualificando come prova atipica una palese elusione di quelle che sono le garanzie individuate dal legislatore: pertanto, ad avviso della dottrina, la ricognizione informale effettuata in dibattimento deve essere considerata inutilizzabile.

L'elaborazione dottrinale del principio di non sostituibilità della prova ha avuto un importante avallo da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione all'interno della sentenza Torcasio²⁶, pur in assenza di esplicita menzione.

Nel caso di specie, si era posto dinnanzi ai giudici il problema della qualificazione giuridica della registrazione, clandestinamente effettuata, di un colloquio avvenuto tra un ufficiale di polizia giudiziaria e un suo informatore. Dopo aver inquadrato siffatta prova nel novero delle prove documentali (disciplinate dall'articolo 234 del codice di procedura penale), e non all'interno delle intercettazioni²⁷, il collegio ha precisato che la registrazione sarebbe potuta entrare nel processo solo qualora non avesse violato i divieti probatori stabiliti da altre norme, con particolare riferimento ai divieti contenuti negli articoli 62, 63 comma 2, 195 comma 4, e 203²⁸.

L'esigenza, agli occhi della Corte, era quella di prevenire il rischio che la polizia, attraverso la registrazione clandestina di un colloquio investigativo, eludesse i divieti e gli sbarramenti posti dall'ordinamento a tutela del principio di legalità²⁹.

Anche al fine di scoraggiare la prassi delle autorità inquirenti di registrare, all'insaputa del proprio interlocutore, colloqui informali svolti nel corso delle indagini, la Corte arrivò ad affermare che la prova in questione dovesse essere ritenuta vietata, per «palese

24 A. Bernasconi, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Giappichelli, 2003, cit., pp.209-210.

25 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.29; A.Melchionda, *Ricognizione e confronti*, in M.Chiavario, E.Marzaduri, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale – Tomo II (Le prove)*, UTET, 1999, p.261 ss., il quale distingue la ricognizione "legale" dalle "tante forzate imitazioni che ne sono, nella pratica, la negazione, ma che tuttavia appagano le attese giudiziarie, con l'autorevole avallo della consolidata giurisprudenza".

26 Cass., Sez.Un., sent., 24 settembre 2003, n.36747, Torcasio, in *CED Cass.*, 225466.

27 Questo in quanto i giudici, risolvendo un annoso contrasto giurisprudenziale, affermarono che qualora la registrazione di un colloquio venga effettuata da uno degli interlocutori, verrebbe a mancare la "terzietà" del soggetto captante, elemento che rappresenta uno dei requisiti delle intercettazioni.

28 Si tratta, in particolare, del divieto di testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato (art.62), di utilizzazione delle dichiarazioni rese da chi avrebbe dovuto essere sentito sin dall'inizio come imputato o persona sottoposta alle indagini (art.63 c.2), di testimonianza indiretta sulle dichiarazioni rese da testimoni (art.195 c.4), e di utilizzazione delle informazioni rese dai confidenti della polizia giudiziaria qualora questi ultimi non depongano come testimoni (art.203).

29 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.298 ss.

violazione dello schema legale» che «rende l'atto investigativo, che si pone al di fuori di tale schema, infruttuoso sul piano probatorio, per violazione della legge processuale». In sintesi, l'atto investigativo sintetizzava nel caso di specie un'attività di indagine illegittimamente svolta, non potendo pertanto assurgere a elemento di prova validamente utilizzabile. Per citare le parole della Corte, «La deformalizzazione del contesto nel quale determinate dichiarazioni vengono percepite dal funzionario di polizia non deve costituire un espediente per assicurare comunque al processo contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse di sondaggio delle conoscenze del dichiarante».

In questo passaggio è evidente l'implicito riferimento al principio di non sostituibilità. Ciò che emerge è la prospettazione di una sorta di inutilizzabilità sistematica³⁰, conseguente all'aggiramento delle regole probatorie contenute nel codice e poste a tutela del quadro probatorio stesso³¹. Anche alla luce delle parole spese dalla Corte, è possibile dunque affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di non sostituibilità della prova, posto a presidio dell'ulteriore principio di legalità della prova, nonché più in generale dei limiti invalicabili del sistema e dei canoni del giusto processo individuati dall'articolo 111 della nostra Carta fondamentale.

A parere di chi scrive, sarebbe infatti inaccettabile consentire l'ingresso di prove, seppur validamente formate e totalmente legittime, costituenti un mero stratagemma per l'acquisizione di elementi precedentemente ottenuti in modo illegittimo: in simili circostanze, verrebbe posta in essere una sorta di "doppia lesione" del diritto o dell'interesse costituzionalmente garantito, il che è innegabilmente insostenibile per uno Stato di diritto.

In conclusione, il principio di non sostituibilità, o di "infungibilità" delle prove, deve essere ritenuto immanente nel nostro ordinamento, non rilevando la mancanza di qualsivoglia disposizione espressa sul punto: i principi del giusto processo richiedono la previsione di percorsi garantiti per la formazione e la valutazione della prova³², il cui rispetto deve essere tutelato anche (e soprattutto) contro eventuali e disonesti *escamotages*.

30 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.291.

31 Sul punto, la posizione della Corte è stata ribadita in Cass., Sez.Un., 19 aprile 2012, n.28997, in *CED Cass.*, 252893.

32 G.Spangher, «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur.cost.*, 2001, cit. p.2829.

4.1. (segue) Ipotesi codificate di non sostituibilità.

La presenza del principio di non sostituibilità all'interno del nostro ordinamento è d'altronde confermata dal fatto che, in alcune ipotesi, è il codice stesso a sancire *ex professo* l'infungibilità di determinati atti probatori³³, prevedendo espressamente uno sbarramento processuale relativamente a dati o elementi il cui ingresso consisterebbe in un aggiramento dei limiti del sistema.

Una prima ipotesi è contenuta nell'articolo 195 comma 4 del codice di rito, il quale pone il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni rese da persona informata sui fatti. In particolare, questa ipotesi di non sostituibilità viene prevista dal legislatore per evitare elusioni surrettizie delle norme relative all'inutilizzabilità fisiologica: se infatti la polizia giudiziaria potesse testimoniare in merito a tali informazioni, il divieto probatorio posto dall'articolo 526 del codice sarebbe vanificato.

Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale³⁴, la quale nel 2002 era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di siffatta disciplina. In tale occasione, la Consulta ha affermato che il divieto contenuto nell'articolo 195 comma 4 è preordinato ad evitare che dichiarazioni acquisite in assenza di contraddittorio possano confluire nel materiale probatorio utilizzabile in dibattimento, attraverso la testimonianza resa da chi le ha raccolte unilateralmente nella fase delle indagini preliminari.

Ulteriore ipotesi codificata di non sostituibilità è rappresentata dal divieto di testimonianza indiretta sulle dichiarazioni rese dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini, previsto dall'articolo 62 comma 1: il legislatore vuole così assicurare che tali dichiarazioni entrino nel processo solo attraverso la relativa documentazione scritta, acquisita regolarmente secondo le forme prescritte dal codice, onde evitare che il diritto di difesa dell'indagato o dell'imputato venga aggirato³⁵.

Scopo della norma, in questo caso, non è dunque quello di impedire l'elusione

33 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.282 ss; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.107.

34 C.cost., sent., 14 febbraio 2002, n.32, in *cortecostituzionale.it*. Sul punto, F.Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur.cost.* 2002, n.1, p.294 ss.

35 Secondo la distinzione operata da C.Conti, *Accertamento del fatto*, saremmo di fronte ad un'ipotesi non sostituibilità in senso forte: in assenza dell'articolo 62, infatti, risulterebbe impossibile ricavare un divieto probatorio dalla disciplina delle testimonianze indirette o da quella delle dichiarazioni della persona imputata o sottoposta alle indagini. Se ne deve dedurre che tale norma vieta l'assunzione di una prova, quale la testimonianza, diretta a eludere le forme previste per l'acquisizione di un altro mezzo di prova, nel caso di specie le dichiarazioni dell'imputato o indagato.

dell'inutilizzabilità, bensì quello di assicurare «un unico canale di accesso dibattimentale³⁶» per le dichiarazioni rese dall'indagato/imputato, non potendo la testimonianza *de auditu* affiancarlo o sostituirlo in alcun modo. L'articolo è stato arricchito nel 2014 con il comma 2, introdotto dal decreto legislativo 4 marzo 2014 n.39 (attuativo della direttiva 2011/93 UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile): tale disposizione estende il divieto già previsto nel comma 1 anche alle dichiarazioni «[...] rese dall'imputato nel corso di programmi terapeutici diretti a ridurre il rischio che questi commetta delitti sessuali a danno di minori», precisando altresì che siffatte dichiarazioni sono in ogni caso inutilizzabili. La *ratio* di questa previsione è, come facilmente intuibile, assicurare il buon andamento della terapia in questione, garantendo all'imputato/indagato che tutto ciò che verrà detto in quella sede non potrà essere utilizzato in sede processuale, assicurando così l'instaurazione di un forte rapporto di fiducia tra il soggetto e il personale di supporto. Contrariamente all'ipotesi disciplinata dal comma 1, in questo caso il legislatore ha posto un chiaro divieto probatorio di inutilizzabilità delle dichiarazioni in questione, con la conseguenza che ammettendo una testimonianza *de relato* su siffatte informazioni si finirebbe per eludere tale regola di esclusione³⁷.

Altra ipotesi è quella contenuta nell'articolo 240 comma 2 del codice di rito, in base al quale è vietato effettuare copia, in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento, di documenti e altri atti relativi ad intercettazioni illegali, con l'ulteriore precisazione che il loro contenuto non può essere utilizzato: anche in questo caso si è in presenza di un chiaro divieto, per il cui rispetto il legislatore ha ritenuto opportuno codificare la non sostituibilità dell'elemento probatorio.

4.2. Inutilizzabilità derivata e principio di non sostituibilità.

Da quanto detto finora emerge chiaramente l'essenzialità del principio di non sostituibilità della prova, il quale si rivela essere una delle colonne portanti del sistema, posto a tutela del principio di legalità della prova. L'infungibilità delle prove può dunque essere invocata, in alcune ipotesi particolari, per risolvere la questione dell'inutilizzabilità derivata.

³⁶ C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.284.

³⁷ Richiamando ulteriormente la distinzione tra non sostituibilità in senso forte e non sostituibilità in senso debole, pare il caso di qualificare questa ipotesi come un caso di non sostituibilità in senso debole.

È il caso in particolare delle dichiarazioni, rese nel corso del procedimento, che vertono su elementi ottenuti in precedenza attraverso prove inutilizzabili: si pensi all'ipotesi di un interrogatorio oppure di una testimonianza durante i quali venga contestato al dichiarante il contenuto di una intercettazione illegittimamente disposta nei suoi confronti. Qualora il dichiarante confermi il contenuto di tali intercettazioni, può porsi il problema della possibile utilizzabilità o meno delle relative dichiarazioni: in alcune occasioni, la Corte di cassazione ha ritenuto utilizzabili questi elementi in quanto, come si vedrà nei prossimi paragrafi, non esiste nel nostro ordinamento una norma espressa in materia di inutilizzabilità derivata.

Nella sentenza Precania del 1996³⁸, la Corte ha ritenuto utilizzabile il contenuto di alcune intercettazioni precedentemente dichiarate inutilizzabili, dopo che esse erano state contestate all'indagato (interlocutore della conversazione) e dallo stesso confermate, purché sorrette da adeguati riscontri ai sensi dell'articolo 192 comma 3.

Nello stesso senso si è pronunciata la Cassazione nella sentenza De Matteis di pochi anni successiva³⁹, in cui i giudici affermarono che «Le dichiarazioni rese, senza le garanzie difensive, all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria da un soggetto che doveva invece essere sentito sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, pur essendo, a norma dell'art. 63 comma 2 c.p.p., inutilizzabili *erga omnes*, non comportano anche che la sanzione d'inutilizzabilità si estenda agli atti successivi e dipendenti; sicché deve ritenersi pienamente utilizzabile l'atto, ritualmente assunto, che dalle dichiarazioni raccolte in violazione della legge derivi o mutui il contenuto, anche attraverso una generica conferma di esse».

Traspare dalle parole della Corte il ripudio dell'inutilizzabilità derivata, atteggiamento che, come si vedrà più avanti⁴⁰, è tipico della nostra giurisprudenza nazionale. Quello che sfugge ai giudici è tuttavia proprio il meccanismo della non sostituibilità delle prove: a parere di chi scrive, nel caso di specie, ciò che avrebbe dovuto essere invocato non è tanto il nesso di dipendenza tra le due prove, quanto il fatto che una delle due è stata impiegata per aggirare il divieto probatorio previsto per l'altra.

Sono tuttavia da segnalare anche soluzioni di segno opposto, come quella contenuta nella sentenza Sindoni del 1996⁴¹, nella quale la Cassazione ha affermato che dalla

38 Cass., Sez. VI, sent., 26 marzo 1996, Precania e altri, n.2996, in *Dir. pen.proc.*, 1997, p. 433 ss.

39 Cass., Sez.VI, sent., 13 gennaio 1998, De Matteis, in *CED Cass.*, 210322.

40 *Infra*, par.5. Per un'analisi più approfondita si veda *infra*, cap.III.

41 Cass., Sez. VI, sent., 21 giugno 1996, Sindoni, in *Gazz.giur.*, 1996.

dichiarata inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche deve necessariamente conseguire «l'impossibilità di acquisirne il contenuto attraverso l'esame testimoniale delle persone che hanno provveduto al loro ascolto».

Seppur siano registrabili anche in dottrina opinioni contrastanti tra di loro⁴², l'orientamento da condividere è per l'appunto quello che mette in luce la radicale differenza tra il concetto di inutilizzabilità derivata e il principio di non sostituibilità delle prove⁴³: il vizio delle dichiarazioni rese per confermare il contenuto di precedenti intercettazioni illegittime (o di altre prove colpite da tale forma di invalidità) risiede nella palese sostituzione di quest'ultime, con conseguente aggiramento dei divieti probatori posti a tutela della corretta formazione del materiale probatorio e dei diritti fondamentali dell'individuo.

5. L'ordinamento italiano e l'inutilizzabilità derivata: il rapporto tra perquisizione e sequestro. La teoria del male captum bene retentum.

Come già accennato, nell'ambito del nostro ordinamento la questione dell'inutilizzabilità derivata si è posta in particolar modo in relazione al rapporto tra perquisizione viziata e conseguente sequestro probatorio. A riguardo, è il codice di procedura penale stesso a instaurare tra questi mezzi di ricerca della prova un incontestabile legame, in quanto l'articolo 252 dispone che «Le cose rivenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli articoli 259 e 260».

La perquisizione è un mezzo di ricerca della prova, disciplinato dal Capo II, Titolo III del terzo libro del codice di rito (artt.247-252). Essa persegue lo scopo di ricercare il corpo del reato o cose ad esso pertinenti sulle persone o in determinati luoghi (si parla rispettivamente di perquisizione personale e perquisizione locale), oppure di eseguire in questi ultimi l'arresto del soggetto imputato o dell'evaso⁴⁴. Incidendo inevitabilmente su diritti e libertà costituzionalmente garantiti, come la libertà personale prevista

42 Secondo A.Costantini, *Intercettazioni telefoniche fra inutilizzabilità derivata e sanatoria sopravvenuta*, in *Dir.pen.proc.*, 1997, p. 434 ss., le successive dichiarazioni rese a conferma del contenuto di precedenti intercettazioni illegittime sarebbero utilizzabili in quanto non sarebbe l'atto viziato in sé ad entrare nel processo, ma meramente il suo contenuto, richiamato *per relationem*. Diametralmente opposto il pensiero di F.Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000, p.188, il quale ritiene che l'inutilizzabilità deve essere desunta dall'articolo 271 comma 1 del codice di rito, interpretandolo nel senso di ricomprendere tra i "risultati delle intercettazioni" colpiti da inutilizzabilità anche tutte le prove narrative aventi ad oggetto i colloqui intercettati.

43 C.Conti, *Accertamento del fatto*, pp.296-297.

44 Sul punto, AA.VV., *Procedura penale*, p.326 ss.

dall'articolo 13 e la libertà domiciliare tutelata dall'articolo 14, la disciplina codicistica prevede alcuni presupposti di ammissibilità per l'esperimento di siffatta attività⁴⁵, primo fra tutti l'esistenza di un fondato motivo: in particolare, l'articolo 247 del codice afferma che la perquisizione personale può essere disposta «quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato», mentre è possibile effettuare quella locale «quando vi è fondato motivo di ritenere che tali cose si trovino in un determinato luogo ovvero che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o dell'evaso».

In siffatte ipotesi la perquisizione viene disposta con decreto motivato dell'autorità giudiziaria, la quale può procedere personalmente oppure disporre che l'atto sia compiuto dalla polizia giudiziaria, delegandola con lo stesso decreto.

Il potere di perquisizione spetta dunque, di regola, all'autorità giudiziaria. Vi sono tuttavia dei casi in cui gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere di propria iniziativa anche in assenza di decreto⁴⁶, come affermato dall'articolo 352 del codice di rito. Ai sensi di questa norma, la polizia giudiziaria può procedere a perquisizioni locali o personali nei cosiddetti casi di "urgenza presunta": in caso di flagranza di reato o in caso di evasione del soggetto, oppure nel corso dell'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale. I presupposti comuni a queste ipotesi sono i già illustrati fondati motivi di cui all'articolo 247, e «particolari motivi di urgenza che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di perquisizione».

Ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 352, la polizia giudiziaria deve trasmettere senza ritardo (e comunque non oltre le quarantotto ore) il verbale delle operazioni compiute al pubblico ministero, il quale entro le quarantotto ore successive dovrà convalidare la perquisizione qualora ne ricorrano tutti i presupposti.

Se questa è la disciplina, è chiaro che una perquisizione effettuata in assenza di fondati motivi o, nei casi da ultimi esaminati, di necessità ed urgenza è illegittima: ci si deve pertanto interrogare sulle sorti degli eventuali beni sottoposti a sequestro probatorio, dovendo determinare se il vizio della perquisizione sia in grado di propagarsi o meno agli esiti probatori della stessa.

Sul punto, la tradizionale bipartizione è quella tra fautori della teoria del *male captum bene retentum* ed esponenti della cosiddetta *theory of the fruit of the poisonous tree*, due

45 M.D'Onofrio, *La perquisizione nel processo penale*, CEDAM, 2000, p.7 ss.

46 M.D'Onofrio, *La perquisizione*, p.195 ss.

orientamenti che rappresentano altrettanti «modi di vedere il processo penale⁴⁷». Rinviando l'illustrazione della seconda ai successivi paragrafi⁴⁸, è il caso di procedere all'analisi della prima di queste due teorie, la quale rappresenta ad oggi la posizione largamente dominante nel sistema italiano, perlomeno sul fronte giurisprudenziale⁴⁹.

Gli esponenti del *male captum bene retentum* ritengono che il sequestro successivo ad una perquisizione illegittima sia pienamente valido, escludendo pertanto l'operatività del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata⁵⁰. In particolare questo orientamento muove da un rilievo di fondo: nel nostro ordinamento non è possibile rivenire, in tema di inutilizzabilità, una norma generale analoga a quella prevista per la nullità derivata dall'articolo 185 comma 1 del codice di procedura penale, secondo cui «La nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo».

A fronte di chi propone un'applicazione analogica dell'articolo 185⁵¹, correttamente si ribatte che la nullità è una sanzione processuale tipica, che può operare solo a fronte di fattispecie espressamente previste dal legislatore, essendo la materia in questione governata dal principio di tassatività: l'articolo 177 del codice di rito afferma infatti che «L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge». Uno dei corollari del principio di tassatività è il divieto di analogia, con la conseguenza che l'interprete non può comminare la sanzione della nullità in casi non espressamente previsti dalla legge. Pertanto la disciplina in questione non può agire oltre i confini tracciati dal legislatore, con la conseguenza che larga parte della dottrina ritiene non praticabile la strada dell'applicazione analogica dell'articolo 185, a maggior ragione per disciplinare un vizio

47 G.Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, 2015, cit., p.47, secondo il quale la teoria del *male captum bene retentum* è connaturata al modello processuale di tipo inquisitorio, «coessenziale alla funzione conoscitiva (si può dire, onnivora) del processo. [...] tutto entra nel patrimonio conoscitivo del giudice che lo può porre fondamento della propria decisione», mentre la teoria dei frutti dell'albero avvelenato è un'evidente espressione della logica del modello processuale di tipo accusatorio, essendo legata «ad una igiene processuale del materiale decisorio».

48 *Infra*, par.6 ss.

49 *Infra*, cap.III.

50 La teoria in questione è stata formulata per la prima volta, seppur sotto la vigenza dell'abrogato codice Rocco, da F.Cordero, *Tre studi*, pp.158-159, secondo cui «il legislatore punisce l'autore di una perquisizione illecitamente eseguita ma non ripudia le prove che ne rappresentano il compendio. [...] Nel conflitto tra gli interessi dei privati e le esigenze del processo, il punto di equilibrio si può trovare in una reazione penalistica opportunamente dosata all'illecito del funzionario: bandire la prova è rimedio estremo, il cui costo vi è da temere che ecceda le misure dell'utile».

51 L.P. Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p.1158 ss.; F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità*, cit., p.91; M. Montagna, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p.1126 ss.; A. Scella, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.216 ss.

diverso dalla nullità⁵².

Ulteriore argomentazione dei sostenitori del *male captum bene retentum* consiste nel ritenere che tra due atti probatori non sussistano rapporti di dipendenza giuridica ma soltanto rapporti occasionali o dovuti⁵³. Con particolare riferimento al rapporto tra perquisizione e sequestro, quest'ultimo rappresenterebbe un atto dovuto: l'avvenuta perquisizione impone al perquirente il doveroso sequestro, senza che egli abbia alcuna discrezionalità a riguardo. Si dovrebbe così escludere l'esistenza di un nesso di dipendenza giuridica tra perquisizione e sequestro, in quanto tali atti si inserirebbero in una normale sequenza investigativa: la perquisizione rappresenterebbe meramente il presupposto storico-naturalistico del successivo sequestro⁵⁴.

Inoltre, la trasmissibilità del vizio dovrebbe essere esclusa anche in base alla constatazione per cui i presupposti di ammissibilità previsti per i due mezzi di prova in questione sono differenti, richiedendosi in particolare per il sequestro la mera sequestrabilità dell'atto, alla luce delle previsioni contenute negli art.253 ss. del codice di rito: in presenza di un bene obiettivamente sequestrabile, il sequestro dello stesso, anche se successivo ad una perquisizione illegittimamente svolta, dovrebbe considerarsi pienamente valido. Il potere di compiere il sequestro, dunque, non dipende dalle modalità con cui esse sono state reperite, cioè le modalità della perquisizione: esso è condizionato soltanto dall'acquisibilità del bene e dall'assenza di divieti probatori espressi o enucleabili dal sistema⁵⁵.

In relazione a quest'ultimo aspetto, è possibile richiamare la tesi secondo cui è possibile individuare un divieto probatorio nell'assenza di potere istruttorio in capo all'autorità procedente⁵⁶. La dottrina evidenzia infatti che il potere di disporre il sequestro è preesistente rispetto all'atto con cui la prova viene illegittimamente reperita, con la conseguenza che se il giudice dispone l'acquisizione al processo di un bene sequestrabile, egli agisce secondo la misura dei suoi poteri⁵⁷: l'avvenuta acquisizione

52 A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, pp.113-114, secondo il quale «non vi è motivo di ritenere che una norma – collocata all'interno della disciplina di una invalidità e a quella soltanto riferita – ambisca a regolare la propagazione di altri vizi processuali»; N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, p.83, la quale giudica il tentativo di estendere l'istituto dell'invalidità derivata all'inutilizzabilità una «forzatura».

53 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.79.

54 «Per sequestrare una cosa, occorre essere in grado di disporne e anzitutto averla rintracciata; ma la *consecutio* tra la ricerca ed il provvedimento con cui la prova è vincolata al processo, anziché svolgersi in un nesso di dipendenza giuridica, appare confinata sul piano d'una pura sequenza storica», F.Cordero, *Tre studi*, cit. p.158.

55 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.262.

56 *Supra*, cap.I, par.6.

57 O.Lupacchini, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir.pen.proc.* 1996, n.9,

non viola pertanto alcun divieto probatorio, nonostante l'illegittimità della perquisizione effettuata dagli inquirenti. Questa ricostruzione tuttavia non appare convincente: anche in presenza di un bene oggettivamente sequestrabile, pare difficile affermare che il giudice abbia il potere di acquisire al processo un elemento probatorio ottenuto mediante la violazione di un divieto previsto dalla legge, in quanto una simile circostanza si tradurrebbe in una palese elusione del divieto probatorio stesso.

Per escludere la trasmissibilità del vizio, in dottrina si fa perno anche sulla differente natura e finalità di tali mezzi di ricerca della prova. In particolare, la perquisizione viene qualificata come attività «di pura ricerca», mentre il sequestro è «pura acquisizione»⁵⁸: nello specifico, il sequestro può essere consequenziale come no ad un'attività di perquisizione, a seconda che l'oggetto del sequestro debba o meno essere rintracciato preventivamente.

A parere di chi scrive, l'intera teoria del *male captum bene retentum* presenta profili di debolezza, prestandosi così a diverse critiche.

Innanzitutto, risulta difficile sostenere che tra perquisizione e sequestro sussista un mero rapporto "occasionale", e che la prima rappresenti semplicemente il presupposto storico-naturalistico del secondo. È pur vero che ad una perquisizione può anche non far seguito il sequestro, nel caso in cui tale attività investigativa non abbia un esito positivo e dunque non vengano rivenute cose pertinenti al reato (o il corpo di reato stesso), così come un sequestro può essere disposto anche in assenza di una perquisizione, ma è evidente che scopo della perquisizione è proprio l'ottenimento di tali elementi (eccezion fatta per i casi in cui essa viene effettuata per procedere all'arresto dell'imputato o dell'evaso).

La perquisizione non è fine a se stessa: proprio in quanto attività di ricerca, essa mira ad uno scopo ben preciso, il quale è per l'appunto l'ottenimento di elementi utili che dovranno conseguentemente essere sottoposti a sequestro probatorio, così come disposto dall'articolo 252 del codice di rito, al fine di garantire al giudizio il mezzo di prova. Il nesso di dipendenza causale, e pertanto giuridicamente rilevante, emerge anche dal solo fatto che il provvedimento motivato che dispone o convalida il sequestro non può non fare riferimento alla precedente perquisizione⁵⁹; d'altronde, se senza la prova

p.1122 ss.

58 A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, cit. p.120.

59 E.Basso, sub *art.252 c.p.p.* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (coordinato da) M.Chiavario, vol.II, UTET, 1989, p.729; F.M.Molinari, *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del sequestro*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, p.1139.

inutilizzabile non sarebbe stata scoperta la prova successiva, diventa assai arduo sostenere la mancanza di ogni incidenza causale della prima sulla seconda⁶⁰.

Il solo fatto che il corpo del reato (o la cosa ad esso pertinente) sia stato trovato grazie alla perquisizione e acquisito al procedimento penale attraverso il sequestro esclude che il rapporto tra i due mezzi di ricerca della prova possa essere ritenuto meramente occasionale. Sulla base di ciò si può anche affermare che il potere di acquisire a processo il bene sequestrato non può basarsi sulla sua mera sequestrabilità, scaturendo invece dal potere che autorizza e legittima l'attività investigativa stessa⁶¹.

Un'ultima argomentazione merita di essere citata.

Poiché la perquisizione è, per l'appunto, pura ricerca, e posto che l'inutilizzabilità è un vizio che colpisce esclusivamente le prove, in dottrina vi è chi ha rilevato la difficoltà nel qualificarla come inutilizzabile⁶². Sulla base di questa premessa, il problema dell'inutilizzabilità derivata del sequestro conseguente a perquisizione illegittima sarebbe risolto a monte, in quanto se la perquisizione non può essere colpita da tale vizio non può ovviamente "trasmetterlo" al successivo sequestro.

L'osservazione è parzialmente condivisibile, quanto alle premesse, ma, a parere di chi scrive, si può replicare sottolineando come l'inutilizzabilità possa comunque colpire i risultati probatori di tale attività investigativa: più che qualificare come "inutilizzabile" una perquisizione, appare più corretto definire in tal modo l'esito della perquisizione stessa, cioè l'eventuale rinvenimento del corpo del reato o di cose ad esso pertinenti.

6. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato: l'effetto "domino".

Alla teoria del *male captum bene retentum* si contrappone la tesi dei frutti dell'albero avvelenato, la quale trova la sua origine nell'ordinamento statunitense. In base ad essa, il rapporto di pregiudizialità tra due prove comporta la trasmissione del vizio da una all'altra: proprio come un albero avvelenato che infetta i suoi frutti, così la prova viziata trasmette il "germe" dell'invalidità ai successivi atti probatori che da essa dipendono, travolgendoli con un vero e proprio effetto domino⁶³.

Secondo i sostenitori di questo orientamento, la perquisizione illegittimamente

60 F.R.Dinacci, *L'inutilizzabilità*, cit., p.93.

61 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.81.

62 A. Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, p.120.

63 C. Conti, *Accertamento del fatto*, p.262 ss.

compiuta comporterebbe l'inutilizzabilità probatoria dei dati raccolti e sottoposti a successivo sequestro: si sostiene in particolare che quest'ultimo viene colpito dal vizio non da un punto di vista genetico, inteso cioè come difformità rispetto al modello legale, ma *funzionale*; ciò che viene intaccato è dunque il legame dinamico che unisce il sequestro al precedente atto di perquisizione⁶⁴.

L'esistenza di questa forma di "inutilizzabilità funzionale" rende applicabile, secondo i fautori di questa teoria, l'articolo 191 del codice di rito, dovendosi ritenere assolutamente irrilevante l'assenza di una norma analoga all'articolo 185 comma 1 in tema di nullità derivata⁶⁵. Lo stretto rapporto di dipendenza giuridica che intercorre tra i due mezzi di ricerca della prova è confermato da un lato dal disposto dell'articolo 252 del codice di rito, avente un chiaro carattere precettivo che non lascia spazio a eventuali scelte discrezionali in ordine all'emanazione o meno del provvedimento di sequestro⁶⁶, dall'altro dal fatto che molto spesso i due atti vengono disposti con un unico decreto di perquisizione-sequestro: è evidente la natura di atto probatorio a compimento vincolato del sequestro, idoneo pertanto a instaurare rapporti di dipendenza con altri atti probatori. Sulla base di questi aspetti, la dottrina in esame esclude che perquisizione e sequestro possano reggersi su autonome regole di validità al punto tale da doverli considerare come due compartimenti stagni: come già evidenziato⁶⁷, anche laddove il sequestro dovesse essere disposto con un provvedimento successivo, tale atto dovrà necessariamente richiamare l'attività investigativa precedentemente svolta, rappresentando quest'ultima la ragion d'essere del sequestro stesso.

Occorre segnalare che alcuni autori ricollegano l'inutilizzabilità di quanto sequestrato alla categoria della prova incostituzionale⁶⁸, in particolare alla violazione delle garanzie previste dagli articoli 13 e 14 della Costituzione in tema di libertà personale e domiciliare. Come già illustrato nel precedente capitolo⁶⁹, si ritiene pacificamente che prove acquisite in violazione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti non possano fare il loro ingresso nel processo ed essere utilizzate: ciò basterebbe ad

64 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.263; G.Bellantoni, *Sequestro probatorio e processo penale*, La Tribuna, 2005, p.41; T.Bene, *L'art.191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass.pen.*, 1994, pp.120-121.

65 E.Basso, sub *art. 252 c.p.p.*, cit. p.731.

66 F.M.Molinari, *Invalidità del decreto*, cit. p.1140.

67 *Supra*, par.5.

68 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.264; L.Filippi, *L'intercettazione*, p.226; P.Moscarini, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, p.1252.

69 *Supra*, cap.I, par.9 ss.

escludere la validità del sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima.

In ogni caso, sia che si basi il ragionamento su una sorta di inutilizzabilità funzionale, sia che si ricorra alla categoria della prova incostituzionale, gli esponenti della *theory of the fruits of the poisonous tree* ritengono che la sanzione dell'inutilizzabilità sia l'unico strumento idoneo per contrastare le prassi illegittime degli inquirenti a cui fanno seguito violazioni arbitrarie dei diritti fondamentali. È stato infatti ipotizzato che l'illegittimità della perquisizione possa trasmettersi al successivo sequestro sottoforma di nullità e non di inutilizzabilità⁷⁰, muovendo dal rilievo di fondo per cui «la nullità è l'unico vizio della prova in cui può tradursi anche l'illegittimità della perquisizione»: poiché anche le prove nulle non possono essere poste a fondamento della decisione giurisdizionale, quindi sono inutilizzabili al pari di quelle colpite dal vizio previsto dall'articolo 191 del codice di rito, il problema della validità del sequestro successivo ad una perquisizione illegittima potrebbe essere risolto mediante l'istituto della nullità derivata.

A parere di chi scrive, questa ricostruzione presenta tuttavia un grosso problema: l'atto dichiarato nullo può essere "recuperato" mediante il meccanismo della sanatoria, il che rende siffatta disciplina totalmente inadeguata a contrastare i possibili abusi dell'autorità inquirente. Inoltre, come noto, l'inutilizzabilità può essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, mentre la nullità è soggetta a precisi limiti di deducibilità.

7. Le teorie intermedie in tema di inutilizzabilità derivata.

Male captum bene retentum da un lato, frutti dell'albero avvelenato dall'altro: sono queste le due teorie poste agli estremi del paradigma dell'inutilizzabilità derivata. Tuttavia, sono da segnalare ulteriori soluzioni che si collocano in una posizione intermedia tra l'assoluto ripudio della trasmissibilità del vizio e l'effetto "domino" di cui si è parlato nel paragrafo precedente.

Secondo un primo orientamento, potrebbe aversi propagazione del vizio da perquisizione illegittima a sequestro probatorio soltanto qualora l'illegittimità della prima abbia inciso sulla genuinità delle risultanze probatorie soggette al successivo sequestro: con particolare riferimento alle perquisizioni realizzate dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, il pubblico ministero dovrebbe astenersi dal procedere

⁷⁰ A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, p.120.

alla convalida dell'atto eseguito in mancanza di presupposti quando si renda conto che la difformità dal modello legale ha generato risultati probabilmente non obiettivi e genuini⁷¹.

Altri autori ravvisano l'inutilizzabilità derivata soltanto nel caso in cui l'atto invalido sia *condicio sine qua non* per il reperimento della prova successiva: le risultanze probatorie sottoposte a sequestro sarebbero così inutilizzabili solo ed esclusivamente se, in assenza dell'illegittima attività investigativa, esse non avrebbero potuto essere scoperte⁷².

È da segnalare infine la teoria che distingue tra il caso in cui la perquisizione sia finalizzata al rinvenimento di cose predeterminate e dunque già conosciute, e il caso in cui, al contrario, l'apprensione della *res* si verifichi casualmente nel corso dell'attività perquirente⁷³. Nella prima ipotesi il decreto che dispone la perquisizione contiene anche l'indicazione specifica delle cose da acquisire, ed ha pertanto la natura di un provvedimento complesso: l'eventuale vizio di motivazione del decreto si riverbera inevitabilmente sul sequestro ad esso intrinsecamente collegato, essendo un elemento *vitiatur et vitiat*⁷⁴. Nel secondo caso, invece, il provvedimento contiene soltanto un ordine di perquisizione, con la conseguenza che l'eventuale successivo sequestro avverrà in caso di esito positivo dell'attività investigativa e su iniziativa della polizia giudiziaria, a cui dovrà fare seguito l'atto di convalida: poiché non si conoscono *ex ante* le cose da sequestrare, il decreto di perquisizione non incorpora quello di sequestro, con la conseguenza che i due atti sono tra di loro autonomi e non vi sono spazi per la trasmissione del vizio da uno all'altro⁷⁵.

A detta di questo orientamento, la perquisizione rappresenterebbe in siffatte circostanze esclusivamente il «contesto storico-temporale nel quale inserire il provvedimento acquisitivo», in quanto l'attività investigativa del perquisire si risolverebbe nella mera

71 N.Galantini, *L'inutilizzabilità della prova*, pp.219-220.

72 G.Pierro, *Una nuova specie*, p.171; V.Grevi, «Nemo tenetur se detegere»: *interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p.196.

73 R.Mendoza, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass.pen.*, 1996, p.1937 ss.

74 R.Mendoza, *Perquisizione illegittima*, cit. p.1940.

75 L.P.Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass.pen.* p.1547 ss, secondo cui «La carenza di siffatto nesso permette, agevolmente, di escludere che l'eventuale illegittimità di quell'iniziale perquisizione possa «propagarsi» a quel «casuale» sequestro e possa, per assurdo, determinare l'inutilizzabilità (non certo «derivata») di prove acquisite con un atto causalmente autonomo. In tal caso dunque — a differenza di quanto potrebbe accadere per le prove inizialmente «ricercate» con la perquisizione illegittima — la *consecutio* si risolve in una sequenza puramente cronologica e «storica» di attività indipendenti, le cui sorti processuali rimangono del tutto svincolate», cit. p.1559; A.Zappulla, *Le indagini per la formazione della notitia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass.pen.* 1996, p.1888 ss.

causazione di un fatto, ovvero la scoperta di una cosa o di una persona⁷⁶.

Questa ricostruzione è tuttavia da alcuni criticata: la perquisizione, essendo un mezzo di ricerca della prova, ha una ben precisa finalità, ovvero quella di rinvenire cose pertinenti al reato o di procedere all'arresto del soggetto imputato o evaso. La ricerca è dunque ineluttabilmente indirizzata in chiave probatoria: da questo fatto discenderebbe che l'ordine di sequestrare è già implicitamente contenuto in quello di ricercare, non rilevando pertanto che il decreto individui o meno ciò che si sta cercando⁷⁷.

8. *L'inutilizzabilità della prova nell'ordinamento statunitense: dal principio di acquisizione della prova al sistema delle exclusionary rules.*

Dopo aver illustrato le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali in merito alla figura dell'inutilizzabilità derivata, è il caso di concentrare la propria attenzione sull'ordinamento statunitense, patria della *theory of the fruit of the poisonous tree*.

Siffatta teoria, infatti, pur essendo prettamente tipica dei sistemi di *common law* ha comunque notevoli influenze anche in ordinamenti di *civil law* come il nostro, ponendosi come valida alternativa alla tesi del *male captum bene retentum*.

Come detto, secondo la teoria dei frutti dell'albero avvelenato, una prova viziata, in quanto illegittimamente acquisita, rende inutilizzabili tutti i successivi atti probatori da essa dipendenti, comportandone l'estromissione dal processo. In particolare, sarebbe la stessa *judicial integrity* a imporre l'operatività di questo sistema: la dottrina americana evidenzia infatti l'illogicità di vietare una perquisizione incostituzionale prima che essa abbia luogo, per poi "approvarla" in un momento successivo mediante l'ammissione in giudizio delle prove che essa ha prodotto⁷⁸.

Per spiegare questo concetto, molto evocativo nel suo sarcasmo è il cosiddetto "esempio delle caramelle", il quale molto spesso viene usato come punto di partenza per criticare la teoria del *male captum bene retentum*⁷⁹: la situazione presa in considerazione è quella di un padre che, dopo essere uscito da un negozio di alimentari insieme al figlio, si

76 A.Zappulla, *Le indagini*, cit. p.1889.

77 G.Bellantoni, *Sequestro probatorio*, p.45.

78 G.Reamey, *The American Exclusionary Rule Experience*, in AA.VV, *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the UE and Beyond*, 1999, cit. p.200.

79 Questo esempio è stato elaborato per la prima volta da G.Reamey, *The American Exclusionary Rule Experience*, pp.200-201.

accorge che quest'ultimo ha rubato delle caramelle. Un buon genitore dovrebbe prendere le caramelle, spiegare al bambino perché quello che ha fatto è sbagliato e farlo tornare indietro a restituire la merce e chiedere scusa al negoziante. Al contrario, l'uomo dapprima rimprovera il bambino, dicendogli che rubare è immorale e vietato, dopodiché prende le caramelle e le mangia di fronte al figlio: nel momento in cui un tribunale ammette l'utilizzo di prove illegittimamente ottenute, si comporta proprio come il padre dell'esempio.

Ciò che colpisce della *theory of the fruits of the poisonous tree* è il fatto che essa sia stata elaborata nell'ambito di un ordinamento, quale quello americano appunto, tradizionalmente restio ad escludere le prove illegali dal novero degli atti utilizzabili⁸⁰: il riconoscimento dell'inutilizzabilità derivata ha fatto il proprio ingresso nella giurisprudenza della Corte federale solo alla fine del XIX secolo, poiché in precedenza si riteneva che le eventuali illegalità poste in essere dalle autorità nell'acquisizione delle prove durante le attività investigative non influissero sull'ammissibilità delle prove stesse⁸¹. In particolare, nei secoli precedenti si era fatta strada la cosiddetta teoria dell'acquisizione, in base alla quale l'ammissibilità e la conseguente utilizzabilità di una prova prescindessero dalle circostanze, tanto di fatto quanto di diritto, nelle quali si era formata o era stata acquisita: ciò in quanto da un lato si volevano "salvare" prove comunque utili all'accertamento dei fatti, da un altro si riteneva troppo dispendioso e costoso che le corti si occupassero anche delle modalità di acquisizione della prova⁸².

Secondo il principio di acquisizione della prova, qualora la polizia avesse violato i diritti dei cittadini nell'effettuare un arresto, una perquisizione o un sequestro illegali, sarebbe stato certamente necessario esperire un'azione nei confronti dell'agente o del superiore di quest'ultimo, ma ciò non avrebbe influito in nessun modo sull'ammissibilità del dato raccolto, poiché scopo del processo era unicamente quello di accertare i fatti. La prova subiva un processo di «decontestualizzazione», in quanto le modalità di acquisizione della stessa venivano considerate come una questione che toccava in modo meramente incidentale il processo penale⁸³. Questo orientamento giurisprudenziale fu probabilmente influenzato dall'allora periodo storico (gli anni a cavallo tra il XVIII ed il XIX secolo), caratterizzato da forti tensioni politiche e sociali contornate da frequenti

80 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.96; C. Conti, *Accertamento del fatto*, p.339.

81 J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, Little, Brown and Company, 1983, p.7.

82 C. Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.339.

83 J.H. Wigmore, *Evidence in Trials*, cit. §2183.

episodi di violenza, e la polizia stessa era solita violare i diritti fondamentali dei cittadini mediante attività investigative illegali o illecite.

Sul finire del XIX secolo, tuttavia, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, in particolar modo quella della Corte Suprema, ha iniziato a dubitare della bontà di questa impostazione, iniziando così a ritenere sindacabili le modalità di acquisizione delle prove. Si arrivò ad affermare la necessità di escludere le prove illegali (*improper obtained evidence*) da una parte a seguito dell'esplicito riconoscimento, all'interno della Costituzione americana, dei diritti inviolabili, dall'altra alla luce dell'effetto deterrente che si riteneva avrebbe avuto tale principio rispetto alle prassi violente e abusive degli organi di polizia: vi era infatti chi sosteneva che l'inutilizzabilità della prova acquisita illegittimamente avrebbe potuto rimediare all'avvenuta lesione dei diritti del singolo da parte dell'autorità⁸⁴. Lo scopo ultimo pertanto non era quello di garantire l'attendibilità del risultato probatorio, bensì quello di assicurare un'equa riparazione rispetto ai soprusi posti in essere dagli organi di polizia nel corso delle attività di acquisizione.

Parte della dottrina si mostrò critica a questo *revirement*, sostenendo che proprio attraverso la limitazione di diritti inviolabili, mediante perquisizioni o sequestri illegittimi, fosse possibile rinvenire elementi probatori utili a reprimere o prevenire reati molto gravi: sposando un approccio di tipo finalistico, tali autori ritenevano che l'interprete dovesse effettuare un giudizio di bilanciamento, caso per caso, tra tre diversi elementi, cioè l'entità del diritto violato, l'utilità probatorio del dato viziato, ed infine la gravità del reato perseguito⁸⁵.

In ogni caso, l'attuale disciplina dell'inutilizzabilità della prova nell'ambito dell'ordinamento degli Stati Uniti è imperniata sul sistema delle *exclusionary rules*, le regole di esclusione, le quali trovano il proprio fondamento costituzionale nel IV Emendamento della Costituzione federale.

8.1. (segue) Le exclusionary rules: il IV Emendamento e l'elaborazione della Corte Suprema.

Nel testo originario della Costituzione federale degli Stati Uniti d'America, approvata nel 1787, era assente una parte dedicata ai diritti fondamentali dell'individuo: essa si

⁸⁴ A.J.Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, in *Crim.Law.Rev.*, 1977, p.723, il quale parla in particolare di un «protective principle».

⁸⁵ L.Annunziata, *Questioni probatorie*, pp.97-98.

limitava infatti a determinare la forma di governo dello Stato federale e a ripartire le diverse competenze a livello federale e a livello statale.

Si dovette aspettare il 1791 per l'introduzione in Costituzione di una Carta dei Diritti fondamentali, realizzata in particolare con il cosiddetto *Bill of Rights*. Con esso furono introdotti i primi dieci Emendamenti alla Costituzione, proposti dall'allora presidente James Madison a seguito delle forti contestazioni antifederaliste⁸⁶.

Il IV Emendamento, come detto, è una norma-cardine nel sistema delle regole di esclusione, rappresentando essa stessa una sorta di «regola di esclusione per eccellenza⁸⁷»; siffatta disposizione tutela i cittadini contro perquisizioni, sequestri e arresti effettuati *contra legem*: «Il diritto dei cittadini ad essere garantiti nelle loro persone, case, documenti ed effetti contro perquisizioni e sequestri non ragionevoli, non potrà essere violato, e non potranno essere emessi mandati se non fondati su motivi probabili, nonché sostenuti da giuramenti o solenni affermazioni e da una dettagliata descrizione del luogo da perquisire e delle persone o delle cose da prendere in custodia».

Vengono così individuati precisi requisiti che deve avere il provvedimento giurisdizionale, il cosiddetto mandato o *warrant*, per essere considerato legittimo: vi devono innanzitutto essere fondati motivi di ritenere che un reato sia stato o stia per essere consumato, una dichiarazione giurata dell'autorità procedente in cui viene illustrata la vicenda giuridica, nonché l'indicazione e la descrizione del luogo da perquisire e dei soggetti o delle cose da arrestare o sequestrare.

Sulla base del IV Emendamento si vogliono dunque circoscrivere i margini di intervento delle autorità entro rigidi schemi, al fine di tutelare i diritti soggettivi del singolo, ritenuti prevalenti sugli interessi processuali quali l'efficacia delle attività investigative e la finalità accertativa del processo stesso.

86 G.Rolla, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, 2014, pp. 27-28 e p.256. Il *Bill of Rights* si compone dei primi dieci Emendamenti della Costituzione federale e rappresenta la Carta dei Diritti statunitense: in essa hanno trovato riconoscimento la libertà di culto, di espressione, di riunione e di petizione (I Emendamento); il diritto di possedere armi (II Emendamento); il diritto a negare l'acquartieramento di truppe nelle proprie abitazioni private, che era stato precedentemente imposto con i *Quartering Acts* (III Emendamento); il diritto dei cittadini di godere della propria libertà personale e domiciliare nei confronti di perquisizioni, sequestri o arresti illegittimi (IV Emendamento); garanzie in tema di giustizia, tra le quali rientrano il diritto ad un processo giusto, equo e rapido e il diritto allo svolgimento del processo dinanzi ad una giuria (V-VIII Emendamenti). Infine il IX Emendamento precisa che l'elenco dei diritti individuali non deve essere inteso come esaustivo e tassativo, in quanto i cittadini sono titolari anche di altri diritti non specificamente menzionati nella Costituzione, mentre il X Emendamento afferma che i poteri non espressamente delegati dalla Costituzione al Governo federale, il cui esercizio non è vietato agli Stati membri, sono riservati a questi ultimi o al popolo.

87 C.Conti, *Accertamento del fatto* cit., p.340.

Dalla norma in questione sono derivate numerose disposizioni di natura tanto federale quanto statale, finalizzate a tutelare i diritti individuali nelle varie fasi della ricerca, della formazione e dell'acquisizione delle prove, come ad esempio le *Federal Rules of Evidence*, adottate per la prima volta nel 1975 e contenenti la disciplina in materia di prove che deve essere applicata nei tribunali federali.

Concretizzando i principi contenuti all'interno del IV Emendamento, la Corte Suprema è così giunta a delineare il concetto di *exclusionary rules*, escludendo l'utilizzabilità processuale delle prove acquisite mediante la violazione dei diritti fondamentali, nella speranza che i soggetti titolari di poteri autoritativi siano disincentivati dall'adottare pratiche illegali (o addirittura illecite) nell'attività di formazione e acquisizione degli elementi probatori⁸⁸. In particolare, le regole di esclusione rientrano tra le cosiddette *rules of extrinsic policy*, le quali sono poste a tutela dei diritti individuali riconosciuti dal *Bill of Rights* o dal *common law*: esse si contrappongono alle *rules of intrinsic policy*, la cui finalità è quella di tutelare l'affidabilità dell'accertamento dei fatti, dunque l'attendibilità del risultato probatorio⁸⁹. Le *rules of extrinsic policy* sono pensate pertanto per ostacolare, e non per facilitare, la ricerca e il conseguente accertamento della verità: alla luce di ciò, la dottrina ha evidenziato che non possono essere configurate regole di esclusione che non risultino basate su chiari e concreti valori, tali da giustificare una limitazione dei poteri autoritativi⁹⁰.

88 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.100.

89 M. Papa, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Ind.pen.*, 1987, p.309 ss.; M. Scaparone, *Common law e processo penale*, p.166, citati da C. Conti, *Accertamento del fatto*, p.341 nota 5.

90 «Their effect is to obstruct not to facilitate the search for truth, and in that this effect is consciously accepted as less harmful on the whole than the extrinsic disadvantages which would ensue to other interests of society if no such limitations existed. It follows that no limitation of the present nature ought to be recognized unless it is clearly demanded by some specific important extrinsic policy», J.H. Wigmore, in *Evidence in Trials*, cit., p.3. In particolare, sul fondamento delle regole di esclusione sono rinvenibili nella dottrina americana quattro distinte teorie, illustrate da C. Conti, *Accertamento del fatto*, pp.342 ss. Secondo la prima di esse, l'inutilizzabilità comminata dalle regole di esclusione avrebbe lo scopo di tutelare e assicurare l'attendibilità della prova, orientamento che però risulta minoritario e poco condiviso; la seconda teoria è quella dell'effetto deterrente, in base alla quale le regole di esclusione hanno lo scopo di prevenire future illegalità della polizia neutralizzando il risultato probatorio di queste attività, nonché conformando, sul lungo periodo, l'operato della polizia a determinati valori in linea con i diritti fondamentali dell'individuo; vi è poi la teoria della tutela dell'integrità giudiziale (cd. *judicial integrity*), che sottolinea come lo Stato non possa e non debba violare la legge per perseguire il crimine, altrimenti non sarebbe possibile distinguere la repressione dei reati dai reati stessi. Questo terzo orientamento è stato avallato dalla Corte Suprema nel caso *Elkins v. United States* del 1960, affermando che secondo la teoria dell'integrità giudiziale occorrerebbe escludere il dato probatorio qualora il suo utilizzo possa incoraggiare la reiterazione di successive violazioni: è evidente un avvicinamento in tal senso di questo orientamento con quello dell'effetto deterrente. Infine, l'ultima teoria individua nelle regole di esclusione un rimedio ad un errore commesso nei confronti dell'individuo: posto che la restituzione in pristino non è possibile, in quanto il diritto è stato irrimediabilmente leso mediante l'attività illegittima della polizia, prevedendo l'inutilizzabilità di quanto ottenuto attraverso la violazione stessa si

La prima pronuncia con cui la Corte ha iniziato ad interrogarsi sulla possibilità di discostarsi dal principio di acquisizione della prova, valorizzando contestualmente i dogmi contenuti nel IV Emendamento, è quella relativa al caso *Boyd v. United States* del 1886⁹¹. Nel caso di specie, lo Stato federale aveva accusato la società *Boyd & Sons* di aver importato della merce (nello specifico delle lastre di vetro) senza pagare il relativo dazio richiesto dalla legge doganale del 1874. La sanzione legale prevista in simili circostanze era la confisca dei beni: di conseguenza, le autorità competenti procedettero al sequestro e alla procedura di confisca della merce⁹².

Nel corso di tale procedimento, l'avvocato rappresentante degli Stati Uniti chiese ed ottenne dal tribunale competente un'ingiunzione che imponeva alla società di produrre in giudizio le fatture relative all'acquisto della merce, al fine di comprovarne la colpevolezza: i soci della *Boyd* obbedirono, in quanto secondo la legge in base alla quale era stata emessa tale ingiunzione, il mancato adempimento avrebbe dovuto essere qualificato come una confessione implicita.

Gli imputati furono così costretti a produrre un documento che li incriminava: decisero di appellarsi alla Corte Suprema, lamentando la violazione del IV e del V Emendamento della Costituzione, quest'ultimo contenente il principio secondo cui nessuno può essere obbligato ad autoincriminarsi.

La Corte Suprema ritenne che entrambe le norme fossero state violate, individuando altresì una forte correlazione tra di esse in relazione al caso di specie («*an intimate relationship*»). Posto che le dichiarazioni ottenute in violazione del V Emendamento, quindi obbligando l'imputato ad autoincriminarsi nel corso della deposizione, non avrebbero potuto essere utilizzate, altrettanto avrebbe dovuto valere per le prove reali acquisite violando il IV Emendamento e aventi il medesimo effetto: quello, per l'appunto, dell'autoincriminazione⁹³.

Nonostante questo ragionamento, la Corte non giunse ad escludere l'utilizzabilità del documento nel caso di specie, ma è innegabile che questa sentenza ha rappresentato un importante punto di partenza per l'elaborazione giurisprudenziale in tema di

eviterebbe un ulteriore aggravamento.

91 *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), consultabile in *supreme.justia.com*.

92 *The Life and Times of Boyd v. United States (1886-1976)*, in *Michigan Law Review*, 1976, vol.76 n.1, p.184 ss.

93 Secondo le parole stesse della Corte, entrambe le norme proteggono l'individuo da operazioni arbitrarie dell'autorità: «l'una vieta che oggetti incriminanti siano prelevati dalla sua persona o dal suo domicilio senza un ragionevole motivo o con modalità irragionevoli; l'altra vieta che dichiarazioni incriminanti siano estorte dalle sue labbra», cit.

inutilizzabilità ed *exclusionary rules*⁹⁴.

È soltanto con la sentenza *Weeks v. United States* del 1914⁹⁵ che la Corte Suprema compie il passo ulteriore, affermando finalmente l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione del IV Emendamento. Il caso verteva in particolare su elementi probatori ottenuti dalla polizia a seguito di una perquisizione illegittima, e di cui l'imputato aveva richiesto la restituzione, trattandosi di oggetti di sua proprietà, ma invano.

L'appello di Weeks fu accolto dalla Corte Suprema, poiché «se le lettere e gli scritti privati potessero essere illegalmente sequestrati, trattenuti e prodotti come prova contro un cittadino accusato di un reato, la protezione accordata dal IV Emendamento, che sancisce il suo diritto a non subire perquisizioni e sequestri illegali, sarebbe priva di valore e tanto varrebbe eliminarla dalla Costituzione⁹⁶».

Contrariamente dunque al caso *Boyd v. United States*, in questa vicenda la Corte esclude dal quadro probatorio gli elementi illegittimamente acquisiti dalla polizia, dando così concreta attuazione ai principi sanciti dal IV Emendamento: è definitivo il distacco dal tradizionale principio di acquisizione della prova, e si iniziano così a gettare le basi per l'affermazione della figura dell'inutilizzabilità derivata⁹⁷.

Nei decenni successivi la Corte Suprema ha ampliato la portata applicativa delle *exclusionary rules*, riconoscendone l'applicabilità non soltanto a livello federale, ma anche in relazione ad atti emessi entro i confini dei singoli Stati: le Corti statali, infatti, continuavano a ritenere pienamente utilizzabili a carico dell'imputato gli elementi probatori rinvenuti a seguito di attività di polizia contrarie al IV Emendamento della Costituzione federale, sulla base della cosiddetta «teoria del vassoio d'argento⁹⁸», secondo cui le prove illegali raccolte all'interno dei singoli Stati erano a piena disposizione delle relative Corti.

Nel caso *Wolf v. Colorado* del 1949⁹⁹, siffatta teoria fu criticata dalla Corte Suprema: i

94 Analoga osservazione deve essere fatta per un ulteriore caso affrontato dalla Corte Suprema, *Adams v. New York*, 192 U.S. 585 (1904), in *supreme.justia.com*.

95 *Weeks v. United States*, 232 U.S. 391 (1914), in *supreme.justia.com*.

96 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p. 350. Per completezza, si riporta il testo originario di questo passaggio: «If letters and private documents can thus be [improperly] seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense [...] the protection of the Fourth Amendment declaring his right to be secure against such searches and seizures is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution».

97 L'inutilizzabilità derivata sarà riconosciuta dalla Corte Suprema nel caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, di cui si parlerà ampiamente nel prossimo paragrafo.

98 M.Scaparone, *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1974, cit. p.299, citato da C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.351 nota 36.

99 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), in *supreme.justia.com*.

giudici in particolare collegarono i dogmi sanciti all'interno del IV Emendamento con la *due process clause*¹⁰⁰ contenuta nel XIV, cristallizzante i principi del giusto processo.

Ad avviso della Corte, infatti, un giusto processo non potrebbe esistere senza il rispetto delle garanzie formali previste per la tutela della persona imputata, pertanto il divieto di arresti, perquisizioni e sequestri irragionevoli previsto dal IV Emendamento poteva essere fatto valere anche nei confronti di violazioni commesse dall'autorità o dalla normativa dei singoli Stati.

Nonostante questa enunciazione di principio, proprio come era accaduto con il caso *Boyd v. United States*, la Corte Suprema non si spinse fino ad imporre espressamente agli Stati l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione del disposto costituzionale, probabilmente ancora troppo timorosa a limitare la sovranità statale sul punto.

Una presa di posizione più decisa si ebbe con il caso *Rochin v. California* del 1952¹⁰¹, in occasione del quale la Corte dichiarò che l'utilizzo in giudizio di prove ottenute mediante comportamenti che «scuotono le coscienze¹⁰²» era contrario ai principi del giusto processo e doveva considerarsi pertanto vietato.

Nel caso di specie, tre agenti di polizia, sospettando che il signor Rochin vendesse sostanze stupefacenti, avevano fatto irruzione nella sua abitazione privi di mandato e, dopo averlo colto in possesso di alcune pillole di sospetta natura, lo avevano intimato a spiegarne la provenienza. Rochin tuttavia ingurgitò immediatamente le pillole, gesto a cui fece seguito una violenta colluttazione con gli agenti di polizia, i quali tentarono di recuperare la sostanza: non riuscendoci, lo ammanettarono e lo portarono in ospedale, dove diedero ordine ad un medico di somministrare a Rochin una soluzione emetica attraverso un tubo inseritogli nella bocca fino allo stomaco, ovviamente contro la sua volontà, al fine di recuperare così le pillole.

Rochin fu ritenuto colpevole tanto in primo grado che in appello, sulla base (come uniche prove) delle pillole che gli agenti avevano ottenuto mediante siffatte operazioni palesemente illegittime e contrarie ai diritti costituzionali dell'imputato: egli fece così ricorso alla Corte Suprema, lamentando la violazione dei propri diritti, tutelati dalle *due*

100 «[...]nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law» («[...]né potrà alcuno Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge»). In particolare i giudici ritennero che i dogmi sanciti nel IV Emendamento, cioè la tutela della sfera privata dell'individuo contro le intrusioni arbitrariamente illegittime poste in essere dalla polizia, dovessero essere considerati impliciti nel concetto stesso di "libertà" di cui al XIV Emendamento.

101 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), in *supreme.justia.com*.

102 «[...]conduct that shocks the conscience», cit.

process clause contenute nel V e nel XIV Emendamento della Costituzione federale.

La Corte Suprema accolse la domanda di Rochin, annullando la sentenza di condanna e sostenendo che la violenza e la brutalità dei mezzi utilizzati dagli agenti di polizia erano tali da «sconvolgere le coscienze» e pertanto si ponevano in totale contrasto con i principi del giusto processo sanciti nel XIV Emendamento¹⁰³: l'esigenza di reprimere e contrastare il crimine non può spingersi fino al punto da annullare i diritti costituzionalmente garantiti, e ciò deve valere tanto per le autorità federali quanto per quelle statali. La Corte concluse dichiarando la conseguente inutilizzabilità delle prove raccolte attraverso operazioni tanto violente e invasive: siffatta sanzione tuttavia risultava collegata ad attività investigative tali da ledere la sensibilità pubblica, non prestandosi ancora ad un'applicazione generalizzata che tutelasse a tutto tondo i principi contenuti nella Costituzione federale.

Circa un decennio più tardi, con la sentenza *Mapp v. Ohio* del 1961¹⁰⁴, la Corte si spinse finalmente a delineare una generale regola di esclusione delle prove formate o acquisite dalle autorità o dalle Corti statali in violazione del IV e del V Emendamento: in particolare si affermò che il IV Emendamento non poteva trovare in altro modo una tutela effettiva¹⁰⁵, con la conseguenza che fu sancita così la sua vincolatività per le autorità sia federali che statali.

Seppur con qualche rimostranza iniziale, via via i singoli Stati membri hanno iniziato a conformarsi all'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema, coniando a loro volta delle *exclusionary rules* relative alla violazione di norme interne¹⁰⁶.

8.2. *Il caso Silverthorne Lumber Co. v. United States: il riconoscimento dell'inutilizzabilità derivata come garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo.*

Dopo aver ripercorso le tappe fondamentali dell'elaborazione giurisprudenziale della

103 «Applying these general considerations to the circumstances of the present case, we are compelled to conclude that the proceedings by which this conviction was obtained do more than offend some fastidious squeamishness or private sentimentalism about combatting crime too energetically. This is conduct that shocks the conscience. Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach's contents—this course of proceeding by agents of government to obtain evidence is bound to offend even hardened sensibilities. They are methods too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation», cit..

104 *Mapp v Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), in *supreme.justia.com*.

105 M.Scaparone, *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1974, cit. p.301, citato da C.Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, p.352 nota 41.

106 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.103.

Corte Suprema che ha portato all'affermazione delle *exclusionary rules*, è il momento di occuparci della genesi dell'inutilizzabilità derivata all'interno dell'ordinamento statunitense, dunque della nascita della *theory of the fruit of the poisonous tree*.

L'origine della riflessione sulla trasmissibilità del vizio da una prova viziata ad un'altra ad essa dipendente si rinviene nella pronuncia sul caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* del 1920¹⁰⁷.

La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte vedeva coinvolta per l'appunto la compagnia Silverthorne, di proprietà di Frederick Silverthorne e del padre, i quali erano stati accusati di evasione fiscale: dopo aver arrestato i due proprietari e averli trattenuti in custodia, gli agenti federali fecero irruzione nell'ufficio della Compagnia, privi di mandato, e sequestrarono i registri fiscali e contabili ivi conservati. In seguito i Silverthorne presentarono domanda di restituzione dei suddetti documenti, ma le autorità, prima di procedere alla restituzione, scattarono diverse fotografie al materiale e ne effettuarono anche copie integrali.

Nel corso del procedimento dinnanzi al *Grand Jury*¹⁰⁸, tuttavia, il materiale presente agli atti, cioè le copie dei documenti, fu ritenuto inidoneo a costituire un valido quadro probatorio in vista del giudizio, in quanto ottenuto sulla base di un sequestro illegittimo. Per questo motivo la giuria ordinò ai Silverthorne di esibire tutti gli esemplari originali; non ottemperando a tale ordine, furono condannati dal tribunale distrettuale per oltraggio alla Corte: i due decisero così di impugnare siffatta decisione dinnanzi alla Corte Suprema lamentando la violazione dei propri diritti costituzionali.

I giudici supremi annullarono la sentenza di condanna, prendendo una posizione molto forte e criticando energicamente l'operato delle autorità federali: in particolare evidenziarono come queste ultime non soltanto avessero ottenuto i documenti della società con mezzi illegali, ma avevano utilizzato le conoscenze così ottenute per fondare un atto d'accusa e imporre agli imputati l'esibizione del materiale originale nel tentativo di acquisire così prove legittime e utilizzabili a loro carico.

Se si ammettesse la legittimità di siffatta condotta, secondo le parole della Corte, il IV Emendamento si ridurrebbe a una mera formula vuota¹⁰⁹. Emblematica è una frase

107 *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), in *supreme.justia.com*.

108 Il *Grand Jury* è una particolare giuria, composta da 16 a 23 membri, chiamata a stabilire se le prove raccolte nei confronti di una persona indagata sono sufficienti per iniziare un processo penale nei suoi confronti. Nel corso del procedimento davanti al *Grand Jury* vengono escussi testimoni ed acquisite prove in forme molto più libere rispetto a quanto avviene in sede processuale. G.D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, CEDAM, 2020, p.262.

109 «[...] In our opinion such is not the law. It reduces the Fourth Amendment to a form of words», cit.

utilizzata dalla Corte: «l'essenza della disposizione che vieta l'acquisizione della prova in un determinato modo non è soltanto che quella prova non sarà utilizzata dinanzi alla Corte, bensì proprio che tale prova non venga utilizzata affatto».

Ciò che i giudici vollero dire in questo passaggio è che il rispetto del IV Emendamento esige non soltanto l'inutilizzabilità in giudizio di prove illegittimamente acquisite, ma anche che siffatti elementi non possano nemmeno rappresentare uno strumento per arrivare alla scoperta di nuovi elementi, suppostamente legittimi, da utilizzare come prove a carico nei confronti dell'imputato.

Sulla base di questo ragionamento, dunque, la Corte Suprema evidenziò come la documentazione di cui era stata ordinata l'esibizione rappresentasse a sua volta, proprio come l'originaria acquisizione del materiale effettuata dalla polizia priva di mandato, una prova inutilizzabile, derivando in via diretta ed immediata dall'illegittima attività condotta dalle autorità e dunque da una originaria violazione del IV Emendamento della Costituzione federale¹¹⁰. I giudici supremi precisarono inoltre che escludere l'utilizzabilità solo dei prodotti immediati di una violazione costituzionale, e non anche di quelli mediati, avrebbe potuto incoraggiare e incentivare la polizia a commettere comunque atti illegittimi al fine di ottenere prove non acquisibili in giudizio, ma utili a individuarne altre da utilizzare contro l'imputato¹¹¹.

La Corte elaborò così il principio secondo cui l'operatività delle regole di esclusione non può e non deve restare confinata a sancire soltanto la diretta violazione dei diritti costituzionali, ma deve essere estesa anche a tutte quelle ipotesi in cui l'originaria infrazione rappresenta lo strumento o l'occasione grazie alla quale le autorità arrivano ad acquisire ulteriori elementi probatori a carico del soggetto indagato o imputato.

In assenza dell'inutilizzabilità derivata, secondo la Corte, l'intero sistema risulterebbe instabile e incoerente: la tutela dei diritti costituzionali rischierebbe di essere continuamente aggirata da prassi illegittime e abusive poste in essere dalle autorità, finendo per vanificare principi cardine dell'ordinamento americano come quelli contenuti nel IV, V e XIV Emendamento¹¹².

110 R.F.Maguire, *How to Unpoison the Fruit. The Fourth Amendment and the Exclusionary Rules*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1964, vol.55 n.3, p.309; L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.112.

111 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.353.

112 Sul punto, come ulteriore pronuncia emblematica può essere citata la sentenza relativa al caso *People v. Albea* del 1954 che vedeva coinvolto un medico accusato di aver praticato diversi aborti illeciti: a seguito di una perquisizione illegittima condotta dalla polizia, era stata trovata un'agenda personale del medico all'interno della quale erano annotati i nomi delle donne che avevano usufruito del suo servizio. Tuttavia, proprio in virtù del principio dei frutti dell'albero avvelenato, le clienti non furono ammesse

Nella sentenza sul caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* appare dunque per la prima volta la dottrina posta alla base della *theory of the fruit of the poisonous tree*, ma il primo utilizzo della metafora dell'albero avvelenato è rinvenibile in un'altra pronuncia: si tratta della sentenza relativa al caso *Nardone v. United States* del 1939¹¹³.

L'importanza di questa seconda pronuncia è rappresentata anche dal fatto che con essa (e con ulteriori successive decisioni) la Corte Suprema ha introdotto alcuni limiti e temperamenti al meccanismo dell'inutilizzabilità derivata, ai quali è in particolare dedicato il prossimo paragrafo.

8.3. I limiti all'operatività dell'inutilizzabilità derivata nell'ordinamento statunitense: independent source, attenuated connection, inevitable discovery, good faith exception.

Alla luce di quanto illustrato finora, è possibile affermare che la teoria dell'inutilizzabilità derivata ha contribuito al definitivo allontanamento dal principio di acquisizione della prova su cui tradizionalmente era improntato il processo statunitense¹¹⁴, e in base al quale tutto ciò che era rilevante per l'accertamento dei fatti poteva essere utilizzato in giudizio. Tuttavia, al fine di individuare un punto di equilibrio e scongiurare l'applicazione generalizzata della figura dell'inutilizzabilità derivata, con il rischio che ciò comportasse la mancata punizione di pericolosi criminali e la repressione di gravi crimini¹¹⁵, la stessa Corte Suprema elaborò una serie di limiti all'operatività di tale istituto.

Innanzitutto, già con la sentenza *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, che, come si è visto, rappresenta il punto di inizio dell'elaborazione giurisprudenziale americana in tema di inutilizzabilità derivata, la Corte Suprema cominciò ad introdurre i primi

come testimoni in quanto i loro nominativi erano stati ottenuti sfruttando i dati acquisiti mediante la perquisizione illegittima.

113 *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939) in *supreme.justia.com*. L'icastica formula «*fruit of the poisonous tree*» si deve in particolare al giudice Frankfurter: «Once that is established – as was plainly done here – the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree».

114 *Supra*, par.8.

115 Sul punto, M.Scaparone, *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, in *Riv.it. dir. proc.pen.*, 1974, p.298, citato da L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p. 114 nota 61 e C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.354 nota 47. Secondo l'Autore, le critiche mosse a livello sociale alla figura dell'inutilizzabilità derivata ruotavano attorno a due presupposti principali: in primo luogo si sottolineava come, su un piano generale e astratto, non fosse possibile predeterminare che il vizio affliggente una prova influisse sulla genuinità di un'altra ad essa dipendente; inoltre, si ripudiava la possibilità che l'illegittima attività degli inquirenti potesse impedire la repressione di gravi reati e la punizione dei relativi autori.

temperamenti. In particolare, in tale sentenza fu affermato il principio secondo cui il vizio dell'inutilizzabilità non avrebbe potuto trasmettersi i dati probatori acquisiti dagli inquirenti attraverso una fonte indipendente (*independent source*) dalla prova viziata¹¹⁶.

È il caso tuttavia di evidenziare come la teoria della fonte indipendente non rappresenti un vero e proprio limite all'operatività dell'inutilizzabilità derivata, trattandosi piuttosto di un contraltare all'istituto stesso: vien da sé, infatti, che in assenza di un nesso causale tra le due prove non può esserci la trasmissibilità del vizio¹¹⁷.

Un ulteriore limite è stato individuato dai giudici supremi nella già citata sentenza *Nardone v. United States* del 1939¹¹⁸, nell'ambito della quale la Corte precisò che anche in assenza di una fonte indipendente non si determina alcuna contaminazione del vizio qualora il nesso causale tra le due prove sia particolarmente debole ed attenuato (*attenuated connection*), a tal punto da rendere impossibile la propagazione. Sulla base di questa tesi il giudice deve valutare caso per caso l'intensità del nesso causale ravvisabile tra le prove considerate, al fine di stabilire se tra queste ultime intercorra un effettivo rapporto di dipendenza (tale per cui la seconda è stata acquisita in ragione dell'esistenza della prima affetta dal vizio) oppure un mero rapporto di occasionalità, inidoneo a determinare la propagazione dell'invalidità¹¹⁹.

Il concetto di connessione attenuata è stato ripreso nella sentenza *Wong Sun v. United States* del 1963¹²⁰, nella quale la Corte Suprema chiarì che al fine di valutare l'intensità del nesso causale è necessario stabilire se la prova successivamente acquisita è stata una mera conseguenza dell'originaria violazione oppure se essa sia stata reperita con mezzi sufficientemente «distinguibili» dalla prima in modo tale da poter ritenere «purgata la contaminazione», citando le parole stesse della Corte¹²¹.

Riepilogare i fatti della vicenda può essere utile per comprendere il ragionamento della Corte: gli agenti federali avevano arrestato l'imputato in assenza dei requisiti richiesti dalla legge, ponendo dunque in essere un'attività illegittima. Nei frangenti successivi

116 «[...]Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed», cit.

117 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit. p.355.

118 *Supra*, par.8.2.

119 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.115.

120 *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), in *supreme.justia.com*.

121 «We need not hold that all evidence is 'fruit of the poisonous tree' simply because it would not have come to light but for the illegal action of the police. Rather, the more apt question in such a case is 'whether ranting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint», cit.

all'arresto, l'imputato rendeva dichiarazioni autoaccusatorie grazie alle quali gli inquirenti riuscirono a rinvenire grandi quantitativi di sostanze stupefacenti nella sua abitazione. Il giudizio di primo grado si concluse con la condanna, ma la Corte Suprema (davanti a cui fu proposta impugnazione) annullò la sentenza reputando inutilizzabili sia le dichiarazioni rese dall'imputato dopo l'arresto sia il materiale raccolto sulla base delle stesse, in quanto derivanti dall'originario arresto illegittimo. Motivando la propria decisione, la Corte Suprema affermò che il pubblico ministero, per impedire la trasmissione del vizio, avrebbe dovuto dimostrare che le dichiarazioni autoaccusanti rese dall'imputato non fossero il risultato dell'arresto illegittimamente effettuato, derivando al contrario da una fonte da esso indipendente, tale da interrompere il nesso causale che le legava all'arresto.

Contestualmente, la Corte rigettava il criterio secondo cui, per valutare l'intensità di tale nesso causale, sarebbe stato necessario e sufficiente verificare se la prova originaria, dunque quella viziata, fosse *condicio sine qua non* di quella successiva: si tratta in particolare del cosiddetto "*but for*" test, secondo cui per l'appunto la prova "derivata" rappresenterebbe un frutto dell'albero avvelenato tutte le volte in cui si possa affermare che essa non sarebbe venuta alla luce «se non fosse stato per» l'azione illegittima della polizia¹²².

Siffatto criterio, se accolto, avrebbe esteso eccessivamente il campo di applicazione dell'inutilizzabilità derivata: i giudici in particolare evidenziarono come la semplice constatazione circa l'esistenza di una precedente perquisizione illegittima non rendesse di per sé inammissibile una prova¹²³, in quanto tale vizio deve necessariamente basarsi sulla dimostrazione di un possibile nesso casuale tra la perquisizione e la prova successivamente ottenuta.

A partire dalla sentenza *Wong Sun v. United States*, la Corte Suprema ha iniziato a delineare quattro distinte ipotesi in presenza delle quali si deve ritenere che la connessione tra due prove sia talmente attenuata da non causare la propagazione del vizio. In particolare, l'attenuazione è presente:

1. quando intercorre un apprezzabile lasso di tempo tra i momenti acquisitivi delle prove;
2. se intervengono altri fattori causali;

122 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.355 nota 52.

123 R.F.Maguire, *How to Unpoison the Fruit. The Fourth Amendment and the Exclusionary Rules*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1964, vol.55 n.3, p.309.

3. se l'infrazione commessa dalle autorità non è grave;
4. se la prova successivamente acquisita è il frutto di una collaborazione spontanea da parte dell'imputato.

In ogni caso, è innegabile che il concetto stesso di "connessione attenuata" è estremamente malleabile, dipendendo interamente dalle circostanze del caso concreto e dalla valutazione discrezionale del giudice.

Un altro limite alla *theory of the poisonous tree* è rappresentato dalla tesi della scoperta inevitabile (*inevitable discovery*), inizialmente ideata dalla giurisprudenza delle Corti statali e successivamente avallata dalla Corte Suprema nelle sentenze *Brewer v. Williams*¹²⁴ e *Nix v. Williams* del 1984¹²⁵, relative alla medesima vicenda e di cui è opportuno ripercorrere le tappe.

Nel dicembre del 1968, Robert Williams, un malato mentale evaso dalla struttura in cui si trovava, rapì e uccise Pamela Powers, una bambina di appena dieci anni, presso la contea di Des Moines, nell'Iowa. Pochi giorni dopo l'omicidio, Williams si consegnò spontaneamente alla polizia di Davenport, una contea vicino a Des Moines, e fu pertanto arrestato ed incriminato. La polizia di Davenport telefonò alle proprie controparti di Des Moines per avvertirle del fatto che Williams si era arreso: a seguito di questa telefonata si decise che alcuni agenti della polizia di Des Moines si sarebbero recati a Davenport per riportare Williams presso la loro contea al fine di sottoporlo a giudizio. Williams inoltre ebbe modo di interloquire telefonicamente con il proprio avvocato, il quale gli spiegò la situazione e gli disse di aver stretto un accordo con gli agenti in base al quale essi si sarebbero astenuti, nel corso del viaggio, dal porgli alcuna domanda, per poi consigliargli di non rilasciare alcuna dichiarazione alla polizia fino al loro arrivo a Davenport. Nel corso del viaggio in auto, gli agenti di polizia non rivolsero alcuna domanda diretta a Williams ma, consapevoli della forte fede cristiana di quest'ultimo, parlarono tra di loro ad alta voce, evocando l'immagine del corpo della bambina distrutto per sempre dalla forte nevicata che si sarebbe riversata di lì a poco sulla contea, lasciando la famiglia senza un corpo a cui dare degna sepoltura. Le parole degli agenti, che sarebbero state poi ricordate dalla giurisprudenza statunitense come un «*christian burial speech*» (discorso della sepoltura cristiana)¹²⁶, scossero così tanto

124 *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977), in *supreme.justia.com*.

125 *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), in *supreme.justia.com*.

126 In particolare, il detective Leaming, rivolgendosi a Williams con l'appellativo "Reverendo", pronunciò queste emblematiche parole: «Vorremmo darle qualcosa a cui pensare mentre viaggiamo. Osservi le condizioni del tempo. Sta piovendo, e sarà presto buio. Dicono che nevierà questa notte e io credo che

Williams che egli crollò e li portò sul luogo in cui era nascosto il cadavere della bambina.

All'esito del giudizio di merito, Williams fu condannato per omicidio, ma tale condanna fu annullata dalla Corte Suprema con la sentenza *Brewer v. Williams*: i giudici supremi ritennero che le autorità di Davenport avessero violato i principi costituzionali di Williams tutelati dal VI Emendamento della Costituzione federale, in base al quale l'imputato ha diritto all'assistenza del proprio difensore.

Nonostante la revoca della condanna, la Corte dichiarò che le prove ottenute grazie alle dichiarazioni di Williams (in particolar modo il cadavere della bambina) potevano comunque essere utilizzate in un processo a suo carico: il corpo si trovava infatti in un luogo che era già stato sottoposto a sequestro dalla polizia, con la conseguenza che in ogni caso sarebbe stato rivenuto, anche in assenza delle dichiarazioni dell'imputato.

Williams ricevette così un secondo processo, all'esito del quale fu nuovamente condannato: i giudici infatti stabilirono che le dichiarazioni rese agli investigatori erano da ritenere inutilizzabili, ma citando quanto detto dalla Corte Suprema, il cadavere della vittima era al contrario pienamente utilizzabile in quanto sarebbe stato inevitabilmente scoperto dalle autorità.

La Corte Suprema fu nuovamente adita sul punto: questa volta, con la sentenza *Nix v. Williams*, i giudici confermarono la condanna e ribadirono la piena utilizzabilità del cadavere come elemento probatorio alla luce del principio della scoperta inevitabile.

Ciò che rende utilizzabile la prova in simili circostanze è il fatto che essa, pur in assenza dell'attività illegale, sarebbe comunque stata scoperta se gli inquirenti avessero agito correttamente: il fondamento di questa eccezione è rappresentata dalla considerazione secondo cui, altrimenti, l'accusa si troverebbe in una situazione più sfavorevole rispetto a quella che si sarebbe verificata qualora non fosse stata commessa alcuna illegalità¹²⁷.

Un punto resta da chiarire, ovvero quando si possa parlare di "inevitabilità" della scoperta: nella sentenza *Nix*, la Corte Suprema ha affermato che il rinvenimento della prova può dirsi inevitabile qualora esso possa essere inquadrato in termini di "maggiore

lei sia l'unica persona che sa dove si trova il corpo di questa povera ragazza. Lei è stato là, e sa che con un po' di neve quel corpo non potrà essere ritrovato. Visto che passeremo accanto al corpo io credo che potremmo fermarci a prenderlo perché i genitori della ragazza dovrebbero avere diritto ad una degna sepoltura per la piccola che è stata tolta loro la sera di Natale, e poi uccisa. Penso dovremmo farlo ora piuttosto che domattina, visto che dopo una tempesta di neve la ricerca del corpo potrebbe diventare impossibile». S.Maffei, *Il mantello della legge: male captum, bene rentetum e dottrina del «ritrovamento inevitabile» in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) P.Corso, E.Zanetti, *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, p.364.

127S.Maffei, *Il mantello della legge*, cit., p.365.

probabilità" rispetto all'ipotesi inversa (*preponderance of evidence*)¹²⁸. Tale criterio si rivela estremamente blando e dettato da una precisa volontà della giurisprudenza federale: come alcuni esponenti in dottrina hanno evidenziato, infatti, la Corte Suprema avrebbe potuto scegliere uno standard più alto, come la chiarezza e l'evidenza dell'inevitabilità della scoperta (*clear and convincing evidence*)¹²⁹.

La teoria della scoperta inevitabile si fonda dunque su un giudizio ipotetico, in quanto il giudice deve immaginare cosa sarebbe successo laddove la polizia non avesse commesso alcuna violazione dei diritti costituzionalmente garantiti, giungendo così a stabilire se l'elemento probatorio così acquisito sarebbe comunque stato ritrovato grazie ad altre azioni che ragionevolmente la polizia avrebbe compiuto nel caso concreto. In caso di esito positivo di questa valutazione, la prova può essere utilizzata in giudizio e l'imputato non può invocare l'*exclusionary rule* a proprio vantaggio¹³⁰.

Infine, un altro importante limite alla teoria dei frutti dell'albero avvelenato elaborato dalla giurisprudenza americana è costituito dall'eccezione di buona fede (*good faith exception*), riconosciuta dalla Corte Suprema nelle sentenze *United States v. Leon*¹³¹ e *Massachusetts v. Sheppard*¹³², entrambe datate 1984. In siffatte vicende la polizia aveva effettuato delle perquisizioni sulla base di un mandato successivamente rivelatosi invalido: la Corte ritenne che in simili ipotesi, quando cioè gli inquirenti fanno ragionevole affidamento sulla legittimità del proprio operato, la sanzione dell'inutilizzabilità si rivela inadeguata, non essendo necessario attivare alcun effetto deterrente sul corpo di polizia¹³³. In particolare, sul punto la Corte Suprema si espresse in tal modo nella sentenza *Leon*: «Penalizing the officer for the magistrate's error, rather than his own [...] cannot logically contribute to the deterrence of the Fourth Amendment violations».

Deve essere comunque richiamata un'importante precisazione fatta dalla Corte Suprema nel caso *United States v. McClain*¹³⁴ del 2005: affinché possa scattare l'eccezione di

128 R.M. Bloom, *Inevitable Discovery: An Exception beyond the Fruits*, in *Am. Journal Crim. Law*, 1990, vol. 20, p.84.

129 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.119 nota 70.

130 S. Maffei, *Il mantello della legge*, p.366. L'Autore sottolinea inoltre come negli ultimi anni l'eccezione del ritrovamento inevitabile sia interpretata con larghezza dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ritenendo sufficiente che la scoperta rappresenti una mera ipotesi investigativa. Viceversa, gli interpreti più garantisti ritengono necessaria la prova di un'effettiva e concreta iniziativa di ricerca (*active pursuit*), già strutturata ed organizzata nel dettaglio da parte degli agenti di polizia.

131 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), in *supreme.justia.com*.

132 *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984), in *supreme.justia.com*.

133 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, pp.121-122; C. Conti, *Accertamento del fatto*, p.359.

134 *United States v. McClain*, 444 F. 3D 556 (2005), in *supreme.justia.com*.

buona fede, non è sufficiente una semplice convinzione soggettiva circa la legittimità del proprio operato, essendo contestualmente necessario che siffatto affidamento si fondi su ragioni oggettive (si parla in proposito di *objectively reasonable belief*).

CAPITOLO III

L'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza italiana nei confronti dell'inutilizzabilità derivata

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza 5021/1996 e la contraddittoria posizione della Corte di cassazione sul rapporto tra perquisizione e sequestro. – 3. Gli orientamenti della Corte costituzionale in materia di inutilizzabilità derivata – 4. La sentenza 219/2019: la Corte costituzionale tra tutela dei diritti fondamentali e scelte di politica criminale. – 4.1. (*segue*) I nuovi argomenti offerti dall'ordinanza 19 ottobre 2021 del Tribunale di Lecce e la sentenza 247/2022 della Consulta. – 5. Il caso Palamara: inutilizzabilità derivata e intercettazioni. L'ordinanza 11 giugno 2021 del GUP del tribunale di Perugia. – 6. Soluzioni alternative alla problematica figura dell'inutilizzabilità derivata.

1. Premessa.

Come illustrato nel precedente capitolo¹, l'ordinamento italiano si caratterizza per un radicale ripudio del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata.

Nonostante le influenze della *theory of the fruit of the poisonous tree* provenienti da oltreoceano, l'impostazione tradizionale del sistema italiano è ancorata alla logica del *male captum bene retentum*, rivelando un'evidente contraddittorietà interna: da una parte infatti nel nostro ordinamento è pacificamente accolto il principio di non sostituibilità della prova², dall'altra viene energicamente negata cittadinanza alla figura dell'inutilizzabilità derivata³. La contraddizione è palese se si pensa che entrambi questi concetti sono stati pensati ed elaborati per assicurare effettiva tutela ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti: posto che l'infungibilità delle prove ha la funzione di contrastare prassi elusive dei divieti probatori, non si comprende per quale motivo legittimare l'acquisizione (e la conseguente utilizzabilità) di prove ottenute in ragione di simili violazioni. La stessa giurisprudenza italiana, negli ultimi decenni, ha mostrato una posizione ambigua sul punto, dando vita a pronunce ondivaghe e caratterizzate a loro volta da contraddizioni interne, in quanto ad apprezzamenti al garantismo costituzionale e ai suoi principi, posti a fondamento dell'istituto

1 *Supra*, cap.II, par.5.

2 Sul punto, *supra*, cap.II, par.4.

3 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, pp.64-65.

dell'inutilizzabilità derivata, ha fatto seguito una costante disapplicazione degli stessi.

Nel presente capitolo verranno illustrate le decisioni più emblematiche sul punto, rese a partire dalla fine degli anni Novanta: a tale periodo è infatti da ricondurre la nascita dei primi contrasti in materia di inutilizzabilità derivata, a seguito sia dell'introduzione, nel codice di procedura penale del 1988, della sanzione dell'inutilizzabilità, sia del contesto socio-politico in cui si trovava all'epoca il nostro Paese, caratterizzato da plurimi scandali scaturenti da attività investigative non conformi alla disciplina vigente.

2. La sentenza 5021/1996 e la contraddittoria posizione della Corte di cassazione sul rapporto tra perquisizione e sequestro.

La decisione da cui è necessario prendere le mosse è la sentenza Sala del 27 marzo 1996, n.5021⁴, resa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione dopo essere state chiamate a pronunciarsi sul delicato e controverso rapporto tra perquisizione e sequestro.

Nel caso di specie, l'imputato era stato dichiarato colpevole dal tribunale di Modena per il reato di cui all'articolo 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n.309 (Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope), sulla base del sequestro di circa trentuno grammi di cocaina, rinvenuti dalla Guardia di finanza a seguito di una perquisizione domiciliare eseguita senza la necessaria autorizzazione da parte dell'autorità giurisdizionale competente. Nel giudizio di appello, esperito a seguito di impugnazione proposta dall'imputato, la condanna fu confermata dalla Corte di appello di Bologna: i giudici, pur riconoscendo l'illegittimità della perquisizione, poiché condotta in assenza di motivi di particolare urgenza tali da giustificare la mancata preventiva autorizzazione dell'autorità competente, ritennero comunque utilizzabile (ai fini della prova del commesso reato) il sequestro della droga rinvenuta nel corso della perquisizione stessa. Inoltre, la Corte rilevò come la predetta illegittimità della perquisizione non potesse diffondere i propri effetti invalidanti al sequestro, non sussistendo tra i due istituti alcun rapporto di stretta consequenzialità giuridica ed essendo subordinati a diversi presupposti, nonché destinati ad assolvere diverse funzioni.

⁴ Cass., Sez.Un., 27 marzo 1996, Sala, n.5021, in *Cass.pen.*, 1996, p.3268 ss., con nota di M.Vessichelli, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima.*

Avverso la sentenza, l'imputato presentò ricorso per cassazione denunciando la violazione dell'articolo 191 del codice di procedura penale, sostenendo che la Corte d'appello di Bologna non avrebbe potuto utilizzare, ai fini della motivazione della decisione assunta, né il sequestro della droga né le dichiarazioni testimoniali rese dagli agenti che vi avevano partecipato. Il ricorso è stato poi devoluto alle Sezioni Unite dalla Sesta sezione della suprema Corte.

La decisione delle Sezioni Unite, tuttavia, non si rivelò risolutiva del problema: al contrario, essa si caratterizza per una forte ambiguità e per una contraddittorietà interna tra le premesse e la conclusione finale. In prima battuta le Sezioni Unite hanno affermato in linea generale che tra perquisizione e sequestro esiste un rapporto di pregiudizialità giuridica, contrariamente alla Corte d'appello bolognese che aveva qualificato tale rapporto in termini meramente occasionali e cronologici⁵. Secondo la Cassazione, l'attività perquirente, pur nella sua autonomia strutturale e funzionale, rappresenta «lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro», cosicché tra i due mezzi di ricerca della prova deve essere ritenuto sussistente un rapporto strumentale tale da configurare un unico procedimento acquisitivo della prova. Da ciò discende il fatto che, a seguito di una perquisizione illegittimamente svolta, appare insufficiente la «mera ricognizione positiva dell'avvenuta lesione del diritto soggettivo, come presupposto per l'eventuale applicazione di sanzioni amministrative o penali per colui o per coloro che ne sono stati gli autori». In presenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo, è bene che le conseguenze si riflettano anche sul terreno dell'utilizzabilità della prova⁶: l'illegittimità della perquisizione, allorquando si concretizza in una palese violazione dei diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, «non può non diffondere i suoi effetti invalidanti ai risultati che la ricerca ha permesso di acquisire», dunque al sequestro probatorio ad essa susseguente.

5 «La perquisizione, oltre ad essere un atto di investigazione diretta, è il mezzo più idoneo per la ricerca di una prova preesistente e, quindi, diviene partecipe del complesso procedimento acquisitivo della prova, a causa del rapporto strumentale che si pone tra la ricerca e la scoperta di ciò che può essere necessario o utile ai fini dell'indagine: nessuna prova, diversa da quelle che possono formarsi soltanto nel corso del procedimento, potrebbe essere acquisita al processo se una sua ricerca non sia stata compiuta e questa non abbia avuto esito positivo. Se è vero che una perquisizione, quale mezzo di ricerca di una prova, non può essere a quest'ultima assimilata e, quindi, è di per se stessa sottratta alla materiale possibilità di essere suscettibile di una diretta utilizzazione nel processo penale, è altrettanto vero che il rapporto funzionale che avvince la ricerca alla scoperta non può essere fondatamente escluso. Ne consegue che il rapporto tra perquisizione e sequestro non è esauribile nell'area riduttiva di una mera consequenzialità cronologica, [...]: la perquisizione non è soltanto l'antecedente cronologico del sequestro, ma rappresenta lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro», cit.

6 M.Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, CEDAM, 2005, cit. p.192.

Sulla base di queste premesse, le Sezioni Unite sembrano accogliere la dottrina dei frutti dell'albero avvelenato di stampo nordamericano, riconoscendo, così, la figura dell'inutilizzabilità derivata e ricollegando in particolare la trasmissibilità del vizio alla categoria della prova incostituzionale, se non fosse che la portata di siffatte argomentazioni viene subito dopo ridotta mediante una virata improvvisa verso i dogmi cari all'opposta teoria del *male captum bene retentum*.

La Corte ha infatti specificato che le regole anzidette non trovano applicazione nel caso in cui il risultato della perquisizione sia il sequestro del corpo del reato o di cose ad esso pertinenti, disciplinato dall'articolo 253 comma 1 del codice di rito, secondo cui «L'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti».

Mediante l'articolo 253 comma 1 c.p.p., sarebbe l'ordinamento stesso a imporre al perquirente l'acquisizione della *res* mediante la sua sottoposizione a sequestro, essendo irrilevante il modo con il quale si è pervenuti a tale apprensione coattiva: posta dunque l'obbligatorietà dell'apprensione del bene all'esito della perquisizione, in siffatte circostanze il sequestro rappresenterebbe un «atto dovuto», la cui omissione esporrebbe i suoi autori a specifiche responsabilità penali⁷. L'acquisizione di determinate prove dovrebbe essere pertanto ritenuta una necessità prevalente rispetto alla tutela delle corrette modalità di procedere, con la conseguenza che eventuali irregolarità saranno ritenute rilevanti esclusivamente ai fini di sanzioni disciplinari o penali ma non come cause determinanti l'invalidità del sequestro⁸.

La sentenza in questione è stata fortemente criticata in dottrina. Innanzitutto è difficilmente configurabile l'ipotesi di una perquisizione illegittima a cui faccia seguito il sequestro di beni diversi dal corpo di reato o di cose pertinenti al reato, considerata l'ampiezza che si tende a riconoscere a quest'ultima nozione⁹, con la conseguenza che non è ben chiaro il concreto ambito di applicazione delle premesse elaborate dalla Corte: i principi inizialmente delineati non troverebbero mai alcuna applicazione, dovendo sempre ritenere integrata l'eccezione relativa al rinvenimento del corpo di reato

7 Nello stesso senso, Cass., Sez.II, sent., 30 gennaio 2006, n.3615, in *Dir.pen.proc.*, 2006, p.1513 ss: «[...] 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», cit.

8 In tal senso anche Cass., Sez.IV, sent., 27 febbraio 2003, in *Cass.pen.*, 2004, p.3338 ss. Il principio così elaborato ha avuto inevitabili ripercussioni anche su altre pronunce di legittimità, portando la stessa Corte di cassazione a ritenere invalido il sequestro di cose della cui esistenza si è venuti a conoscenza in seguito ad un interrogatorio poi dichiarato nullo, Cass., Sez.IV, sent., 28 marzo 1996, in *CED Cass.*, 204451.

9 M.Vessichelli, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro*, cit. p.3275; M.Montagna, *I sequestri*, p.193.

o delle cose ad esso pertinenti. Inoltre deve essere considerato l'articolo 252 del codice di rito, il quale impone il sequestro delle cose rinvenute a seguito di una perquisizione: se da una parte è vero, come sostenuto dalla Corte, che il sequestro disciplinato dall'articolo 253 comma 1 è un atto dovuto, è altrettanto vero che la perquisizione non è mai fine a se stessa, essendo al contrario indirizzata all'ottenimento di dati ed elementi a cui dare una rilevanza probatoria. Siffatta constatazione ha come logica conseguenza il fatto che l'atto dovuto di cui parla la Cassazione è il frutto di un procedimento complesso di acquisizione della prova, nell'ambito del quale la perquisizione rappresenta un requisito indispensabile e antecedente al sequestro¹⁰. Ne consegue che la doverosità del sequestro è una logica conseguenza del rapporto strumentale che intercorre tra perquisizione e sequestro, e non può pertanto essere invocata al fine di impedire che le irregolarità commesse nel corso della perquisizione abbiano una qualche ripercussione anche sulla successiva operazione di materiale impossessamento del bene rinvenuto.

Un'altra critica mossa alle Sezioni Unite si basa sul fatto che all'interno del ragionamento è possibile individuare una sostanziale commistione tra i due diversi momenti della materiale apprensione della *res* (che si realizza per l'appunto attraverso il sequestro) e il suo "divenire" prova attraverso l'assunzione in giudizio. Il fatto che il perquirente sia tenuto a procedere al sequestro delle cose rinvenute grazie all'attività di ricerca, indipendentemente dalle modalità di svolgimento della stessa, non comporta che il bene così sequestrato diventi automaticamente prova in senso processuale: la legittimità e dunque l'utilizzabilità di un elemento di prova sono oggetto di una valutazione che deve essere esperita dal giudice, in sede dibattimentale e nel contraddittorio delle parti. Ne consegue pertanto che, interpretandolo in questo modo, il sistema appare perfettamente equilibrato e coerente: da una parte ritiene del tutto irrilevanti, per procedere al sequestro, le modalità con cui gli inquirenti sono giunti al rinvenimento e all'apprensione materiale del bene, dall'altra, attraverso la previsione dell'articolo 191 c.p.p., impone un doveroso "vaglio postumo" circa l'utilizzabilità della *res* così acquisita, al fine ultimo di escludere dal novero delle prove tutti gli elementi acquisiti in palese violazione di un divieto probatorio¹¹.

In ogni caso, come facilmente deducibile, la sentenza in questione non ha dissipato i dubbi circa il corretto inquadramento del rapporto tra perquisizione e sequestro,

10 M.Montagna, *I sequestri*, cit. p.194; M.Montagna, *Il "male captum bene rententum"*, p.1125 ss.

11 Così L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.86.

lasciando aperti numerosi interrogativi e, anzi, portando alla nascita di ulteriori dubbi interpretativi.

3. *Gli orientamenti della Corte costituzionale in materia di inutilizzabilità derivata.*

Così come la giurisprudenza di legittimità, anche quella costituzionale ha avuto modo di confrontarsi con il delicato tema dell'inutilizzabilità derivata, dando a sua volta pronunce non completamente risolutive del problema e che hanno contribuito ad allargarne le zone d'ombra.

Innanzitutto è possibile citare due sentenze del 1998¹² aventi ad oggetto un conflitto di attribuzione tra il Presidente del Consiglio dei ministri ed il Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Bologna, relativo ad una vicenda in cui il pubblico ministero aveva svolto le proprie indagini ricavando la *notitia criminis* da fonti coperte dal segreto di Stato. Tale conflitto è stato risolto dalla Corte in favore del Presidente del Consiglio, annullando gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero; tuttavia, a seguito di siffatto annullamento, il procuratore ha riformulato la richiesta di rinvio a giudizio, andando poi incontro al medesimo risultato.

In queste due sentenze, la Corte costituzionale ha affermato che l'esistenza del segreto di Stato impedisce all'autorità giudiziaria di acquisire, e di conseguenza utilizzare, elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto, con la precisazione che tale divieto coinvolge anche l'attività investigativa svolta sulla scorta di quelle conoscenze¹³. Tuttavia, non è precluso lo svolgimento di ulteriori approfondimenti investigativi aventi ad oggetto i fatti a cui si riferisce la *notitia criminis*, potendo il pubblico ministero esercitare l'azione penale qualora arrivi ad essere in possesso di elementi, acquisibili ed utilizzabili, idonei a sostenere l'accusa in giudizio e indipendenti dagli atti e documenti coperti dal segreto¹⁴.

12 C.cost., sent., 10 aprile 1998, n.110, in *Giur.cost.*, 1998, p.929 ss., e C.cost., sent., 16 dicembre 1998, n.410, in *Giur.cost.*, 1998, p.3552 ss.

13 In particolare, nella sentenza 110/1998, la Corte si è così espressa: «l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del consiglio dei ministri non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi 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 da 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».

14 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.268; L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.88; F.Cordero, *Procedura penale*, p.657 ss.

Sempre nel 1998, la Corte si trovò a risolvere una questione di legittimità costituzionale relativa all'articolo 103 comma 6 del codice di procedura penale¹⁵, sollevata dal tribunale di Genova in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione. In particolare, nel corso delle indagini preliminari era stato ordinato, da parte del Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Genova, previa perquisizione, il sequestro della documentazione «concernente i fatti d'indagine ed esistente nella cella del carcere dove l'inquisito era detenuto»: si trattava nello specifico di appunti scritti dall'indagato al fine di facilitare la propria difesa in vista di un interrogatorio. Proposta richiesta di riesame avverso tale provvedimento, il tribunale di Genova ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 103 comma 6 nella parte in cui non prevede il divieto di sottoporre a sequestro gli scritti formati dall'imputato (e dall'indagato) appositamente ed esclusivamente come appunto per facilitare la difesa negli interrogatori.

La Consulta, ritenendo che il tribunale di Genova avrebbe dovuto annullare il provvedimento di perquisizione e sequestro del quale era stato chiesto il riesame, poiché esso era stato disposto illegittimamente dal pubblico ministero, dichiarò infondata la questione¹⁶: secondo i giudici, inoltre, anche laddove l'interessato non avesse provveduto ad attivare il riesame, i documenti eventualmente sequestrati avrebbero dovuto essere ritenuti inutilizzabili, trattandosi di prove illegittimamente acquisite derivanti da un'attività perquirente disposta in evidente violazione dei diritti di difesa dell'imputato¹⁷.

Con le sentenze citate, la Corte costituzionale parve porsi in aperto contrasto con la posizione della giurisprudenza di legittimità dell'epoca: mentre quest'ultima si mostrava tentennante e restia dall'allontanarsi dai dogmi del *male captum bene retentum*, la

15 Secondo tale disposizione, «Sono vietati il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore [...], salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato».

16 C.cost., sent., 1 giugno 1998, n.229, in *cortecostituzionale.it*.

17 «Senonché ci si trova qui in presenza non di una lacuna normativa da colmare con una sentenza additiva della Corte, bensì di un provvedimento del tutto contrario alle regole del processo e direttamente lesivo di principi costituzionali. Invero il fatto che il provvedimento qualifichi la perquisizione come funzionale alla apprensione degli appunti e, quindi, alla verifica della corrispondenza dei documenti sequestrati al contenuto dell'interrogatorio, si risolve in una palese diretta violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto all'autodifesa. Tanto da rivelare la predisposizione da parte dell'autorità giudiziaria di uno strumento di tale invasività della sfera privata (a nulla rilevando che, nella specie, l'inquisito si trovasse *in vinculis*), proprio al fine di vulnerare il diritto presidiato dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione, da comportare, oltre tutto, una surrettizia quanto censurabile lesione delle regole dettate in tema di interrogatorio dallo stesso codice di procedura penale. Un vizio, dunque, che travalica la stessa impossibilità di utilizzazione dei documenti sequestrati (che potrebbe, in diverse ipotesi, discendere da un'occasionale, non voluta apprensione di documenti non utilizzabili oltretutto da un divieto sopravvenuto di utilizzazione) per rivelare l'inidoneità del documento ad identificarsi in uno schema legale», cit.

Consulta sembrava incline a riconoscere l'operatività del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata, ponendosi in linea con i pensieri dottrinali e giurisprudenziali nordamericani.

Tuttavia tale contrasto è stato sopito con una pronuncia di qualche anno successiva, con cui la Corte costituzionale ha di fatto accolto l'orientamento che nega l'esistenza dell'inutilizzabilità derivata¹⁸, nell'ambito di una vicenda relativa proprio al rapporto tra perquisizione e sequestro. In particolare, era stato presentato ricorso in via incidentale da parte del g.i.p. del tribunale di Bolzano, dopo che quest'ultimo era stato chiamato a pronunciarsi, nel corso dell'udienza di convalida, sulla legittimità dell'arresto dell'indagato, trovato in possesso di alcuni grammi di sostanza stupefacente all'esito di una perquisizione eseguita d'iniziativa della polizia giudiziaria.

Stando a quanto sostenuto dagli agenti, la perquisizione era stata condotta a seguito della ricezione di un'informazione confidenziale secondo cui l'arrestato avrebbe occultato armi nel proprio esercizio commerciale, in adempimento pertanto dell'obbligo previsto dall'articolo 41 del T.U.L.P.S. (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con il r.d. 18 giugno 1931, n.773)¹⁹. Al contrario, l'arrestato sosteneva che siffatto articolo era stato invocato pretestuosamente dalla polizia, e che la perquisizione era *ab initio* finalizzata alla ricerca di materiale stupefacente e non di armi: questo anche alla luce del fatto che la droga era stata rinvenuta all'interno di un piccolo contenitore collocato su un bancone, palesemente inidoneo ad occultare al suo interno delle armi, cioè l'oggetto della ricerca secondo le parole dei perquirenti.

Il g.i.p. sollevò tre questioni di legittimità costituzionale, delle quali quella che più interessa in questa sede è relativa all'articolo 191 c.p.p., ritenuto dal giudice *a quo* in contrasto con l'articolo 24 della Costituzione, «nella parte in cui tale disposizione – alla luce, anche, della interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità – consente la utilizzazione di prove che derivano, non solo in via diretta, ma anche "in via mediata", da un atto posto in essere in violazione di divieti, e, in particolare, nella parte in cui consente l'utilizzazione del risultato di una perquisizione nulla».

Si apriva così davanti alla Corte costituzionale la possibilità di fornire una risposta risolutiva, o quantomeno maggiormente chiarificatrice, al quesito relativo non soltanto

18 C.cost., ord., 24 settembre 2001, n.332, in *cortecostituzionale.it*.

19 L'articolo in questione dispone infatti che: «Gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria, che abbiano notizia, anche se per indizio, della esistenza, in qualsiasi locale pubblico o privato o in qualsiasi abitazione, di armi, munizioni o materie esplodenti, non denunziate o non consegnate o comunque abusivamente detenute, procedono immediatamente a perquisizione e sequestro».

al rapporto tra perquisizione e sequestro, ma più in generale alla sorte di elementi probatori "derivanti" da prove illegittimamente acquisite. Un'occasione che tuttavia non è stata colta dalla Consulta, la quale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, sulla base del fatto che, *de iure condito*, il concetto di "vizio derivato" non è estendibile alla disciplina delle inutilizzabilità, essendo previsto dal legislatore esclusivamente in relazione al tema delle nullità ai sensi dell'articolo 185 comma 1²⁰. La Corte inoltre, dopo aver messo in luce la delicatezza della materia, ha tra le righe auspicato un intervento del legislatore sul punto²¹, limitandosi così ad argomentazioni molto sintetiche e peccando di incisività: ci si sarebbe aspettato una presa di posizione più forte e decisa dalla Consulta, considerato anche il fatto che nelle decisioni del 1998 essa era apparsa intenzionata ad incidere sulla materia e ci si trovava negli anni subito successivi alla sentenza 5021/1996 delle Sezioni Unite, che aveva alzato un «polverone interpretativo» di non poco conto²². Alla luce di ciò, un approfondimento da parte della Corte di queste delicate tematiche sarebbe stato quantomeno doveroso, oltre che necessario.

Quanto al legislatore, l'invito contenuto nell'ordinanza del 2001 non è stato colto: ad oggi, l'istituto dell'inutilizzabilità derivata non ha una regolamentazione nel diritto positivo, fatta eccezione per alcune sporadiche e specifiche discipline normative introdotte oramai quasi vent'anni orsono, nel biennio 2006-2007²³, e per la novella del

20 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.269.

21 «[...] in definitiva, l'accoglimento del quesito comporterebbe, da parte di questa Corte, l'esercizio di opzioni che l'ordinamento riserva esclusivamente al legislatore, in una tematica, per di più, che - quale quella dei rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori - ammette, già' sul piano logico, un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative».

22 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit. p.88.

23 Possono essere richiamate in particolare la legge 20 novembre 2006, n.281, recante «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche» e la legge 3 agosto 2007, n.124, che ha innovato la disciplina del segreto di Stato. La grande novità della legge 281/2006, della quale si è già ampiamente parlato nel capitolo I della presente trattazione, è costituita dall'introduzione di una forma di inutilizzabilità "rafforzata", poiché accompagnata dall'obbligo di distruzione del materiale, avente ad oggetto tutti i documenti e gli atti relativi a intercettazioni telefoniche o telematiche illegittimamente effettuate. Al fine di reprimere attività di spionaggio e "dossieraggio" illecite, ai sensi di questa disciplina devono ritenersi inutilizzabili (e devono inoltre essere distrutte) tutte le risultanze probatorie originate da siffatte condotte illecite. Con la legge 124/2007 il legislatore ha invece recepito quanto affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze 110/1998 e 410/1998 proprio in materia di segreto di Stato: la novità più importante introdotta con tale legge è costituita dalla modifica dell'articolo 202 c.p.p., il cui comma 5 afferma che «l'opposizione del segreto di Stato, confermata con atto motivato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, inibisce all'autorità giudiziaria l'acquisizione e l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto», mentre ai sensi de comma 6 «Non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto». Il divieto di utilizzazione in questione, pertanto, non può non rappresentare "una prima vera positivizzazione dell'inutilizzabilità derivata», C.Bonzano, *Il segreto di Stato nel processo penale*, CEDAM, 2010, cit., p.112 ss.

2017 che ha riformato la disciplina della tortura. In quest'ultimo caso, come si vedrà ampiamente nel capitolo successivo²⁴, il legislatore ha deciso di introdurre una regola di inutilizzabilità "rafforzata", in base alla quale non possono essere utilizzate non soltanto le dichiarazioni ma anche qualsiasi altra informazione ottenuta mediante la commissione del reato di tortura (articolo 191 comma 2-bis c.p.p.).

Tuttavia, la dottrina ha opportunamente rilevato che seppur apprezzabili, questi interventi risultano eccessivamente settoriali per poter essere considerate come una solida base alla quale ancorare un criterio ermeneutico di portata generale²⁵: il silenzio del legislatore sul punto ha inevitabilmente contribuito al costante sviluppo di dubbi ermenutici attorno alla figura dell'inutilizzabilità derivata, e non sorprende che anche negli anni più recenti la Corte costituzionale si è trovata a dover affrontare nuovamente la questione.

4. La sentenza 219/2019: la Corte costituzionale tra tutela dei diritti fondamentali e scelte di politica criminale.

Con la sentenza del 3 ottobre 2019, n.219²⁶, la Consulta è tornata ad occuparsi della *vetata quaestio* dell'inutilizzabilità derivata, nell'ambito di una vicenda relativa (nuovamente) al rapporto tra perquisizione illegittima e conseguente sequestro delle cose rinvenute²⁷. In particolare era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 191 c.p.p., in riferimento agli articoli 2, 3, 13, 14, 27, 97 comma 2 e 117 comma 1 della Costituzione, da parte del g.u.p. del tribunale di Lecce: il giudice *a quo*, attraverso due distinte ordinanze di rimessione, invocava l'illegittimità della norma in questione «nella parte in cui – secondo l'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, assunta quale diritto vivente – non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il

24 *Infra*, cap.IV.

25 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit. p.163; P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit. p.117.

26 C.cost., sent., 3 ottobre 2019, n.219, in *cortecostituzionale.it*.

27 Sul punto, N.Galantini, *Alla ricerca dell'inutilizzabilità "derivata"*, in *Sistema Penale*, 2021, n.3, p.151 ss.; C.Morselli, *L'idolo del "sequestro" come atto dovuto che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Proc.pen.giust.*, 2020, n.10, p.111 ss.; G.Picaro, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *Arch.pen.*, 2017, n.2; Per un approfondito commento si veda anche C.Iasevoli, *La funzione "dissuasiva" del processo penale*, in (a cura di) C.Iasevoli, *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p.338 ss.

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».

Il g.u.p. leccese era stato chiamato a giudicare, nelle forme del rito abbreviato, un soggetto imputato per la detenzione di sostanze stupefacenti per uso non personale: gli elementi a carico erano costituiti dai risultati dell'ispezione di un bagaglio, della perquisizione personale e di quella domiciliare, operazioni effettuate da militari dell'Arma dei carabinieri di propria iniziativa e grazie alle quali erano stati rinvenuti diversi grammi di sostanze stupefacenti.

In particolare, stando a quanto riportato nel processo verbale delle operazioni, siffatte attività erano state indotte da due ordini di ragioni, ovverosia da un generico «atteggiamento asseritamente sospetto» tenuto dall'imputato, e dalla circostanza che «fonti confidenziali» avevano indicato quest'ultimo come uno spacciatore della zona.

I militari, avendo oltretutto assistito alla consegna di una banconota all'imputato da parte di un altro soggetto (che poi si era rivelato essere il fratello), nonché della presenza di diversi tossicodipendenti nella zona, avevano proceduto all'identificazione di tutti questi soggetti, alla perquisizione personale dell'imputato e all'ispezione del bagaglio che portava con sé; avendogli trovato in tasca tre involucri di sostanza stupefacente, avevano effettuato altresì una perquisizione domiciliare, all'esito della quale avevano rivenuto ulteriore sostanza, conseguentemente sottoposta a sequestro.

Ad avviso del giudice *a quo*, tali atti di ispezione e perquisizione avrebbero dovuto ritenersi abusivi ed illegittimi, essendo stati eseguiti al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge: secondo quanto disposto dagli articoli 13 e 14 della Costituzione, infatti, la libertà personale e domiciliare può essere limitata esclusivamente nei modi e nei casi previsti dalla legge. Nel caso di specie, il g.u.p. esclude l'applicabilità tanto dell'articolo 352 c.p.p., che consente di effettuare perquisizioni nelle ipotesi di flagranza di reato, quanto dell'articolo 103 del d.P.R. 309/1990, secondo cui la polizia giudiziaria può procedere a siffatte operazioni quando ha il *fondato motivo* di ritenere che possano essere rivenute sostanze stupefacenti o psicotrope, e in presenza di *motivi di particolare necessità ed urgenza* che non consentano di richiedere l'autorizzazione del magistrato competente.

Inoltre, alle operazioni della polizia giudiziaria faceva seguito il provvedimento di

convalida del sequestro del pubblico ministero totalmente privo di motivazione, a tal punto che ad avviso del giudice rimettente non era stato possibile evincere «in base a quali ragioni il pubblico ministero [avesse] ritenuto legittimo l'operato della polizia giudiziaria».

Il giudice *a quo* reputava applicabile nel caso di specie l'articolo 191 del codice di rito, dando alla norma in questione una "piena esegesi", «apparendo evidente che la polizia giudiziaria, allorché procede a un atto di perquisizione fuori dei casi consentiti, compie un atto che le è vietato, e non semplicemente un atto irrituale o nullo»: secondo la ricostruzione del giudice rimettente, pertanto, gli atti di indagine effettuati dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi previsti integrerebbero la violazione di un divieto probatorio ai sensi dell'articolo 191, con conseguente inutilizzabilità degli elementi ottenuti.

Nonostante ciò, egli mise in luce che la norma, così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, a tal punto da dare luogo a un vero e proprio diritto vivente, fosse di segno totalmente opposto: il riferimento è all'orientamento giurisprudenziale cristallizzato a partire dalla sentenza 5021/1996, sulla scia della quale la giurisprudenza si è negli anni assestata monoliticamente sul negare riconoscimento alla figura dell'inutilizzabilità derivata.

Rilevando pertanto che siffatta consolidata interpretazione fosse contraria al dettato costituzionale, il g.u.p. di Lecce aveva provveduto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Ancora una volta, la risposta della Consulta è parsa ai più deludente, seppur maggiormente articolata rispetto all'ordinanza del 2001: anche in questo caso la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione, ribadendo ulteriormente la propria posizione sul punto.

In prima battuta la Corte ha sottolineato come la consolidata giurisprudenza di legittimità riconosca la natura tassativa ed eccezionale dei divieti probatori, rilevanti ai sensi dell'articolo 191 comma 1 c.p.p.: poiché essi comprimono il diritto alla prova (considerato uno dei pilastri del giusto processo accusatorio), devono necessariamente trovare il proprio fondamento in specifiche «scelte di politica processuale» che competono esclusivamente al legislatore, essendo finalizzate a preservare valori di rango costituzionale parimenti meritevoli di tutela²⁸. Sulla base di siffatta premessa, e

28 In tal senso, Cass.Sez.Un., 9 aprile 2010, n.13426, consultabile in *altalex.com*, in cui la Corte di Cassazione aveva affermato che «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

ribadendo la differenza tra nullità e inutilizzabilità, la Corte ha affermato l'impossibilità di estendere in via analogica il principio che l'articolo 185 c.p.p. riconosce solo in relazione alle nullità, dunque la trasmissibilità del vizio da un atto invalido a quelli ad esso successivi e dipendenti: poiché l'invalidità derivata risulta codificata esclusivamente nella disciplina della nullità, essa non può essere ritenuta applicabile anche alla diversa ipotesi in cui un atto probatorio risulti inutilizzabile ai sensi dell'articolo 191; asserendo il contrario, ad avviso dei giudici costituzionali, si andrebbe a violare il rigoroso regime di tassatività e tipicità posto alla base del sistema dei divieti probatori.

Secondo il Giudice delle leggi, il *petitum* formulato dal giudice *a quo* è inammissibile in quanto fondato su una richiesta fortemente manipolativa, ovverosia la creazione, mediante una pronuncia additiva, di un nuovo caso di inutilizzabilità e di un divieto probatorio non previsto dalla legge²⁹, sconfinando in un campo che è del tutto prerogativa del legislatore.

Emblematico a riguardo è il seguente passaggio della sentenza:

«Derivando il divieto probatorio e la conseguente "sanzione" della 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. Del resto, è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale tale principio, valido per le nullità, non si applica in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non quelle la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite».

Il ragionamento tuttavia non convince. La discrezionalità legislativa, infatti, chiamata in causa dalla Consulta, pare un mero argomento pretestuoso per non decidere³⁰, e la dichiarazione di inammissibilità sembra il frutto di una valutazione circa la soluzione "politica" più comoda³¹ poiché, secondo i giudici, un'eventuale declaratoria di incostituzionalità avrebbe invaso la sfera riservata alle scelte e al potere discrezionale del legislatore. Deve essere innanzitutto evidenziato come la Corte incappi preliminarmente in un errore di fondo, poiché con le pronunce di tipo additivo non

probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale».

29 C.Iasevoli, *La funzione "dissuasiva"*, cit., p.338; G.Picaro, *Perquisizione illegittima*, cit., p.5.

30 C.Iasevoli, *La funzione "dissuasiva"*, cit. p.339.

31 «Ma a chi, se non alla Corte costituzionale, compete il potere di dire con chiarezza se le garanzie della libertà personale e del domicilio implicano o no, in caso di violazione, l'irrelevanza delle prove così ottenute?», P.Ferrua, *Prove illegittimamente acquisite*, cit., p.1256.

viene esercitata alcuna funzione legislativa: con esse la Corte non crea autonomamente la norma, ma si limita ad individuare quella ricavabile dai principi costituzionali al fine di riempire immediatamente la lacuna presente nell'ordinamento, nell'attesa che il legislatore intervenga sul punto³². E così come rilevato dal giudice *a quo*, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 191 induce necessariamente a ritenere inutilizzabili tutte le risultanze di perquisizioni e/o ispezioni illegittime, in quanto lesive della libertà personale e/o domiciliare tutelate dagli articoli 13 e 14 della Costituzione: tuttavia, le argomentazioni del giudice rimettente sono state del tutto trascurate dalla Corte costituzionale, in virtù di un potenziale conflitto tra quest'ultima e il legislatore³³.

Inoltre, nel motivare la propria decisione, la Corte richiama i precedenti giurisprudenziali sul punto, tra cui la posizione delle Sezioni Unite in merito al rapporto tra perquisizione e sequestro, sottolineando come l'orientamento consolidato, costituente oramai diritto vivente, sia di segno diametralmente opposto rispetto a quello proposto dal giudice rimettente. A riguardo, ulteriore elemento trascurato dai giudici costituzionali è stato il fatto che il g.u.p. leccese abbia preliminarmente considerato tale orientamento, adempiendo all'onere di verificare la praticabilità di un'interpretazione adeguatrice ma riscontrando l'incompatibilità del diritto vivente con la Costituzione: osservando quanto detto in passato dalla stessa Corte costituzionale³⁴, ha ritenuto pertanto necessario e doveroso sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale.

A parere di chi scrive, ciò che stupisce è anche il fatto che da ormai diversi anni è pacificamente riconosciuta la categoria della prova incostituzionale, la quale ricomprende tutti quegli elementi acquisiti in violazione dei diritti costituzionalmente garantiti: non si comprende pertanto questa ritrosia della Consulta nel dichiarare l'incostituzionalità del consolidato orientamento giurisprudenziale che dà all'articolo 191 una lettura tale da rendere utilizzabili elementi probatori ottenuti attraverso la

32 R.Bin, G.Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2016, pp.497-498; V.Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, 1993, pp.407-408.

33 Molto evocativa sul punto è un'osservazione fatta in dottrina: «è come se il giudice delle leggi avesse abdicato alla propria funzione di controllo; da qui l'esigenza di farsi scudo con i precedenti giurisprudenziali, pur essendo consapevole che la dichiarazione di inammissibilità avrebbe sottratto definitivamente la questione alla propria cognizione», C.Iasevoli, *La funzione "dissuasiva"*, cit., p.338.

34 «Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge», così C.cost., sent., 24 luglio 2009, n.239, in *cortecostituzionale.it*.

precedente violazione di diritti fondamentali quali la libertà personale o la libertà domiciliare, come nel caso per l'appunto del rapporto tra perquisizione illegittima e susseguente sequestro.

La posizione della Consulta non convince nemmeno tentando di giustificarla invocando un presunto giudizio di bilanciamento tra i diritti individuali costituzionalmente garantiti e l'interesse all'accertamento della verità: una simile operazione richiede infatti che sia sorto un conflitto tra interessi di pari rango, e anche volendo riconoscere all'accertamento della verità materiale una qualche rilevanza costituzionale, risulta difficile riconoscergli la medesima importanza e centralità dell'inviolabilità personale o domiciliare. Alla luce di questa constatazione, è evidente che il consolidato orientamento in esame, avvallato dalla Corte costituzionale, mostri un'incoerenza di fondo con l'attuale sistema processuale, improntato sul rispetto dei canoni del giusto processo e sui diritti della persona: al contrario, esso appare ancorato alle ideologie del modello processuale vigente sotto il codice Rocco, in cui il giudice e le autorità inquirenti erano legittimate a compiere tutte le attività necessarie per il raggiungimento della verità.

La posizione della Corte costituzionale, così come enunciata nella sentenza 219/2019, è stata ulteriormente ribadita nella successiva sentenza 252/2020³⁵, emessa a seguito del reiterato ricorso incidentale presentato dal g.u.p. del tribunale di Lecce: la Consulta ha dichiarato che, nonostante qualche modifica nel *petitum*, la richiesta deve nuovamente considerarsi inammissibile, poiché comporta una valutazione di natura politica che sconfina nell'ambito di poteri discrezionali spettanti al legislatore. I giudici hanno così dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, essendo già stata precedentemente dichiarata non ammissibile con la sentenza 219/2019.

In conclusione, la sensazione che si ha leggendo queste sentenze è che la Corte costituzionale abbia voluto tutelare precise scelte di politica criminale, pervenendo ad una sostanziale erosione dei diritti costituzionalmente garantiti con la contestuale affermazione di una visione efficientistica della giustizia. D'altronde, come evidenziato in dottrina, sempre di più negli ultimi decenni si sta registrando un rafforzamento di finalità di prevenzione negativa, mediante una maggiore aggressività e invasività delle attività d'indagine, facendo prevalere l'interesse pubblico alla non dispersione della prova anche a costo di sacrificare la presunzione di non colpevolezza e i diritti di difesa

35 C.cost., sent., 26 novembre 2020, n.252, in *cortecostituzionale.it*.

e libertà³⁶: a ciò non può non aver contribuito anche la risonanza mediatica di diversi fatti di cronaca che ha suscitato forti reazioni da parte dell'opinione pubblica, la quale molto spesso si è scagliata contro le istituzioni e la politica.

In un simile contesto, l'imputato risulta dunque «prigioniero di una giustizia non troppo latamente autoritaria³⁷».

4.1. (segue) I nuovi argomenti offerti dall'ordinanza 19 ottobre 2021 del Tribunale di Lecce e la sentenza 247/2022 della Consulta.

Con un'ulteriore ordinanza, del 19 ottobre 2021³⁸, e con alcune interessanti varianti di notevole importanza, il tribunale di Lecce ha nuovamente sottoposto alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 191 e sollevato ulteriore questione in relazione all'articolo 352 del codice di procedura penale³⁹.

L'ordinanza risulta molto articolata e, a parere di chi scrive, emblematica delle problematiche che caratterizzano il consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di inutilizzabilità derivata, con particolare riguardo al rapporto intercorrente tra una perquisizione illegittima e il conseguente sequestro probatorio.

Il giudice *a quo*, dopo aver riepilogato i fatti del caso e aver illustrato il diritto vivente di creazione giurisprudenziale, cristallizzatosi a partire dalla sentenza Sala del 1996 pronunciata dalle Sezioni Unite, ha ribadito l'incostituzionalità, a suo avviso, dell'articolo 191 del codice di procedura penale, così come interpretato dalla giurisprudenza consolidata. I parametri costituzionali richiamati sono in particolare gli articoli 2, 3, 13, 14, 24, 97 comma 3, 111 e 117 della Costituzione; elemento di assoluta novità rispetto alle precedenti ordinanze è in particolare la presenza di un *tertium comparationis* rappresentato dall'articolo 103 del codice di procedura penale, contenente la disciplina circa le garanzie di libertà del difensore.

Per semplicità e chiarezza espositiva, è il caso di illustrare i vari motivi di censura seguendo lo schema utilizzato dal giudice *a quo* all'interno della propria ordinanza.

In prima battuta, il tribunale rimettente evidenzia il contrasto dell'interpretazione offerta

36 C.Iasevoli, *La funzione "dissuasiva"*, pp.328-329.

37 C.Iasevoli, *La funzione "dissuasiva"*, cit. p.328.

38 Trib.Lecce, ord., 19 ottobre 2021, n.18, consultabile su *sistemapenale.it*.

39 Sul punto, N.Galantini, *L'art.191 c.p.p. a confronto con la "inutilizzabilità derivata" in un nuovo giudizio costituzionale*, in *Sistema penale*, 18 gennaio 2022.

dalla giurisprudenza consolidata all'articolo 191 c.p.p. con gli articoli 13, 14 e 111 della Costituzione: si sottolinea in particolare come gli articoli 13 e 14 tutelino la libertà personale e domiciliare dell'individuo, prescrivendo che tali diritti possono essere limitati solo nei casi espressamente previsti dalla legge e sulla base di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria; le disposizioni in esame introducono pertanto una riserva di legge e una di provvedimento (motivato) dell'autorità giudiziaria, a cui è possibile derogare soltanto in casi eccezionali previsti dalla legge.

In particolare, nell'articolo 13 (richiamato per l'appunto dal successivo articolo 14) viene disposto che: «In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto».

Sul punto, il giudice ha sottolineato come il necessario provvedimento di convalida debba essere a sua volta motivato per poter essere considerato valido e idoneo a legittimare la perquisizione effettuata d'iniziativa dalla polizia giudiziaria: così come riconosciuto anche dalla stessa Corte costituzionale, con la sentenza 252/2020, all'autorizzazione resa oralmente da parte del pubblico ministero alla polizia giudiziaria (come in particolare si era verificato nel caso di specie) deve necessariamente seguire un provvedimento motivato di convalida, non essendo altrimenti possibile qualificare l'attività perquisitoria come legittima. D'altronde, come correttamente rilevato dal giudice rimettente, è la stessa Costituzione a imporre, all'articolo 111 comma 6, che tutti i provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria vengano motivati: un'interpretazione di segno contrario, pertanto, risulterebbe contraria al dettato costituzionale.

Ad avviso del giudice, inoltre, la perdita di efficacia a cui fanno riferimento gli articoli 13 e 14 non può che essere quella probatoria, poiché gli effetti limitativi della libertà personale e domiciliare, propri della perquisizione, si esauriscono con il compimento dell'atto⁴⁰: questo in quanto l'unica efficacia perdurante nel tempo che può essere ipotizzata riguardo ad atti di perquisizione o ispezione, i quali siano già stati compiuti e pertanto terminati nella loro esecuzione, è solo quella che attiene alla loro capacità

40 «[...] atteso che la perdita di efficacia prevista dagli artt.13 e 124 Cost. appare dover essere quella di natura probatoria, essendosi gli effetti limitativi della libertà personale (o domiciliare), propri della perquisizione, esauriti col compimento dell'atto, e gli unici altri effetti ipotizzabili, di cui la carta Costituzionale prevede l'inefficacia, non possono che essere quelli probatori», cit., Trib.Lecce, ord.18/2021, p.2.

probatoria; pertanto, la perdita di efficacia a cui fanno riferimento gli articoli 13 e 14 della Costituzione finisce per coincidere con la sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'articolo 191 del codice di rito.

Ciò premesso, è evidente che l'efficacia probatoria di una perquisizione è costituita dall'utilizzo processuale delle risultanze ottenute mediante tale attività, dunque i beni sottoposti al susseguente sequestro probatorio. Il giudice *a quo* rileva infatti che questi due mezzi di ricerca della prova «formano un binomio il cui scioglimento dissolve la prova», con la conseguenza che deve ritenersi che il legislatore costituzionale, parlando di perdita di efficacia probatoria anche con riferimento alle perquisizioni, abbia voluto rendere inutilizzabili tutte le acquisizioni probatorie illegittime, in quanto compiute in violazione della libertà personale o domiciliare.

Sulla base di questo ragionamento, l'articolo 191 risulta illegittimo se interpretato in modo tale da non sanzionare con l'inutilizzabilità anche tutto ciò che deriva dall'atto probatorio viziato: la teoria dei frutti dell'albero avvelenato sarebbe pertanto, secondo la visione del tribunale di Lecce, immanente nel tessuto costituzionale e in particolare all'interno degli articoli 13 e 14⁴¹. Sostenendo il contrario, si andrebbero a vanificare le garanzie previste da siffatti articoli a tutela e protezione dei diritti individuali.

Inoltre, come si accennava, il giudice *a quo* individua un *tertium comparationis* a sostegno del proprio ragionamento, evidenziando come l'istituto dell'inutilizzabilità derivata non possa dirsi estraneo neanche al sistema ordinario: l'articolo 103 del codice di rito, infatti, al comma 7 stabilisce che i risultati delle ispezioni, delle perquisizioni, dei sequestri, delle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni dettate dai commi precedenti del medesimo articolo (relative alle forme e ai limiti nel rispetto dei quali è possibile eseguire siffatte attività investigative presso gli uffici dei difensori), non possono essere utilizzati, e se si tratta di intercettazioni vi è anche il divieto della loro trascrizione.

Secondo le parole del rimettente, pertanto, l'articolo 103 comma 7 c.p.p. non prevede una mera inutilizzabilità dei singoli atti d'indagine: nell'ottica di un'effettività massima delle garanzie accessorie al libero esercizio del diritto di difesa, dispone espressamente l'inutilizzabilità dei *risultati* di tutte le attività investigative compiute in violazione della

41 «L'art.191 del codice di procedura penale è pertanto illegittimo costituzionalmente proprio perché letto nel senso che esso non colpisca anche ciò che deriva dall'atto probatorio inutilizzabile. La cosiddetta "teoria dei frutti dell'albero avvelenato", se estranea alla previsione dell'articolo 191 codice di procedura penale non lo è per contro al tessuto costituzionale nell'orbita delimitato dagli articoli 13 e 14 della Costituzione», cit., Trib.Lecce, ord.18/2021, p.21.

disciplina contenuta nella norma stessa. Ciò basterebbe a dimostrare che l'inutilizzabilità derivata non è un istituto completamente estraneo al nostro ordinamento giuridico, potendo pertanto l'articolo 103 c.7 c.p.p. fungere da «modello» su cui la Corte può basare la propria pronuncia di incostituzionalità dell'articolo 191 del codice di rito⁴².

Approfondendo il ragionamento sull'articolo 103 c.p.p., il giudice rimettente evidenzia come il diritto vivente relativo all'articolo 191 c.p.p. sia offensivo del principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Carta fondamentale, il quale impone di non sottoporre a trattamenti irrazionalmente differenti situazioni tra di loro comparabili: mettendo a raffronto l'articolo 191 e l'articolo 103 del codice di rito, infatti, si giungerebbe alla paradossale conclusione per cui i risultati di tutte le perquisizioni e le ispezioni illegittime condotte all'interno dell'ufficio del difensore non possono essere utilizzati, mentre le medesime attività investigative poste in essere al di fuori di siffatti luoghi permettono l'acquisizione di elementi validamente utilizzabili in sede processuale. La violazione del principio di uguaglianza emergerebbe anche prendendo in considerazione la disciplina in tema di intercettazioni, nell'ambito della quale è prevista una forma di inutilizzabilità "rafforzata" dall'obbligo di distruzione delle captazioni inutilizzabili: ad avviso del giudice rimettente, il diritto alla libertà e alla segretezza di comunicazioni, pur rientrando tra i diritti costituzionalmente garantiti, non può essere ritenuto dotato di maggior importanza rispetto all'inviolabilità personale e domiciliare, con la conseguenza che sarebbe incostituzionale prevedere nell'ambito di questi ultimi diritti una disciplina di portata ed intensità minore.

Ulteriormente violato sarebbe anche il principio di ragionevolezza: «È manifestamente irrazionale una disciplina che assicuri una tutela inferiore, sotto il piano delle garanzie complessive [...], ai diritti costituzionali, di tutela della persona e della inviolabilità del domicilio, rispetto a quella apprestata a tutela del diritto di difesa (per la precisazione, quell'aspetto del diritto di difesa che è dato dalla libertà e riservatezza delle comunicazioni tra l'imputato e il suo difensore) che, rispetto ai richiamati diritti, ha natura strumentale se non addirittura servente⁴³».

Il giudice rimettente segnala anche una palese violazione dell'articolo 97 comma 3 della Costituzione, in base al quale l'azione dei pubblici poteri deve essere improntata al principio di legalità: permettendo l'utilizzabilità di elementi acquisiti in via mediata grazie ad una condotta illegittima tenuta dagli inquirenti, siffatto principio risulta

⁴² Trib.Lecce, ord.18/2021 cit. p.23.

⁴³ Trib.Lecce, ord.18/2021, cit. p.25.

vanificato, oltre ad attribuire agli atti di indagine prevalenza sui diritti costituzionali dei singoli, con ulteriore palese violazione dell'art.3 della Costituzione. Quest'ultima disposizione, infatti, riveste un ruolo fondamentale in un ordinamento, come il nostro, dove la tutela dei diritti inviolabili della persona ha un'importanza centrale (o perlomeno, dovrebbe averla).

Deve anche essere messa in luce la contrarietà del diritto vivente sul punto rispetto all'art.24 della Costituzione, tutelante il diritto di difesa: come affermato in precedenza, nel caso sottoposto all'attenzione del tribunale di Lecce la perquisizione era stata effettuata dalla polizia giudiziaria sulla base di informazioni derivanti da «fonti confidenziali», a seguito della quale i carabinieri erano giunti all'acquisizione della sostanza stupefacente, costituente corpo del reato. Sulla base del consolidato orientamento giurisprudenziale, questi elementi sarebbero pienamente utilizzabili: il giudice rimettente evidenzia tuttavia che una siffatta conclusione lede in modo irreparabile il diritto di difesa dell'imputato, non essendo possibile verificare la genuinità e l'attendibilità di una fonte ignota o anonima⁴⁴.

Emblematico è anche il passaggio dell'ordinanza di rimessione in cui viene richiamato l'articolo 2 della Costituzione, in base al quale la Repubblica «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo»: tale principio finisce inevitabilmente per dissolversi laddove siano assenti effettive garanzie contro violazioni dei diritti inviolabili dell'individuo, tra cui rientrano la libertà personale e quella domiciliare. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale stessa, la previsione e la comminazione di sanzioni penali o disciplinari per le autorità procedenti, le quali hanno posto in essere atti di indagine illegittimi, non equivale a "garanzia" dei diritti fondamentali della persona, essendo altresì necessario predisporre strumenti ulteriori: «[...] il che implica la necessaria adozione di tutte le cautele necessarie non solo a punire, ma prima di tutto a prevenire, e cioè a proteggere tali diritti scoraggiandone la violazione⁴⁵».

In relazione a quest'ultimo aspetto, ad avviso del giudice *a quo*, verrebbe in luce anche

44 «[...] si pensi appunto a come l'insondabilità degli elementi che hanno spinto la pg alla perquisizione (come detto, una ignota ed insondabile fonte anonima) non consenta di verificare la genuinità e l'affidabilità della "catena indiziaria" e di escludere che possano essere stati proprio i terzi autori della propalazione confidenziale o anonima, o addirittura – come talora è purtroppo accaduto – le stesse forze di polizia, ad introdurre nell'abitazione la "res illicita" costituente supposta prova del reato; così evidenziandosi, sotto tale profilo, anche un contrasto con l'art.24 della Costituzione, per l'evidente limite che la tesi dell'utilizzabilità pone all'esplicazione del diritto di difesa, introducendo nell'ambito delle prove utilizzabili elementi di cui sia di fatto impossibile verificare approfonditamente la genuinità», cit. Trib.Lecce, ord.18/2021,cit., p.29.

45 Trib.Lecce, ord.18/2021, cit., p.30.

la violazione dell'articolo 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU), e, pertanto, il contrasto con l'articolo 117 della Costituzione, il quale impone allo Stato italiano il rispetto delle convenzioni internazionali. La Corte EDU, in diverse occasioni, ha infatti ribadito l'obbligo per gli Stati di assicurare adeguate garanzie contro l'abuso e l'arbitrarietà delle autorità inquirenti: in particolare viene citata, tra le altre, la sentenza emessa in data 27 settembre 2018 dalla Prima Sezione della Corte EDU nel caso *Brazzi contro Italia*⁴⁶, con la quale la Corte europea ha condannato l'Italia per violazione dell'articolo 8 della CEDU proprio in tema di perquisizione domiciliare⁴⁷. Nell'ambito di siffatta sentenza, la Corte EDU ha affermato che, nell'ottica di una tutela effettiva dei diritti, ogni Stato aderente alla Convenzione ha il dovere di assicurare garanzie efficaci contro la violazione dei diritti oggetto della CEDU: in relazione al caso di specie, la Corte era pertanto giunta ad affermare che allorquando venga ordinata una perquisizione in una fase precoce del procedimento penale, il rispetto dell'articolo 8 della CEDU comporta «che una perquisizione effettuata in questa fase deve offrire garanzie adeguate e sufficienti per evitare che venga usata per fornire alle autorità incaricate dell'inchiesta elementi compromettenti su persone non ancora identificate come sospettate di aver commesso un reato⁴⁸».

In particolare, la Corte EDU ha affermato che nel novero di queste garanzie devono

46C.Edu, Sez.I, sent., 27 settembre 2018, n.57278/11, consultabile in *giustizia.it*. Nella fattispecie concreta, il ricorrente, residente in Germania, era stato indagato per il reato di omesse dichiarazioni fiscali, relativamente all'anno di imposta 2003, avendo egli mantenuto il proprio domicilio fiscale in Italia. Il pubblico ministero aveva così disposto una perquisizione domiciliare al fine di acquisire i documenti pertinenti al reato a cui si procedeva, disponendone altresì l'eventuale sequestro probatorio; tuttavia, la perquisizione ebbe esito negativo. Dopo aver chiarito la propria situazione fiscale e aver dimostrato di pagare regolarmente le tasse nel proprio Paese di residenza, l'indagato propose ricorso per Cassazione avverso la perquisizione, a suo dire illegittima, ma la Corte ne dichiarò l'inammissibilità sulla base del fatto che gli articoli 247 e seguenti del codice di procedura penale non prevedono alcuna possibilità di impugnazione nel caso di esito negativo di una perquisizione, alla quale dunque non ha fatto seguito alcun sequestro; inoltre, secondo i giudici di legittimità, non era applicabile neanche la disciplina del ricorso straordinario per Cassazione, contenuta nell'articolo 111 comma 7 della Costituzione, in quanto il provvedimento che dispone la perquisizione non ha natura decisoria. Il ricorrente adì pertanto la Corte EDU, affermando che la perquisizione domiciliare disposta dal pubblico ministero aveva costituito un'ingerenza ingiustificata nel proprio diritto al rispetto della vita privata e del domicilio, tutelati dall'articolo 8 della CEDU: la Corte ha accolto il ricorso e condannato l'Italia per violazione dell'articolo 8, ritenendo che il ricorrente non disponesse né di alcun controllo di legalità *ex ante* della perquisizione, né di un sindacato *ex post* sulla legittimità della stessa.

47 Si riporta il testo dell'articolo 8 della Convenzione, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare": «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».

48 Nello stesso senso, C.Edu, *Modestou c. Grecia*, n.51693/13, §44, 16 marzo 2017.

essere fatti rientrare anche degli strumenti di controllo che assicurino almeno una verifica *ex post* in ordine all'effettiva ricorrenza delle condizioni che avrebbero legittimato lo svolgimento della perquisizione: richiamando alcuni propri precedenti sul punto, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto che tra tali strumenti di controllo e di tutela *ex post*, in caso di impossibilità ad attivarne altri, deve essere ricompresa anche l'esclusione degli esiti della perquisizione dal materiale probatorio utilizzabile.

Ne consegue, secondo il tribunale rimettente di Lecce, che qualora una perquisizione sia stata eseguita fuori dei casi previsti dalla legge, il giudice deve escludere dal novero degli elementi probatori utilizzabili quelli acquisiti mediante la stessa: una soluzione di segno contrario risulterebbe difforme ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo, traducendosi pertanto in una violazione dell'articolo 8 CEDU e dell'articolo 117 della Costituzione.

Come accennato in apertura del presente paragrafo, con l'ordinanza del 19 ottobre 2021 il tribunale di Lecce ha sollevato anche una questione di costituzionalità dell'articolo 352 del codice di procedura penale, per violazione degli articoli 2, 13 e 14 della Costituzione, ritenendo la disposizione incostituzionale nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui il pubblico ministero non provveda a convalidare la perquisizione nei termini di legge, ne divengano inutilizzabili tutti i risultati probatori anche in termini di inutilizzabilità derivata. Posto che con la sentenza 252/2020 la Corte costituzionale aveva accolto la questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 103 del d.p.r. 309/1990, nella parte in cui consentiva che il pubblico ministero potesse autorizzare verbalmente la perquisizione senza poi provvedere a documentare le ragioni su cui avesse fondato tale provvedimento, rimaneva irrisolto il problema della disciplina da applicare nel caso di mancata convalida della perquisizione.

Richiamando nuovamente gli articoli 13 e 14 della Costituzione, il giudice rimettente evidenzia come è lo stesso dettato costituzionale a ricollegare alla mancata convalida la perdita di efficacia degli atti d'indagine, con la precisazione che causa dell'inefficacia dell'atto limitativo della libertà personale o domiciliare non è tanto la mancata convalida, quanto la circostanza che tali atti sono stati compiuti dalle autorità inquirenti al di fuori dei casi di necessità e di urgenza in cui la legge li consente.

Ad avviso del giudice *a quo*, la mancanza di una norma che vada a disciplinare le conseguenze processuali della mancata convalida comporta una violazione del principio di effettività e del principio del giusto processo, in base al quale l'imputato deve essere

messo nella condizione di poter verificare la correttezza del processo a suo carico e la genuinità degli elementi di prova prodotti contro di lui.

Tuttavia, le doglianze del Tribunale salentino, come prevedibile, non sono state accolte dalla Corte costituzionale.

In particolare, con riferimento alle questioni sollevate con riferimento all'articolo 191 del codice di rito, la Consulta ha preliminarmente distinto tra questioni precluse e questioni non precluse: le prime, essendo già state sollevate dal giudice *a quo* ed essendo già state dichiarate inammissibili (con la sentenza 219/2019) e manifestamente inammissibili (con la sentenza 252/2020), sono state qualificate come «inammissibili *ante portas*», poiché la loro riproposizione si sarebbe tradotta in una non consentita impugnazione della sentenza 252/2020.

Nell'ambito delle questioni non precluse, caratterizzate da elementi di novità, devono essere ricondotte quella relativa alla violazione del diritto di difesa dell'imputato, parametro che non era stato invocato nelle precedenti ordinanze di rimessione del tribunale leccese, e quella proposta con riferimento al principio di uguaglianza sotto il profilo dell'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'ipotesi disciplinata dall'articolo 103 del codice di rito. Siffatte questioni, tuttavia, sono state dichiarate a loro volta inammissibili dai giudici costituzionali, sulla base delle medesime ragioni di natura sostanziale che erano state evidenziate nelle pronunce del 2019 e del 2020.

Anche le questioni relative all'articolo 352 c.p.p. hanno subito la stessa sorte: la Consulta ha ribadito che la censura del giudice *a quo* va a concretizzarsi nella reiterata richiesta di introdurre nell'ordinamento una figura di inutilizzabilità derivata, cosa che la Corte ha già riscontrato di non poter fare.

I giudici costituzionali hanno infatti ostinatamente ribadito l'impossibilità di estendere il meccanismo dell'invalidità derivata alla disciplina delle inutilizzabilità, poiché tale vizio derivato viene previsto dall'ordinamento solo con riferimento alla categoria delle nullità, e in tema di inutilizzabilità non si rinviene una disposizione analoga all'articolo 185 del codice di rito: a parere di chi scrive, il continuo confronto con la nullità pare improprio e utilizzato come argomento meramente pretestuoso. Nel caso di specie, infatti, come a più riprese evidenziato dal giudice rimettente, sarebbe la diretta applicabilità degli articoli 13 e 14 della Costituzione a richiedere di sanzionare con l'inutilizzabilità probatoria gli atti di indagine che non sono stati oggetto di una successiva convalida.

In ogni caso, negli ultimi anni la Consulta si è dimostrata monoliticamente assestata sul

negare riconoscimento alla figura dell'inutilizzabilità derivata, il che ha avuto inevitabili ripercussioni ed influenze anche sulla giurisprudenza di merito, come dimostra la vicenda di cui ci si accinge a parlare nel prossimo paragrafo.

5. Il caso Palamara: inutilizzabilità derivata e intercettazioni. L'ordinanza 11 giugno 2021 del GUP del tribunale di Perugia.

Proprio negli stessi anni in cui la Corte costituzionale è tornata ad affrontare la tematica dell'inutilizzabilità derivata, quindi nel biennio 2019-2020, ha avuto notevole eco uno scandalo giudiziario che ha visto (e vede) coinvolto Luca Palamara, ex componente del Consiglio Superiore della Magistratura, nonché ex presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati.

Nel maggio del 2019 la procura della Repubblica di Perugia avviò un'indagine per corruzione a carico dell'allora magistrato Luca Palamara, in relazione a fatti intercorsi nel periodo in cui l'indagato era membro del CSM, vale a dire gli anni dal 2014 al 2018. Ad avviso del pubblico ministero, in particolare, Palamara avrebbe ricevuto del denaro per favorire l'assegnazione di incarichi di rilievo all'interno degli uffici della procura di Roma.

Nel corso di queste indagini, il telefono cellulare dell'indagato fu messo sotto controllo mediante l'installazione di un virus informatico (c.d. *trojan horse*): si tratta di una tecnica investigativa frequentemente utilizzata dagli inquirenti e grazie alla quale è possibile rilevare e registrare da remoto ed in tempo reale tutto ciò che accade attraverso il dispositivo in cui il virus viene installato. L'inserimento del *trojan* avviene mediante l'invio di e-mail o sms apparentemente innocui, a seguito dei quali il dispositivo diventa sotto il pieno controllo degli investigatori, che possono così effettuare il monitoraggio attraverso *software* in grado di captare i dati e trasmetterli⁴⁹.

Dalle conversazioni così intercettate era emersa una gran mole di informazioni, che rivelarono l'esistenza di un vero e proprio sistema per pilotare incarichi e nomine importanti in diversi uffici giudiziari: a rendere ancora più gravosa la situazione fu una fuga di notizie che portò alla pubblicazione sui giornali del contenuto delle intercettazioni e delle chat che erano state ottenute mediante l'inserimento del captatore informatico. A seguito di tali scoperte, Palamara fu accusato di ulteriori reati, tra cui

49 P.Tonini, C.Conti, *Il diritto delle prove penali*, p.480.

quello di abuso d'ufficio e quello di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio.

Ai fini della presente trattazione, di particolare interesse è l'ordinanza emessa in data 11 giugno 2021 dal g.u.p. del Tribunale di Perugia⁵⁰, con la quale il giudice ha deciso in merito alle eccezioni difensive sollevate all'udienza del 13 maggio 2021.

In primo luogo la difesa aveva eccepito l'inutilizzabilità, nell'ambito del procedimento per i reati di abuso d'ufficio e di rivelazione ed utilizzazione dei segreti d'ufficio, delle intercettazioni disposte *ab origine* in relazione al reato di corruzione: il problema pertanto atteneva all'utilizzabilità delle intercettazioni in un diverso procedimento.

In prima battuta, il g.u.p. di Perugia ha dichiarato siffatta eccezione infondata con riguardo alle conversazioni e comunicazioni intercettate costituenti esse stesse corpo di reato: ciò in applicazione dell'articolo 235 del codice di rito, in base al quale i documenti che costituiscono corpo del reato devono essere acquisiti al procedimento, e in ossequio della posizione della Suprema Corte sul punto⁵¹.

L'eccezione è stata invece accolta con riferimento alle altre comunicazioni intercettate, sulla base di due assunti. In primo luogo, qualora si reputasse il procedimento "*medesimo*" (rispetto a quello nell'ambito del quale erano state disposte le intercettazioni), sulla base dell'orientamento delle Sezioni Unite sancito con la sentenza Cavallo⁵², l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte in relazione a reati diversi dipenderebbe dal rispetto o meno dei requisiti di ammissibilità delineati dall'articolo 266 del codice di rito. Tuttavia, nel caso di specie, non è soddisfatto il requisito previsto dalla norma in relazione ai limiti edittali: ai sensi dell'articolo 266, infatti, il reato per cui viene disposta l'intercettazione deve essere punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; al contrario, per i reati di abuso d'ufficio e di rivelazione ed utilizzazione dei segreti d'ufficio la pena prevista è di durata inferiore. Secondariamente, nel caso in cui si ritenesse che il procedimento sia "*diverso*" rispetto a quello in cui l'attività di intercettazione è stata autorizzata, scatterebbe il divieto di utilizzazione previsto dall'articolo 270 del codice di rito: ai sensi di questa norma, «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e

50 Sul punto, *Intercettazioni e "inutilizzabilità derivata": l'ordinanza del GUP del Tribunale di Perugia nel procedimento cd. "Palamara-bis"*, in *Giurisprudenza Penale*, 20 giugno 2021.

51 «[...] la conversazione o comunicazione intercettata costituisce corpo del reato unitamente al supporto che la contiene, in quanto tale utilizzabile nel processo penale, solo allorché essa integri ed esaurisca la condotta criminosa», così Cass., Sez.Un., sent., 26 giugno 2014, n.32697, consultabile in *eius.it*.

52 Cass., Sez.Un., sent., 2 gennaio 2020, n.51, in *CED Cass.*, 277395.

indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1». Poiché nessuna di queste due condizioni è soddisfatta in relazione ai reati di abuso d'ufficio e di rivelazione ed utilizzazione dei segreti d'ufficio, anche in questa ipotesi i risultati delle intercettazioni devono essere considerati inutilizzabili.

La seconda eccezione sollevata dalla difesa di Palamara riguardava l'inutilizzabilità derivata di alcune prove dichiarative (nello specifico dichiarazioni spontanee, interrogatorie e sommarie informazioni), nella parte in cui le risposte dei dichiaranti erano state sollecitate dalla contestazione delle intercettazioni anzidette, dichiarate per l'appunto inutilizzabili nell'ordinanza in esame.

Il giudice per l'udienza preliminare ha dichiarato infondata tale eccezione, invocando la giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo la quale la sanzione dell'inutilizzabilità delle intercettazioni riguarda i risultati probatori conseguiti con quello specifico mezzo di prova, il che tuttavia non esclude che il medesimo risultato possa essere ottenuto con un altro diverso mezzo di prova previsto dall'ordinamento.

In particolare la Cassazione, nell'ambito di casi del tutto analoghi a quello sottoposto all'attenzione del tribunale di Perugia, ha affermato che «la circostanza che le conversazioni intercettate siano state lette ai conversanti per sollecitarne la memoria non produce alcun effetto invalidante sulle dichiarazioni rese. L'accennata lettura, infatti, non era finalizzata a dare la prova del fatto di reato, ma soltanto a sollecitare il ricordo degli interlocutori, i quali, nel riferire ciò che personalmente dissero o udirono, diventano fonte di sommarie informazioni testimoniali, disciplinate dall'art.351 c.p.p., che costituiscono autonomo mezzo di prova, legittimamente utilizzabile per la ricostruzione del fatto contestato⁵³».

Il g.u.p. di Perugia ha ritenuto applicabile siffatto ragionamento anche al caso posto alla sua attenzione, richiamando altresì l'orientamento giurisprudenziale per cui il meccanismo dell'invalidità derivata non trova applicazione in materia di inutilizzabilità ed in particolare il relativo avvallo della Corte costituzionale nella sentenza 219/2019. A parere di chi scrive, tuttavia, la questione avrebbe potuto essere risolta in altro modo, senza "scomodare" la figura dell'inutilizzabilità derivata. Alla luce infatti di quanto detto finora, pare il caso di poter avanzare come soluzione alternativa il ricorso al principio di non sostituibilità della prova⁵⁴. In particolare, consentendo l'utilizzazione probatoria

⁵³ Cass., Sez.VI, sent., 22 ottobre 2013, n.44896, consultabile in *diritto.it*.

⁵⁴ *Supra*, cap.I, par.4.

delle informazioni ottenute dagli inquirenti "contestando" ai dichiaranti il contenuto delle intercettazioni inutilizzabili, i divieti di utilizzazione che possono essere desunti dagli articoli 266 e 270 del codice di procedura penale risulterebbero di fatto vanificati. D'altronde, come ha affermato anche il g.u.p. di Perugia, ciò non avrebbe impedito alle autorità inquirenti di svolgere ulteriori indagini traendo spunto dalle intercettazioni inutilizzabili, al fine così di ricercare elementi di prova totalmente indipendenti da esse e legittimamente acquisibili ed utilizzabili in sede processuale.

6. Soluzioni alternative alla problematica figura dell'inutilizzabilità derivata.

Dall'analisi delle ordinanze dei tribunali di Lecce e di Perugia emerge come la questione dell'inutilizzabilità derivata divida ancora oggi la giurisprudenza, nonostante la perdurante prevalenza del tradizionale orientamento fondato sul dogma del *male captum bene retentum*, come dimostrano le sentenze della Corte costituzionale degli anni più recenti. La situazione appare ben lontana dall'essere risolta, in quanto, nonostante le diverse sollecitazioni avanzate tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina, il legislatore continua a non sbilanciarsi sul punto e ancora oggi è assente una disciplina di diritto positivo in materia di inutilizzabilità derivata. Le uniche eccezioni, come visto, sono costituite da alcune discipline settoriali introdotte con apposite leggi di riforma, tra cui possono essere nuovamente ricordate la legge 281/2006 in tema di intercettazioni telefoniche, e la legge 110/2017 in materia di reato di tortura, con la quale è stato aggiunto il comma 2-bis all'articolo 191 del codice di rito.

Come illustrato nel secondo capitolo, il concetto di trasmissibilità del vizio da una prova inutilizzabile (in quanto illegittima) ad un'altra ad essa dipendente trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di assicurare una tutela efficace ai diritti fondamentali dell'individuo. Tuttavia è evidente che questo meccanismo, se inserito all'interno del nostro ordinamento, fa emergere alcuni aspetti problematici di non poco conto, collegati in particolare al principio di tassatività in materia di invalidità processuali. Per questo motivo, e a fronte dell'inerzia del legislatore sul punto, negli ultimi anni in dottrina sono state proposte alcune soluzioni alternative all'inutilizzabilità derivata, al fine di trovare il giusto punto di equilibrio tra la tutela dei diritti fondamentali da una parte e l'esigenza di accertare la verità dei fatti preservando importanti elementi probatori dall'altra.

Una prima soluzione proviene dallo scenario europeo: i principali ordinamenti europei,

infatti, risolvono il problema dell'inutilizzabilità e dell'eventuale propagazione del vizio tramite il ricorso al principio del bilanciamento, incaricando il giudice di effettuare una valutazione concreta caso per caso al fine così di stabilire quale dei due contrapposti interessi che vengono in gioco (se i diritti costituzionalmente garantiti o l'esigenza di repressione e prevenzione dei reati) prevalga in relazione alla fattispecie concreta.

Sulla base di tale principio, chiamato anche principio di proporzionalità, il giudice soppesa da una parte l'entità della lesione del diritto soggettivo, dall'altra l'utilità probatoria del dato acquisito, arrivando così in alcuni casi a ritenere utilizzabili anche prove di per sè vietate⁵⁵.

Siffatto criterio rappresenta un vero e proprio diritto vivente in materia di inutilizzabilità probatoria in diversi ordinamenti, tra cui Stati Uniti, Inghilterra, Spagna, Germania e con minor intensità anche Francia; per quanto riguarda il nostro ordinamento, invece, il principio del bilanciamento (seppur ampiamente conosciuto) presenta delle caratteristiche che lo rendono difficilmente applicabile in tema di inutilizzabilità. Preliminarmente deve essere ribadito, ancora una volta, che nell'ordinamento italiano l'inutilizzabilità viene regolata in modo tassativo dalla legge, il che preclude al giudice ordinario di effettuare qualunque opera di bilanciamento con i principi costituzionali (e pertanto con le libertà fondamentali ivi riconosciute e tutelate).

Inoltre, nell'ambito del nostro sistema si ritiene che un'effettiva forma di bilanciamento tra opposte esigenze viene realizzata soltanto dal legislatore, allorquando dà attuazione ai principi costituzionali, o dalla Corte costituzionale, nel momento in cui essa viene chiamata a pronunciarsi in merito alla conformità della legge a tali principi⁵⁶: trattandosi dunque di un'operazione che dovrebbe aver già compiuto il legislatore, la valutazione in termini di bilanciamento tra principi è di regola sottratta al giudice ordinario.

Appurate le difficoltà che si incontrano nel tentativo di ricorrere all'uso della tecnica del bilanciamento in materia di inutilizzabilità probatoria, un'autorevole dottrina ha suggerito la possibilità di codificare eventuali sanatorie del vizio, aprendo così la strada ad un «micro-bilanciamento» successivo al sorgere dell'inutilizzabilità⁵⁷. In presenza di specifiche situazioni espressamente determinate dal legislatore, il giudice avrebbe il potere ed il dovere di dare attuazione a tali ipotesi codificate di sanatoria, dando pertanto legittimazione alle istanze di natura recuperatoria e di non dispersione della

55 C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit., p.337 ss.

56 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p. 158; C.Conti, *Accertamento del fatto*, cit., p.425.

57 C.Conti, *Accertamento del fatto*, p.430 ss.

prova ed effettuando *ex post* un bilanciamento «legalizzato», in quanto consentito dal legislatore in forza di esigenze tassativamente individuate. In altre parole, si suggerisce di valutare se il meccanismo delle sanatorie, già previsto in tema di nullità, possa essere recepito con gli opportuni adattamenti anche nell'ambito delle inutilizzabilità.

Anche questa soluzione, tuttavia, per quanto pregevole, non sembra facilmente percorribile, dovendo in ogni caso fare i conti con la perdurante inerzia del legislatore: l'interprete continuerebbe infatti ad essere sprovvisto di un concreto strumento per conciliare tra loro la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze accertative della verità, contribuendo così al rafforzamento dei dubbi interpretativi e dei contrasti giurisprudenziali sul punto.

A parere di chi scrive, la soluzione più convincente è un'altra, ed è quella che individua l'inutilizzabilità come un rimedio alla duplice violazione di un divieto probatorio⁵⁸. Innanzitutto deve essere messo in luce il fatto che l'esistenza del divieto di acquisire una determinata prova implichi l'intenzione di precludere l'utilizzo di quest'ultima in sede processuale, con la conseguenza che se essa viene acquisita nonostante il divieto, ma non viene poi utilizzata nel procedimento, non si arreca alcun pregiudizio alla legalità processuale: la prova illegittimamente acquisita (dunque inutilizzabile) rimane giacente all'interno dei fascicoli e finisce per essere considerata *tamquam non esset*.

L'effettiva sostanziale violazione del divieto probatorio (e dunque dell'articolo 191 del codice di rito) si verificherebbe solo con l'ingresso della prova vizata nel *thema probandum* e con il suo conseguente uso processuale⁵⁹: è infatti in questo momento che deve ritenersi disatteso lo scopo ultimo del divieto probatorio stesso, con la conseguenza che non avrebbe alcun senso sanzionare con l'inutilizzabilità la semplice acquisizione della prova vietata, per poi ritenere del tutto legittimi gli elementi probatori successivamente scoperti e rinvenuti grazie al suo impiego processuali. Se così fosse, vi sarebbe una macroscopica contraddizione interna al sistema, poiché i divieti probatori risulterebbero del tutto privi di significato: alla loro violazione non farebbe seguito, di fatto, alcuna sanzione.

Sulla base di questo ragionamento, è possibile affermare che la coerenza sistematica dell'ordinamento processuale richiede necessariamente che anche gli elementi probatori

58 Questa soluzione è stata proposta per la prima volta da A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, p.127 ss, e ripresa da L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.164 ss.

59 Sul punto, G.Pierro, *Una nuova specie di invalidità*, p.170, in cui l'Autore individua una «effettiva illegittimità» nell'uso processuale di una prova acquisita in violazione dell'articolo 191 c.p.p.

scoperti grazie all'impiego di una prova vietata vengano colpiti da qualche tipo di vizio. Quest'ultimo trae origine non dal meccanismo della trasmissibilità, dunque dal concetto di inutilizzabilità derivata, bensì dal fatto che il divieto probatorio è stato autonomamente violato due volte: la prima volta dalla mera acquisizione della prova vietata, la seconda dall'effettivo utilizzo processuale della prova stessa, a cui ha fatto seguito la scoperta e il rinvenimento di ulteriori elementi. In particolare quest'ultima violazione, a ben vedere, appare anche più grave della precedente, poiché in base ad essa il divieto probatorio viene completamente mortificato nel suo scopo, e pertanto non avrebbe alcun senso lasciarla impunita⁶⁰. Ne consegue che l'inutilizzabilità dei dati probatori successivamente scoperti e acquisiti non dipende da una pretesa propagazione del vizio dalla *prova-madre* alla *prova-figlia*, ma sulla base dell'autonoma operatività dell'articolo 191 del codice di rito, il quale, giova ribadirlo, ricollega espressamente la sanzione dell'inutilizzabilità alla violazione di un divieto probatorio⁶¹. Attraverso siffatta interpretazione il sistema appare coerente e autosufficiente, non necessitando di un intervento legislativo sul punto, e pertanto di una più semplice attuazione pratica rispetto alle altre soluzioni illustrate poc'anzi. In ogni caso, è pur sempre auspicabile che il legislatore si attivi per dipanare, almeno in parte, le moltissime problematiche ermeneutiche che caratterizzano questa delicata materia, oggetto da fin troppo tempo di contrasti tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

60 A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, cit., p.126.

61 «Dunque, nessuna trasmissione del vizio e nessun divieto d'uso; tutto quello che serve affiora spontaneamente dalla superficie dell'art. 191 c.p.p.: un vizio che rende totalmente inservibile la prova e un divieto di acquisizione violato. Se l'inutilizzabilità non incidesse sull'efficacia probatoria delle prove susseguenti, tale proibizione sarebbe del tutto vana; non si tratta quindi di garantirne l'efficacia deterrente, ma di tutelarne la ragion d'essere», A.Cabiale, *L'inutilizzabilità "derivata"*, cit., p.127.

CAPITOLO IV

Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La genesi della legge 110/2017: il G8 di Genova e la sentenza della Corte EDU *Cestaro c. Italia*. – 3. L'incriminazione della tortura e gli aspetti problematici dell'articolo 613-bis c.p. – 4. L'articolo 191 comma 2-bis c.p.p.: tortura e inutilizzabilità probatoria. – 4.1. (segue) L'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura: il rapporto con l'inutilizzabilità derivata – 5. La Corte EDU e l'inutilizzabilità probatoria: la centralità dell'articolo 6 CEDU. – 6. La posizione della Corte EDU circa l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura: le prime aperture verso l'inutilizzabilità derivata. – 6.1 (segue) Il caso *Gäfgen c. Germania*.

1. Premessa.

Quando si pensa al concetto di "tortura"¹, verosimilmente la prima cosa che sovviene alla mente è il suo uso in epoca medievale, allorché tale pratica era concepita come un vero e proprio metodo d'indagine volto al rinvenimento e all'ottenimento di dati probatori utili². I tribunali dell'Inquisizione³, istituzioni ecclesiastiche fondate dalla Chiesa cattolica e operanti tra il XIII e la prima metà del XVI secolo, avevano infatti il compito di condurre le indagini nei confronti dei sospettati di eresia, potendo a tal fine ricorrere a tutti i mezzi ritenuti necessari, compresa la tortura⁴: l'inquisito veniva visto come il «depositario della verità» e il suo corpo come «materia vile sulla quale incrudelire⁵». La pratica della tortura era dunque socialmente accettata e concepita come qualcosa di necessario ed indispensabile per il raggiungimento della verità, a tal punto che all'epoca furono anche dedicati diversi trattati all'illustrazione delle pratiche più

1 La parola deriva dal latino *torqueo*, che propriamente significa "l'atto del torcere".

2 G.Alessi, *Il processo penale – profilo storico*, Laterza, 2001, p.71 ss.

3 Dal latino *inquirere*, che significa per l'appunto "investigare", "indagare".

4 «Tra sadismo e perversione, questa sorta di folklore del male descrive procedure e tecniche escogitate dalla fantasia umana per infliggere dolore e tormento, indugia sulla nudità inerme della vittima e sulla maschera plumbea del carnefice, penetra nei meandri oscuri della cella dove viene estorta la confessione, entra subdolamente nella stanza dei supplizi, raffigura la lugubre festa punitiva. Gogna o ruota, morsa o fustigazione, forca o rogo: la scenografia della tortura è allestita sul palco dell'Inquisizione», D.Di Cesare, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016, cit., p.15.

5 P.Bronzo, G.Colaiaacovo, *Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura nel sistema processuale italiano*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, vol. 7, n. 1, cit., p.313.

comuni e considerate maggiormente efficaci⁶.

Soltanto con l'avvento dell'Illuminismo, e con il contestuale ripudio delle regole d'*ancien regime*, siffatto strumento d'indagine fu progressivamente abbandonato, anche grazie all'opera di numerosi esponenti illuministi che si scagliarono contro questa pratica barbara e inaffidabile⁷.

Con un editto del 10 giugno 1814, Emanuele I di Savoia firmò l'abolizione della tortura in Italia, e questa pratica si "dileguò" per un breve lasso di tempo, tanto nel nostro Paese quanto nel resto d'Europa: fece ben presto ritorno, prepotentemente, all'interno delle carceri, nei lager, nelle colonie e nelle guerre⁸.

Dopo le atrocità del secondo conflitto mondiale, moltissimi Stati, sia a livello interno che internazionale, si preoccuparono di sancire espressamente il divieto di tortura: tra le fonti sovranazionali devono essere citate la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; la Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra del 1949; la Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU); il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; la Dichiarazione dell'Assemblea delle Nazioni Unite sulla tortura del 1975; la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984 (CAT); lo Statuto di Roma sulla Corte penale internazionale del 1998; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000.

La definizione di tortura viene offerta dall'articolo 1 CAT, secondo cui: «1. Ai fini della presente Convenzione, il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle

6 G.Alessi, *Il processo penale*, p.71 ss.; P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, p.313; V.Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano, vol.I*, UTET, 1931, cit., p.44.

7 Primo fra tutti, C.Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, p.35 ss., definito un «fortunato sintetizzatore e divulgatore delle dottrine filosofico-sociali del secolo XVIII» da V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 16.

8 «Palese o nascosta, combattuta o tollerata, la tortura non ha mai conosciuto eclisse, al punto da presentarsi, pur nella sua variabilità attraverso i secoli, come un fenomeno ininterrotto, un'istituzione permanente, una costante della storia umana», D.Di Cesare, *Tortura*, pp.16-17.

sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate. 2. Il presente articolo lascia impregiudicato ogni strumento internazionale ed ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia». La nozione di tortura contenuta nella Convenzione CAT (che l'Italia ha ratificato con la legge 3 novembre 1988, n.498) si basa pertanto su tre distinti elementi⁹: la realizzazione di un evento connotato da specifiche note di gravità (nel testo si parla infatti di «acute» sofferenze); la presenza tanto di un dolo intenzionale quanto di un dolo specifico: le violenze devono essere perpetuate volontariamente e con una precisa finalità, che può essere informativa (volta cioè all'ottenimento di informazioni o confessioni), punitiva, intimidatoria o collegata ad un motivo di natura discriminatoria; infine, il terzo elemento è rappresentato dalla qualifica del soggetto agente, il quale può essere un funzionario pubblico oppure una qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale: la tortura, pertanto, non è lesiva soltanto dell'integrità fisica e della dignità della vittima, ma «esprime ancor più la distorsione del potere pubblico rispetto a chi si trova in posizione di soggezione¹⁰».

La Convenzione CAT prevede, inoltre, precisi obblighi di incriminazione della tortura, in quanto all'articolo 4 si legge che «1. Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura. 2. In ogni Stato Parte tali reati vanno resi passibili di pene adeguate che ne prendano in considerazione la gravità».

Per quanto riguarda la posizione dell'Italia, essa si è mostrata per moltissimi anni inadempiente ai propri obblighi sovranazionali, poiché soltanto nel 2017 è stata introdotta un'apposita norma incriminatrice del reato di tortura¹¹. Fino a quel momento il nostro ordinamento si caratterizzava per la presenza di una gravissima lacuna normativa, nonostante, come aveva già messo in luce la dottrina¹², nella Costituzione fosse individuabile un chiaro obbligo di incriminazione della tortura, al pari di quello contenuto nella Convenzione CAT: l'articolo 13 comma 4 recita infatti che «è vietata ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di

9 In tal senso, M.Pelissero, *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano (l.110/2017)*, in (a cura di) A.Giarda, F.Giunta, G.Varraso, *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, CEDAM, 2018, cit., p.226.

10 Così, M.Pelissero, *L'introduzione del delitto di tortura*, cit., p.227.

11 *Infra*, par.2 ss.

12 A.Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir.pen.cont.*, 2014, n.2, p.132.

libertà».

La legge 14 luglio 2017, n.110, nonostante alcuni profili problematici¹³, ha finalmente messo fine al grave silenzio del legislatore in tema di tortura, prevedendo anche una sanzione sul piano processuale: il neo-introdotta articolo 191 comma 2-*bis* dispone infatti l'inutilizzabilità delle dichiarazioni e delle informazioni ottenute mediante il reato di tortura. Pare dunque opportuno dedicare l'ultimo capitolo del presente lavoro approfondendo il rapporto tra reato di tortura e inutilizzabilità probatoria, mettendo altresì in luce le possibili ripercussioni sulla questione dell'inutilizzabilità derivata.

2. La genesi della legge 110/2017: il G8 di Genova e la sentenza della Corte EDU Cestaro c. Italia.

Come anticipato, il reato di tortura ha avuto espresso riconoscimento, all'interno del nostro ordinamento, soltanto con la legge n.110/2017, con la quale sono state apportate modifiche sia al codice penale che al codice di procedura penale.

Nel testo originario del codice penale del 1930 era assente una norma *ad hoc* che sanzionasse il reato di tortura, e le condotte che oggi vengono inquadrare nell'ambito di tale fattispecie potevano essere punite, ad esempio, come lesioni personali, con la conseguenza che spesso le pene irrogate non apparivano adeguate e proporzionate alla gravità della condotta stessa¹⁴.

Il dibattito circa la possibilità (e la necessità) di introdurre il reato in questione nel nostro ordinamento si è fatto particolarmente intenso a partire dagli anni Duemila, a seguito di un numero sempre più crescente dei cosiddetti "omicidi di Stato", espressione che viene utilizzata in riferimento a operazioni di polizia, realizzate con metodi particolarmente brutali e violenti, che portano alla morte di persone sottoposte alla vigilanza e al controllo dello Stato. Per non citare che i casi più celebri, possono essere

¹³ *Infra*, par.3.

¹⁴ S.Negri, "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e la travagliata introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in *Dir.pen.proc.*, 2016, n.12, pp.1657-1671. In occasione delle plurime sentenze della Corte EDU con cui l'Italia è stata condannata per violazione del divieto di tortura (art.3 CEDU), il Governo italiano ha sostenuto che siffatte condotte potevano comunque essere punite inquadrando nell'ambito di diversi delitti già previsti dal codice penale: abuso d'ufficio (art.323 c.p.), percosse (art.581), lesioni personali (art.582), sequestro di persona (art.605), arresto illegale (art.606), indebita limitazione della libertà personale (art.607), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art.608), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art.609), violenza privata (art.610). Tutte queste fattispecie, tuttavia, erano accomunate da un trattamento punitivo estremamente mite rispetto alla gravità della condotta tenuta, e da una blanda capacità dissuasiva.

ricordate le morti di Federico Aldrovandi¹⁵, Stefano Cucchi¹⁶ e la controversa vicenda di Giuseppe Uva¹⁷, le quali si inseriscono in una serie di episodi accomunati dalla presenza di «una furia cieca tesa solo a produrre sofferenze nella vittima, piuttosto che a facilitare il rilascio di dichiarazioni utili per le indagini¹⁸».

Tra gli avvenimenti di cronaca maggiormente significativi che hanno portato all'approvazione della l.110/2017 non possono non essere evocati i fatti verificatisi in occasione del G8 di Genova¹⁹, e in particolare l'irruzione e i conseguenti pestaggi che la polizia mise in atto all'interno dei plessi scolastici Diaz-Pertini e Diaz-Pascoli nella notte tra il 21 e il 22 luglio 2001. In relazione a queste vicende l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU per la violazione dell'articolo 3 CEDU che, per l'appunto, sancisce il divieto di tortura²⁰.

15 La morte di Federico Aldrovandi, un giovane di appena diciotto anni, si verificò a Ferrara la notte del 25 settembre 2005, all'esito di un violento pestaggio posto in essere da quattro agenti di polizia nel corso di un semplice controllo, sollecitato da alcune telefonate effettuate dai residenti della zona che avevano lamentato la presenza di un uomo per strada che urlava in preda all'agitazione. La colluttazione tra la polizia e il giovane fu talmente brutale che nel corso della stessa si ruppero due manganelli, e Federico riportò numerosissime lesioni, ecchimosi e un trauma cranico-facciale: ne seguì la morte, sopraggiunta per «asfissia da posizione», causata dallo schiacciamento e dall'eccessiva compressione del torace contro l'asfalto ad opera dei poliziotti durante la procedura di immobilizzazione. I giudici riconobbero un «eccesso colposo nell'uso delle armi» e i quattro agenti furono condannati per omicidio colposo a 3 anni e 6 mesi di reclusione, beneficiando tuttavia dell'indulto varato nel 2006 e passando in carcere solo pochi mesi.

16 La vicenda di Stefano Cucchi è sicuramente la più nota, e si svolse a Roma in data 22 ottobre 2009. Cucchi era stato arrestato da alcuni agenti di polizia a seguito di una perquisizione personale, all'esito della quale egli era stato trovato in possesso di sostanze stupefacenti. Una volta condotto in caserma, l'uomo era rimasto vittima di un violentissimo pestaggio, per poi morire qualche giorno dopo presso l'ospedale in cui era stato ricoverato a seguito delle gravi lesioni che aveva riportato. L'iter processuale si è concluso lo scorso anno dopo tredici lunghi anni: la Cassazione ha condannato in via definitiva due carabinieri per omicidio preterintenzionale a 12 anni di reclusione, e altri due agenti a 3 anni e 6 mesi e 2 anni e 4 mesi per falsa testimonianza. In particolare fu accertato che gli agenti avevano agito per pura brutalità, senza perseguire finalità investigative, e che le loro responsabilità erano state tenute nascoste nel corso degli anni grazie ad atteggiamenti omertosi e/o di insabbiamento tenuti dai loro superiori e da colleghi.

17 Giuseppe Uva morì a Varese il 14 giugno 2008, dopo che la notte precedente era stato fermato in stato di ebbrezza da due carabinieri nel centro cittadino. L'uomo era stato portato in caserma e successivamente trasferito nell'ospedale di Varese per essere sottoposto ad un trattamento sanitario obbligato, dove morì per arresto cardiaco: secondo l'accusa, il decesso avvenne a seguito della costrizione fisica subita durante l'arresto e delle violenze inflittele mentre era in caserma; gli agenti furono tuttavia assolti con formula assolutoria «perché il fatto non sussiste», in quanto a detta dei giudici le perizie successivamente svolte permettevano di «escludere in maniera assoluta la sussistenza di qualsivoglia lesione che abbia determinato o contribuito a determinare il decesso di Giuseppe Uva».

18 P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, cit., p.316.

19 Per un inquadramento si veda S.Palidda, *Appunti di ricerca sulle violenze delle polizie al G8 di Genova*, in *Studi sulla questione criminale – Nuova serie di "Dei delitti e delle pene"*, Carocci Editore, 2008, vol.3 n.1.

20 Per una puntuale ricostruzione dei fatti della scuola Diaz (nonché delle condanne provenienti dalla Corte EDU) si vedano F.Cassibba, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Dir.pen.cont.*, 27 aprile 2015; A.Colella, *C'è un giudice a Strasburgo – In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 2009, p.1801 ss.; F.Viganò, *La difficile battaglia*

Ripercorrere i fatti di quella notte si rivela presupposto indispensabile per proseguire nella trattazione e nell'illustrazione delle sentenze della Corte europea.

Dal 19 al 22 luglio 2001 si svolse a Genova il 27° vertice del G8²¹, giornate che si caratterizzarono per un clima di forte tensione dovuta allo svolgimento di numerose manifestazioni *no-global* a cui fecero seguito gravi tumulti di piazza e scontri tra i manifestanti e la polizia, che portarono anche alla morte di uno dei manifestanti, Carlo Giuliani; i disordini furono alimentati anche dalla presenza dei cosiddetti *black bloc*, i quali realizzarono atti di vandalismo e di saccheggio in tutta la città.

La scuola Diaz era stata adibita a centro stampa del coordinamento del Genova Social Forum, una rete di movimenti e associazioni *no-global*, a cui il Comune di Genova aveva dato l'autorizzazione per il pernottamento notturno nella notte del 21 luglio. Nel corso della notte fecero irruzione numerosi membri della Polizia di Stato e dei Carabinieri, i quali successivamente giustificarono pretestuosamente siffatta operazione con la necessità di effettuare una perquisizione, finalizzata all'ottenimento di elementi di prova a carico dei *black-bloc*; le forze dell'ordine, tuttavia, fecero un uso palesemente sproporzionato della forza, colpendo deliberatamente gli occupanti della scuola avvalendosi anche di manganelli, provocando così gravissime lesioni e, in alcuni casi, invalidità permanenti. Ci furono moltissimi feriti, e la polizia procedette all'arresto di numerose persone, le quali furono condotte presso la caserma di Bolzaneto dove si consumarono ulteriori violenze: le fotografie del pestaggio alla scuola Diaz furono ben presto divulgate, e le immagini erano talmente impressionanti da essere descritte come il frutto di una vera e propria "macelleria messicana".

A seguito dei fatti della Diaz finirono sotto accusa ben 125 poliziotti, e tanto in primo grado quanto in appello i giudici genovesi accertarono che l'operazione di polizia era stata «organizzata come una spedizione punitiva contro i manifestanti», la quale si era concretizzata in una palese violazione della legge e della dignità umana; il tutto risultava aggravato anche dalla successiva condotta tenuta dagli agenti, che cercarono di costruire prove false «allo scopo di giustificare a posteriori la perquisizione e l'impiego della violenza»: basti pensare al fatto che le bottiglie *molotov* "rinvenute" dalla polizia nel corso della perquisizione non appartenevano agli occupanti della scuola, ma erano

contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tortimenti del legislatore italiano, in *Dir.pen.cont.*, 9 aprile 2015.

²¹ Trattasi di un incontro politico a cadenza periodica che si tenne dal 1997 al 2014, e che vedeva riuniti gli otto governi nazionali di Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti d'America, con l'aggiunta dei rappresentanti dell'Unione Europea.

state collocate nel cortile dalle stesse forze dell'ordine.

Emblematiche sono le parole dei giudici di primo grado, che parlano di «condotte inumane e degradanti (che avrebbero potuto senza dubbio ricomprendersi nella nozione di "tortura" adottata dalle convenzioni internazionali)²²».

Tuttavia, nonostante i giudici di merito avessero riconosciuto la gravità delle condotte tenute, assimilandole sul piano teorico al concetto di "tortura" così come previsto dalle fonti sovranazionali, la conseguente risposta sanzionatoria dell'ordinamento penale italiano è parsa decisamente debole e inadeguata²³: i reati ascritti erano riconducibili in particolare alla fattispecie delle lesioni personali, ma la maggior parte degli esecutori materiali della violenza è rimasta impunita, mentre per gli altri furono applicate condanne lievi a seguito dell'applicazione di provvedimenti di indulto.

La Corte di cassazione condivise la ricostruzione fattuale delineata dai giudici di primo e secondo grado, parlando addirittura di «militarizzazione» e di una «scellerata operazione di mistificazione» della realtà realizzata dalla polizia²⁴; tuttavia, essendo nel frattempo decorso il termine di prescrizione per molti dei reati ascritti agli imputati, i giudici non poterono far altro che dichiarare l'avvenuta prescrizione e ridurre ulteriormente la pena.

Gli esiti del procedimento penale sono stati fortemente criticati dalla dottrina (nonché, come prevedibile, dall'opinione pubblica)²⁵: agli occhi di tutti era evidente la totale inadeguatezza dell'ordinamento penale italiano a sanzionare, reprimere e prevenire episodi di violenza di una simile portata; emblematica a tal proposito è un'espressione utilizzata in dottrina, che ha paragonato il sistema penale italiano ad una mera «tigre di carta²⁶», che in astratto promette pene intransigenti e severe ma che in concreto si rivela del tutto inidonea allo scopo. Non era più accettabile l'assenza, nell'ordinamento penale italiano, di una norma che incriminasse gli atti di tortura, il che rappresentava oltretutto

22 Trib.Genova, sent., 14 luglio 2008, n.3119, reperibile sul sito www.processig8.net.

23 A.Colella, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p.1802.

24 F.Cassibba, *Violato il divieto di tortura*, p.3 nota 5.

25 «Non si tratta solamente dell'ennesima dimostrazione del grado di inefficacia del nostro sistema penale, [...], che minaccia sanzioni draconiane, destinate a restare poi sistematicamente disapplicate per il convergere di meccanismi di fuga dalla sanzione sul terreno del diritto penale sostanziale, del processo e del diritto penitenziario. L'"annacquamento" della risposta sanzionatoria a fronte di violazioni dei diritti fondamentali così macroscopiche è qui dipeso, ancor di più, dalla *strutturale inadeguatezza del quadro normativo attuale* a reperire atti di tortura: inadeguatezza che ha, di fatto, costretto gli inquirenti a costruire l'ipotesi accusatoria intorno a fattispecie espressive di una microcriminalità ordinaria (con le inevitabili conseguenze in punto di trattamento sanzionatorio, durata dei termini di prescrizione, ammissione ai benefici di legge, ecc.)», così A.Colella, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p. 1802.

26 E.Dolcini, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, cit., p.31.

un palese e grave inadempimento degli obblighi che l'Italia aveva assunto dapprima con l'adesione alla CEDU, e successivamente con la ratificazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984.

Non sorprende pertanto che nel 2015 la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *Cestaro c. Italia*²⁷, ha condannato lo Stato italiano per la violazione dell'articolo 3 CEDU, in base al quale «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Il ricorso era stato presentato da un cittadino italiano, all'epoca dei fatti sessantaduenne, che era rimasto gravemente ferito a seguito del violento pestaggio realizzato dalla polizia all'interno della scuola Diaz (che gli aveva addirittura causato un'invalidità permanente).

Il ricorrente lamentava la violazione, da parte dello Stato italiano, dell'articolo 3 CEDU tanto sul versante sostanziale quanto su quello procedurale²⁸.

Dal primo punto di vista, egli affermava che le brutali percosse subite integrassero una violazione del divieto di tortura; a ciò il Governo italiano, pur riconoscendo la gravità di quanto accaduto, replicava che la condotta della polizia doveva essere qualificata come assolutamente eccezionale e non rientrante nell'ambito di una prassi diffusa della polizia italiana: secondo gli esponenti del Governo, quanto accaduto nella scuola Diaz era stato il frutto delle forti tensioni e della situazione di caos e di disordine in cui era piombata la città di Genova nei giorni del G8, il che aveva messo sotto enorme pressione gli agenti di polizia, incaricati di tutelare l'ordine pubblico.

La Corte di Strasburgo ha accolto le doglianze del ricorrente, non ritenendo fondate le argomentazioni del Governo, e affermando che i trattamenti subiti dalle vittime del pestaggio non possono che essere qualificati in termini di "tortura": nel far ciò, la Corte ha preliminarmente ricordato i criteri in forza dei quali può essere ritenuta integrata la nozione di tortura, invocando alcuni propri precedenti sul punto.

Talora i giudici di Strasburgo hanno qualificato la condotta come "tortura" alla luce della gravità delle sofferenze inflitte alla vittima e della presenza di una volontà deliberata²⁹, in altre occasioni hanno ritenuto sufficiente il carattere particolarmente

27 C. Edu, Sez. IV, 7 aprile 2015, n.6884/11, in *Cass.pen.*, 2015, n.10, p.3796 ss.

28 Sul punto, F.Cassibba, *Violato il divieto di tortura*, p.4 ss.

29 Sul punto la Corte ha richiamato il caso *Aksoy c. Turchia* del 1996, dove i giudici riconobbero integrati gli estremi del reato di tortura nei confronti del ricorrente, il quale era stato sottoposto alla pratica della cosiddetta "impiccagione palestinese" affinché rivelasse informazioni e confessasse circa l'esistenza di proprie responsabilità penali; il caso *Abdulsamet Yaman c. Turchia* del 2004, dove il ricorrente era stato torturato mediante l'elettroshock e con potenti getti d'acqua per svariati giorni al fine di farlo confessare; o ancora il caso *Polonskiy c. Russia* del 2009, in occasione del quale la Corte aveva ritenuto sussistente il reato di tortura pur in assenza di conseguenze fisiche di lunga durata.

crudele della condotta e l'aver provocato dolori e sofferenze acute³⁰. Ulteriori elementi di valutazione sono rappresentati dalla gratuità delle violenze perpetuate³¹, nonché dalla durata della condotta, dagli effetti fisici e psichici che quest'ultima ha avuto sulla vittima, ed infine dallo scopo perseguito dal torturatore³².

Applicando siffatti criteri al caso di specie, la Corte ha evidenziato il fatto che le percosse erano state inflitte dalla polizia in modo totalmente gratuito e con l'assoluta mancanza di un nesso di causalità fra il comportamento del ricorrente e l'uso della forza da parte degli agenti di polizia nei momenti immediatamente precedenti al suo arresto. Dall'analisi delle circostanze fattuali è infatti evidente, a detta dei giudici di Strasburgo, l'impossibilità di ravvisare nella condotta tenuta dalle autorità uno strumento proporzionato al raggiungimento degli scopi di ordine pubblico pretestuosamente invocati dagli stessi operanti: tale conclusione è suggerita, per esempio, dalla palese finalità punitiva dell'operazione e dai tentativi di giustificare *ex post* la perquisizione locale con la predisposizione di prove false. Così facendo, la polizia italiana ha adottato «modalità operative non conformi alle esigenze della tutela dei valori derivanti dall'articolo 3 della Convenzione», violando pertanto l'obbligo negativo di evitare comportamenti che ledano il diritto all'integrità personale e alla dignità umana³³.

Per quanto attiene invece al versante procedurale, il ricorrente sosteneva che all'esito del lungo procedimento penale i giudici italiani avevano sì riconosciuto la gravità delle lesioni e dei maltrattamenti subiti dalle vittime del pestaggio, ma non avevano inflitto pene adeguate ai responsabili, in quanto la maggior parte dei reati per cui si procedeva erano nel frattempo caduti in prescrizione. Egli contestava inoltre allo Stato italiano di non aver predisposto alcuna disciplina *ad hoc* per la repressione di atti di tortura, venendo così meno agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione ONU contro la tortura e le altre pene e trattamenti crudeli.

Al contrario, il Governo italiano sosteneva che i responsabili erano stati pienamente perseguiti facendo riferimento ai reati previsti dalla legislazione interna, dunque facendo il possibile per la repressione dei crimini commessi; inoltre, evidenziava il fatto

30 I giudici hanno ricordato il caso *Selmouni c. Francia* del 1999, dove il ricorrente era stato sottoposto a maltrattamenti fisici (attuati anche con l'utilizzo di armi), violenza sessuale e ulteriori pratiche tali da causargli un'invaldità permanente.

31 Nella causa *Vladimir Romanov v. Russia*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le violenze realizzate a danno di un detenuto, il quale aveva obbedito all'ordine di lasciare la propria cella ed era stato successivamente preso a manganellate mentre era steso a terra, avevano il valore di vere e proprie «rappresaglie».

32 Criteri usati nel caso *Gäfgen c. Germania*, *infra*, par.6.1.

33 F.Cassibba, *Violato il divieto di tortura*, cit., p.5.

che erano al vaglio diverse proposte di legge per l'introduzione del reato di tortura³⁴.

Anche in questo caso la Corte diede piena ragione al ricorrente, mettendo in luce lo stretto rapporto che sussiste tra l'articolo 3 e l'articolo 1 della CEDU, in base al quale «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». In un'ottica efficientistica, i giudici hanno rilevato che il riconoscimento di siffatti diritti non può prescindere dalla loro concreta tutela e garanzia, con la conseguenza il divieto contenuto nell'articolo 3 finirebbe per essere svuotato di significato se alla sua violazione non facesse seguito un'effettiva e adeguata punizione dei colpevoli³⁵. Per far sì che quest'ultima sia possibile, ogni Stato contraente deve essersi preliminarmente dotato di idonei strumenti normativi: sulla base di questo assunto, ad avviso della Corte di Strasburgo la legislazione italiana era totalmente inadeguata ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dall'articolo 3 della CEDU.

La sentenza Cestaro è sicuramente la pronuncia più emblematica della Corte EDU resa in relazione alle violazioni dell'articolo 3 CEDU da parte dell'Italia, ma (purtroppo) non è stata l'unica³⁶: in un simile contesto, l'esigenza di una riforma legislativa si faceva sempre più pressante, al fine di contrastare i «giri a vuoto» della macchina della giustizia italiana³⁷. Finalmente, a trent'anni dalla ratifica della Convenzione ONU contro la tortura, nel 2017 il legislatore italiano ha provveduto a colmare questa grave lacuna normativa, ponendo fine ad un lungo periodo di inaccettabile inadempimento.

34 Nel 2014 era infatti iniziato l'iter parlamentare che avrebbe condotto, pochi anni dopo, all'approvazione della l.110/2017.

35 «La Corte rammenta che, quando un individuo sostiene in maniera difendibile di avere subito, da parte della polizia o di altri servizi analoghi dello Stato, un trattamento contrario all'articolo 3, tale disposizione, combinata con il dovere generale imposto allo Stato dall'articolo 1 della Convenzione di «riconoscere a ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà definiti (...) [nella] Convenzione», richiede, per implicazione, che vi sia un'inchiesta ufficiale effettiva. Tale inchiesta deve poter portare all'identificazione e alla punizione dei responsabili. Se così non fosse, nonostante la sua importanza fondamentale, il divieto legale generale della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace nella pratica, e sarebbe possibile in alcuni casi per gli agenti dello Stato calpestare, godendo di una quasi impunità, i diritti di coloro che sono sottoposti al loro controllo», cit., C.Edu, Sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, §204.

36 Il *leading case* in materia di violazione dell'art.3 CEDU per lo Stato italiano è stato il caso C.Edu, GC, sent., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, n. 26772/85; ma possono essere citate anche sentenze di anni più recenti, tra cui C.Edu, Sez. I, sent., 26 ottobre 2017, *Azzolina e altri c. Italia*, nn. 28923/09 e 67599/10; C. Edu, Sez.I, sent., 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*, nn. 2539/13 e 4705/13; C.Edu, Sez.I, sent., 22 giugno 2017, *Bartesaghi e Gallo c. Italia*, nn. 12131/13 e 43390/13; C.Edu, Sez.IV, sent., 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, n. 44883/09, alcune delle quali relative a loro volta agli eventi del G8 di Genova.

37 A.Colella, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., p.1838.

3. *L'incriminazione della tortura e gli aspetti problematici dell'articolo 613-bis c.p.*

Mediante la legge di riforma, il codice penale è stato arricchito di due nuove disposizioni normative, inserite tra i delitti contro la libertà morale dell'individuo: l'articolo 613-*bis*, incriminante la tortura³⁸, e l'articolo 613-*ter* disciplinante il reato di istigazione del pubblico ufficiale a commettere siffatto reato.

La scelta del legislatore del 2017 è stata quella di strutturare la tortura come un reato comune, realizzabile da chiunque, mentre il suo compimento da parte di un pubblico ufficiale rappresenta una mera aggravante. Il primo comma dell'art.613-*bis* recita infatti: «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena [...], se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona»; nel comma 2 viene invece previsto un aumento della pena qualora autore del reato sia un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, il quale agisca «[...]con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio». Quest'ultimo inciso deve essere interpretato alla luce del successivo comma terzo, il quale esclude l'applicabilità dell'aggravante nei casi in cui le sofferenze inflitte siano il risultato della legittima esecuzione di misure privative o limitative dei diritti dell'individuo.

Come ha osservato la dottrina, la formulazione dell'art.613-*bis* pare essere il frutto di «una scelta che tradisce lo spirito di tutte le convenzioni internazionali³⁹», le quali pongono al centro dell'incriminazione della tortura il rapporto tra l'autorità e l'individuo che si trova posto in uno stato di soggezione⁴⁰. Siffatto aspetto rappresenta un primo aspetto problematico della norma, in quanto la circostanza aggravante prevista dal secondo comma, non essendo espressamente sottratta al giudizio di bilanciamento mediante il sistema della cosiddetta "blindatura", rischia di essere neutralizzata da eventuali circostanze attenuanti ritenute equivalenti o prevalenti. La scelta più

38 Per alcuni commenti in merito all'introduzione del reato di tortura, si vedano I.Marchi, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art.613-bis c.p.*, in *Dir.pen.cont.*, 2017, n.7-8; C.Pezzimenti, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?* in *Dir.pen.proc.*, 2018, n.2, p.153 ss.; A.Racca, *Riflessioni sul delitto di tortura introdotto dalla l.14 luglio 2017 n.110*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 2018.

39 C.Pezzimenti, *Tortura e diritto penale simbolico*, cit., p.155.

40 *Supra*, par.1.

opportuna sarebbe stata prevedere due distinte ed autonome ipotesi di reato, di cui una configurata come reato comune, la seconda come reato proprio: in questo modo non si sarebbe corso il rischio di annientare, in sede di bilanciamento, il grande disvalore costituito dalla qualifica soggettiva dell'autore del reato⁴¹.

Ulteriori problematiche emergono anche dall'individuazione della condotta, descritta in modo eccessivamente generico ed indeterminato dal legislatore, con la conseguenza che l'interprete può incorrere in alcune difficoltà ermeneutiche nella corretta delimitazione dell'ambito operativo della disposizione in esame⁴².

Un esempio è dato dalla nozione di "crudeltà", che l'articolo 613-bis qualifica come elemento costitutivo del reato. Nel codice sostanziale non si rinviene una definizione di tale nozione, ma sul punto si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione relativamente all'interpretazione da dare all'articolo 61 n.4 del codice penale, contenente l'elenco delle circostanze aggravanti comuni (tra cui rientra «l'aver agito con crudeltà»): in particolare i giudici hanno definito l'aggravante della crudeltà come una circostanza «caratterizzata da una condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole, che deve essere oggetto di accertamento alla stregua delle modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo⁴³». La dottrina ha sottolineato che l'indeterminatezza del concetto in esame può essere giustificata qualora operi come circostanza, ma al contrario non può essere tollerata nei casi in cui rivesta il ruolo di elemento tipico della fattispecie⁴⁴.

Pur non essendo questa la sede adatta per illustrare tutte le problematiche di natura sostanziale che emergono dall'esegesi dell'articolo 613-bis c.p.⁴⁵, è bene sottolineare che esse possono avere inevitabili ripercussioni sul versante processuale⁴⁶, in quanto la riforma legislativa ha modificato anche l'art.191 c.p.p. introducendo il c.2-bis⁴⁷, ai sensi del quale tutte le dichiarazioni e le informazioni ottenute mediante la commissione di atti di tortura sono inutilizzabili a livello probatorio. È evidente pertanto che la corretta

41 Così, C.Pezzimenti, *Tortura e diritto*, p.155.

42 P.Bronzo, G.Colaicovo, *Inutilizzabilità delle prove*, p.319 ss; I.Marchi, *Il delitto di tortura*, p.161 ss; M.Pelissero, *L'introduzione del delitto di tortura*, p.233; C.Pezzimenti, *Tortura e diritto*, p.156; A.Tigrino, *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *Arch.pen.*, 2017, n.2, p.30 ss.

43 Cass., SS.UU., 23 giugno 2016, n. 40516, Del Vecchio, consultabile sul sito www.iurisprudenzia.it.

44 I.Marchi, *Il delitto di tortura*, cit., p.162; C.Pezzimenti, *Tortura e diritto*, cit., p.156.

45 Per una puntuale ricostruzione della genesi della l.110/2017 e dei profili problematici del neo-introdotta art.613-bis, si veda A.Tigrino, *La tortura, metastasi di un cancro millenario*, p.23 ss.

46 M.Pelissero, *L'introduzione del delitto di tortura*, p.233; C.Pezzimenti, *Tortura e diritto*, p.156.

47 *Infra*, par.4.

individuazione delle condotte penalmente rilevanti ai sensi dell'art.613-*bis* è indispensabile per delineare il campo applicativo della sanzione dell'inutilizzabilità degli elementi probatori raccolti attraverso il reato di tortura⁴⁸.

4. *L'articolo 191 comma 2-bis c.p.p.: tortura e inutilizzabilità probatoria.*

Il nuovo art.191 c.2-*bis* c.p.p. stabilisce che «Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale»; volendo richiamare le diverse categorie di inutilizzabilità⁴⁹, è possibile inquadrare siffatta ipotesi come una inutilizzabilità patologica speciale, soggettivamente e oggettivamente relativa.

Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante la commissione del reato di tortura, infatti, possono essere utilizzate esclusivamente nei confronti del torturatore e allo scopo di provarne la responsabilità penale: ad una prima lettura, l'inciso potrebbe risultare di difficile comprensione, posto che l'oggetto delle dichiarazioni eventualmente estorte attraverso la tortura sarà verosimilmente la responsabilità penale del torturato o di soggetti terzi, e non del torturatore. La dottrina ha pertanto precisato che la specificazione contenuta nella disposizione in commento deve essere interpretata alla luce dell'articolo 15 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura⁵⁰, in base al quale le dichiarazioni estorte sono utilizzabili nei confronti della persona accusata di tortura al fine di provare che tali dichiarazioni sono state rese⁵¹.

In realtà, l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni estorte con tortura era desumibile, anche prima della novella del 2017, da altre disposizioni, quali in particolare l'articolo 188 c.p.p. e l'articolo 64 comma 2⁵². L'articolo 188 vieta infatti

48 P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, cit., p.320, nota 25.

49 Sul punto, *supra*, cap.I, par.2.

50 B.Romanelli, *Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria*, in (a cura di) A.Giarda, F.Giunta, G.Varraso, *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, CEDAM, 2018, cit., p.264.

51 «Ogni Stato provvede affinché nessuna dichiarazione di cui sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura al fine di stabilire che una dichiarazione è stata fatta».

52 P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, cit., p.322; F.Cassibba, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art.191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n.4, p.110; A.Cisterna, *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, 2017, n.39, pp.22-23; A.Famiglietti, *Novità legislative interne – Introduzione del del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Proc.pen.giust.*, 2017 n.5, p.773;

l'utilizzazione (anche in caso di consenso della persona interessata) di «[...] metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», sancendo pertanto l'assoluta prevalenza del rispetto della dignità umana sugli scopi del processo. Analoga previsione è contenuta nell'articolo 64 comma 2 del codice di rito, con preciso riferimento alla figura dell'imputato: entrambe queste norme erano già di per sé idonee ad escludere la valenza probatoria delle dichiarazioni estorte tramite la tortura, il che porta pertanto a ritenere che l'articolo 191 c.2-*bis* sanziona «una sottofattispecie di lesione della libertà morale della persona⁵³». È comunque da riconoscere che l'introduzione di questo nuovo divieto probatorio ha comportato un rafforzamento del principio di legalità della prova, in base al quale il giudice può utilizzare, ai fini dell'accertamento dei fatti, solo ed esclusivamente le prove acquisite nel rispetto delle previsioni di legge⁵⁴.

Parte della dottrina ha tuttavia evidenziato il rischio che il neo-introdotta c.2-*bis* possa rivelarsi controproducente⁵⁵, sulla base della constatazione per cui gli articoli 188 e 64 comma 2 richiedono, per la loro concreta applicabilità, il mero utilizzo di mezzi diretti a ledere la sfera morale e psichica dell'individuo; viceversa, l'articolo 191 c.2-*bis* presuppone la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi del reato di tortura, il che rende di conseguenza più difficile accertare l'inquadramento del caso concreto nell'ambito della disposizione in esame⁵⁶.

A parere di chi scrive, la reale portata dell'articolo 191 c.2-*bis* deve ravvisarsi nel suo collegamento con la questione dell'inutilizzabilità derivata⁵⁷; per il resto, l'introduzione di tale disposizione normativa pare giustificata esclusivamente dall'intenzione del legislatore di sottolineare l'importanza della tutela della dignità umana nel processo penale⁵⁸, assumendo pertanto una forte valenza simbolica.

B.Romanelli, *Delitto di tortura*, p.262.

53 P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, cit., p.322.

54 A.Famiglietti, *Introduzione del delitto di tortura*, p.773.

55 V.Grevi, G.Illuminati, *Prove*, in (a cura di) G.Conso, V.Grevi, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2020, pp.273-275. Secondo gli Autori, l'articolo 191 c.2-*bis* potrebbe essere erroneamente interpretato nel senso di ritenere che la libertà di autodeterminazione risulti pregiudicata solo in presenza di comportamenti particolarmente gravi e reiterati, come per l'appunto quelli descritti dal codice penale e ricollegabili a fattispecie di reato.

56 P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, p.322.

57 *Infra*, par.4.1.

58 F.Cassibba, *Brevi riflessioni*, p.114.

4.1. (segue): *l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura: il rapporto con l'inutilizzabilità derivata.*

Giunti a questo punto della trattazione, è possibile affrontare e analizzare le possibili ripercussioni dell'articolo 191 comma 2-bis sulla tematica dell'invalidità derivata, oggetto del presente lavoro.

La disposizione normativa in esame ha infatti contribuito ad inasprire il contrasto tra sostenitori della teoria del *male captum bene retentum* e coloro che accolgono, al contrario, la *theory of the fruits of the poisonous tree* nordamericana.

Conviene innanzitutto partire dal dato testuale, ed evidenziare il linguaggio usato dal legislatore: «Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Ad avviso della dottrina che riconosce l'esistenza dell'istituto dell'inutilizzabilità derivata, l'utilizzo dell'avverbio "comunque" non sarebbe casuale: «la tortura rende inutilizzabili le dichiarazioni estorte non solo in vista della prova della responsabilità penale o, comunque, della veridicità dell'affermazione del fatto oggetto delle dichiarazioni, ma anche come spunto investigativo per la ricerca di altri elementi probatori⁵⁹». Se ne dovrebbe quindi dedurre che con l'articolo in commento il legislatore ha implicitamente riconosciuto l'esistenza del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata, trasponendolo all'interno della disciplina delle dichiarazioni estorte al fine di rendere davvero effettivo il divieto di tortura, in ossequio alle direttive provenienti dagli organi sovranazionali.

L'inutilizzabilità derivata in siffatta materia opererebbe infatti in via preventiva, sollecitando gli organi inquirenti a un rigoroso rispetto della dignità umana, che costituisce uno dei pilastri del giusto processo⁶⁰: come ha opportunamente sottolineato la dottrina, infatti, sarebbe del tutto ingiusto (oltre che illogico) eliminare dal quadro probatorio soltanto le dichiarazioni estorte, legittimando così un successivo giudizio di colpevolezza sugli altri elementi conoscitivi rinvenuti ed acquisiti grazie alle dichiarazioni stesse⁶¹.

59 F.Cassibba, *Brevi riflessioni*, cit., p.115.

60 F.Cassibba, *Brevi riflessioni*, cit., p.116. Secondo l'Autore, per potersi avvalere degli elementi probatori rinvenuti grazie alla tortura, gli organi inquirenti dovrebbero dimostrare che la loro scoperta e acquisizione non siano stati conseguenza diretta della violazione del divieto di tortura e della «contestuale coartazione collaborazione processuale dell'imputato», in applicazione così di uno dei limiti all'operatività della teoria dei frutti dell'albero avvelenato, ovvero sia la fonte indipendente.

61 G.Ubertis, *Sistema di procedura penale, vol.I, Principi generali*, Giuffrè, 2017, p. 224.

Inoltre, a parere di chi scrive, l'inutilizzabilità "derivata" delle informazioni ottenute a partire dalle dichiarazioni estorte avrebbe un'ulteriore funzione, in quanto assicurerebbe una maggior attendibilità del risultato probatorio: vien da sé che una dichiarazione ottenuta grazie all'inflizione di atroci sofferenze fisiche o psicologiche, tali da indurre la vittima a dire qualunque cosa induca il torturatore a cessare la violenza, non costituisce un valido strumento per pervenire alla verità materiale dei fatti.

In realtà, questa argomentazione potrebbe essere contestualmente utilizzata a sostegno dell'opposta teoria del *male captum bene retentum*. Se il legislatore ha sentito la necessità di precisare che tutte le informazioni ottenute traendo spunto dalle dichiarazioni estorte dalla vittima non possono "comunque" essere utilizzate, questo potrebbe significare che nel nostro ordinamento deve essere generalmente esclusa l'operatività dell'inutilizzabilità derivata. Si deve pertanto constatare che l'articolo 191 comma 2-bis non appare in alcun modo risolutivo della questione, ma anzi finisce per alimentare ancora di più i dubbi ermenutici sul punto.

Tuttavia, nonostante la maggior parte della dottrina individui in questa disposizione normativa un'ipotesi di inutilizzabilità "rafforzata" dalla espressa trasmissione del vizio a tutti gli elementi probatori derivati, la ricostruzione più convincente pare essere un'altra, secondo la quale il vizio che affligge le informazioni successivamente reperite non avrebbe natura "derivata", bensì originaria⁶²: questo in quanto esse non sarebbero idonee a giustificare il successivo compimento di un atto istruttorio per il cui esperimento è richiesto una particolare motivazione, come ad esempio una perquisizione o un'intercettazione.

È pur vero che siffatta soluzione non potrebbe essere invocata nel caso in cui l'attività d'indagine successivamente compiuta non sia un atto a compimento vincolato ma un atto a compimento libero: in una simile circostanza, tuttavia, a parere di chi scrive, pare possibile affermare l'inutilizzabilità delle informazioni così acquisite in virtù del generale divieto contenuto nell'articolo 188 del codice di rito, secondo cui (conviene ribadirlo) nell'ambito del procedimento di assunzione della prova non possono essere utilizzati metodi e tecniche tali da ledere la libertà di autodeterminazione dell'individuo o da alterarne la capacità di ricordare e valutare i fatti.

Inoltre, deve essere evidenziato che anche dalle fonti sovranazionali in materia non è agevole trarre la soluzione al problema: tanto l'articolo 3 CEDU quanto l'articolo 15

62 P.Bronzo, G.Colaiacovo, *Inutilizzabilità delle prove*, pp.330-331.

della Convenzione CAT del 1984 tacciono sulle sorti delle prove ottenute grazie alle dichiarazioni estorte, e la stessa dottrina internazionale è divisa sul punto, proprio come quella italiana. Con particolare riferimento all'articolo 15 CAT⁶³, a fronte di chi ritiene che l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute grazie alle dichiarazioni estorte sia ricavabile in via interpretativa⁶⁴, altri autori fanno leva sull'espresso riferimento alle mere "dichiarazioni"⁶⁵, evidenziando inoltre il fatto che nel corso dei lavori preparatori era stata respinta la proposta di una codificazione espressa dell'inutilizzabilità derivata.

5. La Corte EDU e l'inutilizzabilità probatoria: la centralità dell'articolo 6 CEDU.

Prima di spostare l'attenzione sulla posizione della Corte di Strasburgo in tema di inutilizzabilità delle informazioni ottenute attraverso la tortura (e, più in generale, di inutilizzabilità derivata), è necessario fare un passo indietro, analizzando dapprima l'atteggiamento della Corte stessa nei confronti della tematica dei divieti probatori: i suoi interventi, in particolare, si sono concentrati sulla violazione degli articoli 3, 6 e 8 CEDU, relativi rispettivamente al divieto di tortura, al diritto ad un equo processo, e infine al diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶⁶.

Preliminarmente deve essere messa in luce l'assoluta centralità in materia dell'articolo 6 CEDU⁶⁷, il quale costituisce una sorta di «flangiflutti nel mare dei divieti e dei vizi probatori⁶⁸»: l'operatività dei divieti probatori (e pertanto la conseguente sanzione dell'inutilizzabilità dei dati probatori raccolti in violazione di essi) può scattare, ad

63 «Ogni Stato Parte provvede affinché nessuna dichiarazione di cui sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura al fine di stabilire che una dichiarazione è stata fatta».

64 «Although CAT does not mention exclusion of the "fruits of the poisonous tree" derived from confessions under torture, it is presumed that the use of physical or other evidence derived from the torture would also violate the treaty and international law», così S.C.Thaman, *Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth*, in *The University of Toronto Law Journal*, 2011, vol.6, n.4, cit., p.702.

65 T.Thienel, *The Admission of Torture Statements into Evidence*, in S.M.Meisenberg, I.Stegmiller, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Assessing Their Contribution to International Criminal Law*, Springer, 2016, cit., p.499 ss; Id., *The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law*, in *The European Journal of International Law*, 2006, vol.17, n.2, p.349 ss.

66 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.143 ss.

67 Art.6 CEDU, rubricato "Diritto ad un equo processo": «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente[...] 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. [...]».

68 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.143.

avviso dei giudici di Strasburgo, solo in presenza di vizi talmente gravi da pregiudicare l'equità del processo, e dunque ledere l'articolo 6 CEDU.

La prima fondamentale pronuncia, ormai risalente, resa dalla Corte EDU sul punto è la sentenza relativa al caso *Schenk c. Svizzera* del 1988⁶⁹: il ricorso era stato presentato da un uomo il quale aveva commissionato l'omicidio dell'ex moglie, dando mandato ad un terzo dietro pagamento di un'ingente somma di denaro. Il sicario tuttavia non aveva portato a compimento l'incarico, decidendo di recarsi dalla polizia per denunciare l'accaduto; le autorità, al fine di acquisire elementi utili, posero sotto controllo l'utenza telefonica dalla quale, secondo i patti tra il mandante ed il sicario, quest'ultimo avrebbe dovuto contattare il primo per comunicargli l'avvenuto delitto. La telefonata fu così registrata e utilizzata in sede processuale per provare la responsabilità penale dell'imputato, il quale venne condannato per tentato omicidio: a seguito della condanna, l'uomo (dopo aver esperito tutte le vie di ricorso interne) presentò ricorso alla Corte EDU per violazione dell'articolo 6 CEDU, poiché l'intercettazione utilizzata era stata realizzata dalla polizia giudiziaria in assenza di una valida autorizzazione da parte dell'autorità competente, e pertanto in modo illegittimo.

I giudici di Strasburgo, pur riconoscendo l'avvenuta violazione della normativa interna in materia di intercettazioni telefoniche, non accolsero le doglianze del ricorrente, affermando che l'utilizzo di una prova illegale non comporta *ex se* la lesione del diritto ad un equo processo tutelato dall'articolo 6 CEDU⁷⁰. Inoltre, in prima battuta, precisarono come il proprio ruolo non fosse quello di sindacare le scelte di politica processuale dei singoli ordinamenti, dovendo al contrario limitarsi ad accertare e sanzionare eventuali violazioni dei diritti tutelati dalla CEDU: nel caso di specie, ad avviso della Corte, il diritto di difesa dell'imputato era stato pienamente rispettato in quanto egli aveva avuto la possibilità, nel corso del giudizio di merito, di contestare ed eccepire l'inutilizzabilità dell'intercettazione. Sulla base di siffatte premesse, la Corte chiarì che per poter dichiarare l'avvenuta violazione dell'art.6 CEDU non è sufficiente invocare il mero utilizzo di una prova illegittima, essendo necessaria una valutazione più complessa relativa anche ad altre circostanze, quali le modalità con cui la prova è stata acquisita, la facoltà dell'imputato di contestare la sua validità e la sua utilizzabilità, ed infine l'incidenza della prova stessa sulla decisione finale⁷¹.

69 C.Edu, 12 luglio 2008, *Schenk c. Svizzera*, in www.echr.coe.int.

70 Sul punto, L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.144.

71 Così L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., pp.144-145.

Alle stesse conclusioni giunsero i giudici di Strasburgo nelle sentenze *Khan c. Regno Unito* del 2000⁷² e *P.G. e J.H. c. Regno Unito* del 2001⁷³, nell'ambito delle quali la Corte addirittura accertò l'avvenuta violazione dell'articolo 8 CEDU⁷⁴: tuttavia tale aspetto non fu ritenuto sufficiente a ritenere violato anche l'articolo 6, poiché, ad avviso dei giudici, il diritto di difesa degli imputati era stato rispettato ed era stata data loro la possibilità di difendersi contestando l'autenticità e la legittimità delle prove a loro carico⁷⁵.

Alla luce dunque di queste pronunce, è possibile affermare che, secondo la posizione della Corte EDU, il fatto che una prova sia stata acquisita in violazione del diritto interno e/o sovranazionale non può *ex se* comportare l'automatica contrarietà ai principi sanciti dall'articolo 6 CEDU⁷⁶ che, come precisato poc'anzi, è presupposto essenziale, secondo i giudici di Strasburgo, affinché l'illegittimità della prova possa incidere sulla genuinità e sull'utilizzabilità delle prove raccolte. Ne consegue che la linea interpretativa in cui si pone la Corte di Strasburgo, perlomeno nell'ambito delle pronunce appena illustrate, pare avvicinarsi ai dogmi cari alla teoria del *male captum bene retentum*, secondo cui, giova ribadirlo, una prova illegittimamente acquisita è

72 C.Edu, 12 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*, n.35394/97. Il ricorso era stato presentato da un cittadino pakistano condannato per il reato di traffico di droga, sulla base di un'intercettazione ambientale realizzata all'interno di un locale di proprietà di un terzo soggetto, che il reo era solito frequentare. Quest'ultimo contestava la legittimità e la conseguente utilizzabilità dell'intercettazione, essendo stata effettuata in assenza di un provvedimento autorizzativo.

73 C.Edu, 25 settembre 2001, *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, n.44787/98. La vicenda trae origine da un'attività d'indagine avviata dalla polizia inglese, la quale aveva ricevuto notizia circa il possibile compimento di una rapina ad opera di due soggetti; gli agenti installarono così delle microspie nell'abitazione di uno dei due al fine di ottenere così elementi di prova. A seguito di un controllo su strada, i due sospettati vennero arrestati e gli inquirenti chiesero loro di fornire dei campioni vocali al fine di confrontarli con le voci registrate tramite la precedente intercettazione ambientale: di fronte al rifiuto dei due, la polizia installò ulteriori microspie nelle loro celle, e gli estratti delle conversazioni così intercettate furono confrontate con quelle già in possesso degli inquirenti. A seguito di una perizia si accertò che le voci in questione appartenevano alle stesse persone: fu dunque avviato il procedimento penale a carico dei due imputati, i quali eccepirono l'inutilizzabilità tanto delle risultanze della prima intercettazione quanto quelle della seconda, essendo state tutte disposte in assenza di validi provvedimenti autorizzativi. I giudici di merito rigettarono le eccezioni, e gli imputati furono condannati all'esito del processo: esaurite le vie di ricorso interne, i due presentarono ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione degli artt.6 e 8 CEDU.

74 Si riporta di seguito il testo dell'articolo 8 CEDU, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare": «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».

75 Per un'approfondita analisi del caso *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, si veda A.Tamietti, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. c. Regno Unito*, in *Cass.pen.*, 2002, n.5, p.1826 ss.

76 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.146.

comunque suscettibile di essere utilizzata a fini decisori⁷⁷.

6. La posizione della Corte EDU circa l'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura: le prime aperture verso l'inutilizzabilità derivata.

Come visto nel paragrafo precedente, secondo i giudici di Strasburgo l'acquisizione di una prova in violazione della normativa interna o sovranazionale non lede *ex se* i principi di equità del processo tutelati dall'articolo 6 CEDU. Il passo ulteriore è stato domandarsi se una prova acquisita nel rispetto della normativa interna possa per ciò solo ritenersi conforme alla CEDU: è stata questa l'occasione per la Corte EDU di affrontare la tematica dell'inutilizzabilità delle informazioni ottenute mediante tortura, una pratica che in diversi Paesi del mondo è ancora pienamente legittima e (purtroppo) ampiamente utilizzata per l'ottenimento di elementi probatori a carico dell'imputato⁷⁸.

La domanda a cui dare risposta era pertanto se una prova raccolta in violazione dell'articolo 3 CEDU, fondamento del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, contrastasse o meno con l'articolo 6 CEDU.

Un primo orientamento della Corte, che è possibile chiamare soluzione del «doppio binario⁷⁹», distingueva tra le ipotesi in cui le prove erano state raccolte attraverso pratiche assimilabili al concetto di tortura e quelle in cui le autorità avevano posto in essere "solo" trattamenti inumani o degradanti.

In prima battuta deve essere chiarita la linea di confine tra "tortura" e "trattamenti inumani o degradanti", poiché l'art.3 CEDU non precisa la portata applicativa di tali categorie. Sul punto, la dottrina ritiene che i trattamenti (o le pene) degradanti si

⁷⁷ «Secondo la Corte, non è possibile escludere, in principio ed *in abstracto*, l'ammissibilità di una prova raccolta senza rispettare le prescrizioni del diritto nazionale. Il che equivale a dire che l'applicazione, da parte delle giurisdizioni interne, del brocardo latino *male captum, bene retentum* non costituisce, automaticamente, una violazione del principio del *fair trial*. In effetti, la contrarietà della prova rispetto alle regole dettate dal diritto interno, e la natura di tale contrarietà, possono costituire fattori aggravanti della responsabilità dello Stato, ma non sono di per sé sole decisive ai fini dell'esistenza di una violazione dell'art.6 §1 della Convenzione. Quello che conta è piuttosto sapere se il processo nel suo complesso – e quindi anche il modo in cui le prove sono state assunte – sia stato equo. Ora, l'"equità" dipende, oltre che dal rispetto degli specifici diritti che i paragrafi 2 e 3 dell'art.6 riconoscono alle persone accusate, dall'esistenza di una serie di garanzie di carattere prettamente procedurale, quali il contraddittorio, la parità delle armi, la protezione contro l'autoincriminazione. Pertanto, la Corte potrà concludere alla violazione della Convenzione se le particolari modalità con cui gli elementi a carico sono stati assunti hanno comportato, in concreto, una limitazione di tali garanzie», A. Tamietti, *L'utilizzazione di prove*, cit., p.1830.

⁷⁸ L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.147.

⁷⁹ L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.149.

ricollegano ad elementi di natura emotiva, come l'umiliazione della vittima, mentre i trattamenti (o le pene) inumani sono caratterizzati dall'inflizione alla vittima di una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità⁸⁰. Infine, la tortura sarebbe integrata in presenza di una particolare gravità della condotta, tale da renderla pertanto «una forma particolarmente grave di trattamento inumano» e dello scopo specifico perseguito dal soggetto agente, ovvero sia quello di «ottenere informazioni, di estorcere una confessione, di infliggere una punizione, di intimidire o di esercitare una pressione su qualcuno»⁸¹.

L'ipotesi di prove raccolte mediante tortura è stata affrontata dalla Corte nelle sentenze *Goçmen c. Turchia* del 2006⁸² e *Harutyunyan c. Armenia* del 2007⁸³: in siffatte pronunce i giudici mostrarono una rigida intransigenza verso qualsiasi forma di violenza fisica o morale finalizzata all'acquisizione di una prova, affermando pertanto l'assoluta inutilizzabilità di tutto il materiale raccolto. Inoltre, evidenziarono che il mero compimento di un atto di tortura integrasse automaticamente una violazione dell'articolo 6 CEDU, tutelante il diritto ad un processo giusto ed equo: qualsiasi valutazione in termini di bilanciamento deve essere pertanto esclusa, dovendosi ritenere che la violazione dell'articolo 3 si ripercuote inevitabilmente sull'articolo 6 della Convenzione, dando vita a una vera e propria «propagazione della violazione⁸⁴», che può essere vista come una prima apertura nei confronti anche della trasmissibilità del vizio da una prova all'altra, e pertanto dell'inutilizzabilità derivata. Ciò è evidente se si considera che nel

80 A.Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir.pen.cont.*, 2011, cit., p.224.

81 Sul punto, nuovamente, A.Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010*, cit., p.224. L'Autrice rileva inoltre che «Il diritto vivente di Strasburgo consente, tuttavia, di attribuire ai suddetti criteri una validità solo tendenziale, posto che, da un lato, il *confine fra trattamenti inumani e trattamenti degradanti* si mostra nell'applicazione pratica alquanto incerto, e sono assai frequenti le pronunce in cui la Corte utilizza l'espressione «trattamento inumano e degradante» quasi si trattasse di un'endiadi; dall'altro, non sempre i *misbehaviour* che raggiungono la soglia di gravità necessaria per essere qualificati come altrettante ipotesi di *tortura* sono assistiti dallo scopo specifico ora menzionato: l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo consente, piuttosto, di evidenziare un *rapporto di proporzionalità inversa fra la gravità della condotta e lo scopo specifico perseguito dall'agente*».

82 C.Edu, 26 settembre 2006, *Goçmen c. Turchia*, n.72000/01 in *echr.coe.int*. Il ricorrente lamentava la violazione degli articoli 3 e 6 CEDU, in quanto egli era stato condannato sulla base di prove illegittimamente acquisite, formate attraverso il ricorso a pratiche di tortura. In particolare, agli inizi del procedimento penale, l'uomo era sospettato di far parte di un'organizzazione terroristica: dopo il suo arresto veniva trattenuto in stato di fermo per alcuni giorni, nel corso dei quali fu sottoposto a numerosi interrogatori (tutti in assenza del proprio difensore); inoltre, all'esito del periodo di fermo, fu sottoposto ad una visita medica, a seguito della quale fu riscontrata la presenza di molteplici lesioni sul suo corpo. In sede processuale furono utilizzate le dichiarazioni autoindizianti che l'imputato aveva reso nel corso degli interrogatori, sulla cui base fu accertata la sua responsabilità penale.

83 C.Edu, 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*, n.36549/03, in *echr.coe.int*.

84 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.148; nello stesso anche B. Romanelli, *Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria*, p.269.

caso *Harutyunyan c. Armenia* la Corte di Strasburgo ha affermato che la reiterazione della confessione ad un'autorità diversa da quella che ha commesso gli atti di tortura (mediante la conferma del contenuto delle precedenti dichiarazioni estorte) non esclude che le dichiarazioni in questione siano conseguenza delle vessazioni patite⁸⁵: se ne deve dedurre che il loro utilizzo processuale lede il diritto al giusto processo, tutelato dall'articolo 6 CEDU.

Discorso diverso deve essere fatto per le prove ottenute non mediante tortura, bensì con l'utilizzo di trattamenti inumani o degradanti. Sul punto può essere citata la sentenza sul caso *Jalloh c. Germania* del 2006⁸⁶, che aveva visto coinvolto un cittadino della Sierra Leone, il quale era stato fermato dalle autorità perché colto nell'atto di consegnare sostanza stupefacente ad un terzo. Al momento dell'arresto, l'uomo inghiottì un piccolo involucre di plastica che custodiva in bocca: di conseguenza, fu condotto in ospedale dove gli fu chiesto di ingerire un liquido emetico. Di fronte al suo rifiuto, quattro agenti di polizia gli somministrarono a forza, per via nasale, la sostanza, e a seguito di siffatta operazione fu recuperato l'involucro contenente una dose di cocaina. All'esito del processo avviato nei suoi confronti, l'imputato fu condannato per cessione di sostanze stupefacenti sulla base (anche) dell'involucro ottenuto forzatamente: tutte le impugnazioni della sentenza, inerenti all'illegittimità delle prove raccolte, furono respinte; l'uomo presentò dunque ricorso alla Corte EDU per violazione degli articoli 3 e 6 CEDU.

I giudici di Strasburgo accertarono l'avvenuta violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, ritenendo il mezzo impiegato dagli inquirenti una grave interferenza con l'integrità fisica e psichica dell'individuo: questo alla luce sia della pericolosità della somministrazione, sia per le modalità «tendenti al brutale» utilizzate. Ad avviso della Corte, siffatta interferenza non era né proporzionata al fatto, poiché il ricorrente era coinvolto in attività di piccolo spaccio, né necessaria, poiché in molti altri Stati membri non viene impiegato il metodo in questione, ma si attende la naturale espulsione di quanto ingerito. Relativamente all'articolo 6 CEDU, i giudici constatarono l'avvenuta violazione anche di tale norma, alla luce del fatto che la prova era stata ottenuta violando uno dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione, che siffatta prova era stata decisiva per la condanna, e che infine non vi era alcun interesse pubblico che controbilanciasse il diritto all'integrità fisica del ricorrente. La Corte EDU pertanto

85 B.Romanelli, *Delitto di tortura*, pp.268-269.

86 C.Edu, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, in *Cass.pen.*, 2006, n.11, p.3843 ss.

non ravvisò un'automatica violazione del diritto ad un equo processo, come nelle sentenze illustrate poc'anzi: solo in presenza di atti di tortura vi sarebbe questo automatismo, mentre l'ipotesi di trattamenti inumani o degradanti richiederebbe una valutazione ulteriore circa l'effettiva iniquità del processo celebrato⁸⁷, in modo analogo a quanto si è visto in precedenza con riferimento al rapporto tra gli articoli 6 e 8 CEDU. L'orientamento del «doppio binario», a parere di chi scrive, oltre ad essere altamente discutibile, rischiava anche di concretizzarsi in lesioni del diritto di uguaglianza, non essendo spesso agevole stabilire, a livello interpretativo, se determinate condotte violente e brutali dovessero essere ricondotte alla categoria della "tortura" o dei "trattamenti inumani o degradanti". Fortunatamente, con la sentenza relativa al caso *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito* del 2012⁸⁸, la Corte ha iniziato a porre le basi per il superamento di questo principio paventando la possibilità (e la necessità) di prevedere il meccanismo dell'automatismo anche in presenza "meri" trattamenti inumani e/o degradanti.

6.1. (segue) Il caso *Gäfgen c. Germania*.

Merita un approfondimento a parte la sentenza resa dalla Corte EDU relativamente al caso *Gäfgen c. Germania* del 2008⁸⁹, in occasione della quale i giudici di Strasburgo hanno preso un'esplicita posizione proprio in merito alla tematica dell'inutilizzabilità derivata. Prima di procedere all'illustrazione della decisione è necessario esplicitare i fatti del caso, la cui comprensione appare indispensabile per cogliere a pieno il ragionamento della Corte⁹⁰.

87 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.149.

88 C.Edu, 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, n.8139/09. Nel caso di specie, nonostante ravvisò che le prove fossero state ottenute mediante tortura, la Corte ha precisato che la medesima disciplina avrebbe dovuto valere anche nelle ipotesi di trattamenti inumani o degradanti: «the Court considers that the admission of torture evidence is manifestly contrary, not just to the provisions of Article 6, but to the most basic international standards of a fair trial. It would make the whole trial not only immoral and illegal, but also entirely unreliable in its outcome. It would, therefore, be a flagrant denial of justice if such evidence were admitted in a criminal trial. The Court does not exclude that similar considerations may apply in respect of evidence obtained by other forms of ill-treatment which fall short of torture. However, on the facts of the present case (see paragraphs 269-271 below), it is not necessary to decide this question». Per un commento alla sentenza si veda A.Colella, *Il rischio che, nel Paese che ha chiesto l'estradizione, vengano utilizzate prove estorte mediante tortura può dar luogo a una violazione potenziale dell'art.6 CEDU*, in *Dir.pen.cont.*, 25 maggio 2012.

89 C.Edu, 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, n.22978/05, in *www.echr.coe.int*.

90 In merito ai fatti del caso e alla successiva decisione della Corte EDU, si veda L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.149 ss.; S.Maffei, *Il mantello della legge*, p.350 ss.

La vicenda vedeva coinvolto il giovane studente di giurisprudenza Gäfgen, il quale fu condannato all'ergastolo per il rapimento e il conseguente omicidio del piccolo J., un bambino di appena undici anni, amico della sorella. Il delitto si consumò in data 27 settembre 2002, quando Gäfgen portò il bambino nel proprio appartamento sito a Francoforte e qui lo uccise soffocandolo; nei giorni successivi al delitto l'uomo contattò la famiglia del bambino, chiedendo un riscatto in cambio della sua liberazione, omettendo ovviamente di averlo già ucciso e di aver abbandonato il suo corpo in uno stagno nei pressi della città. Il 30 settembre Gäfgen prelevò il riscatto, e dal quel momento, a sua insaputa, iniziò ad essere pedinato dalla polizia che lo arrestò il pomeriggio stesso all'aeroporto di Francoforte.

In seguito, i poliziotti informarono Gäfgen dei sospetti nei suoi confronti per il rapimento del bambino a scopo di estorsione, e alla presenza del suo difensore egli dichiarò che il rapimento era stato realizzato da altri soggetti non meglio identificati.

Il giorno seguente, un agente di polizia (diverso da quello a cui l'indagato aveva reso le prime dichiarazioni), su incarico di un proprio superiore, minacciò Gäfgen prospettandogli sofferenze fisiche e violenze, anche di natura sessuale, qualora avesse continuato a negare la propria responsabilità e a non indicare agli inquirenti il luogo in cui si trovava il bambino. A queste minacce verbali fecero seguito anche percosse e strattoni talmente forti da far sbattere la testa dell'arrestato contro il muro; dopo circa dieci minuti Gäfgen cedette, confessando l'omicidio e rivelando l'ubicazione del cadavere. La procedura di estrazione del corpo dallo stagno fu prontamente video-registrata, e contestualmente a siffatta operazione furono esperite ulteriori attività volte all'ottenimento di altri elementi di prova utili all'accertamento della responsabilità penale: in particolare fu condotto l'esame autoptico sulla vittima e furono rinvenute tracce di pneumatici sul luogo del delitto, che combaciavano con quelli dell'automobile dell'indagato.

Sulla base della sua confessione e degli ulteriori elementi raccolti, Gäfgen fu rinviato a giudizio con le accuse di rapimento e di omicidio volontario. La difesa eccepì l'illegittimità dell'interrogatorio nel corso del quale l'imputato aveva confessato e la conseguente inutilizzabilità di tutti i dati probatori raccolti sulla base delle dichiarazioni estorte: il giudice di primo grado stabilì che i mezzi utilizzati durante l'interrogatorio violavano sia la normativa interna, sia quella sovranazionale, in particolare l'art.3

CEDU, dichiarando così inutilizzabile la confessione resa da Gäfgen⁹¹. Tuttavia, gli altri mezzi di prova, *in primis* gli esiti dell'autopsia e le tracce dei pneumatici, furono ritenuti pienamente utilizzabili (emerse dunque, relativamente alla posizione della giurisprudenza tedesca, il ripudio del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata).

All'esito del processo, l'imputato fu condannato all'ergastolo, e la sentenza fu confermata anche in appello. Esaurite le vie di ricorso interne, Gäfgen presentò ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione degli artt. 3 e 6 CEDU.

In primo luogo la Corte ritenne che le condotte poste in essere dalla polizia a danno del ricorrente dovessero essere qualificate come "trattamenti inumani o degradanti" e non come "tortura", alla luce della breve durata dell'interrogatorio (che si era protratto all'incirca per dieci minuti prima che venisse resa la confessione) e del fatto che le minacce verbali non avevano trovato attuazione: in particolare, esse erano consistite nel prospettare all'arrestato l'inflizione di vere e proprie torture da parte di personale "specializzato", nonché della commissione di violenza sessuale a suo danno ad opera di altri detenuti. Seguendo l'orientamento del «doppio binario», all'epoca consolidatosi nella propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo, accertata la violazione dell'articolo 3 CEDU, evidenziò la necessità di stabilire se da essa era derivata anche una lesione del diritto ad un equo processo, tutelato dall'articolo 6. Sul punto i giudici affermarono che i trattamenti inumani subiti dal ricorrente nel corso dell'interrogatorio erano stati tali da comportare la violazione del suo diritto al silenzio, uno dei principi cardine del giusto processo⁹². Inoltre, si evidenziava che gli elementi successivamente raccolti dagli inquirenti traevano origine proprio da siffatto interrogatorio: i giudici sembravano dunque riconoscere la sussistenza di un nesso causale tra la prova viziata (le dichiarazioni estorte) e quelle successivamente acquisite.

Tuttavia, nonostante l'apparente apertura verso la *theory of the fruit of the poisonous tree*, nel prosieguo della pronuncia i giudici della Corte EDU virarono con decisione verso i dogmi del *male captum bene retentum*, affermando che le prove ottenute grazie

91 Si segnala, per completezza, che fu avviato un separato procedimento penale nei confronti dell'agente che aveva minacciato e picchiato Gäfgen e del superiore che gli aveva conferito l'incarico: il primo fu condannato per abuso di coercizione nell'esercizio delle proprie funzioni, il secondo per istigazione a commettere siffatto delitto; nei loro confronti furono comminate una mera ammonizione formale e una blanda pena pecuniaria. Pur escludendo che lo stato di necessità potesse scusare tali condotte, il giudice, per giustificare la particolare tenuità della pena, mise in luce il fatto che gli imputati fossero mossi dal solo scopo di salvare la vita al bambino e di come fossero messi sotto un'indicibile pressione tanto dai propri superiori gerarchici quanto dall'intera opinione pubblica. Sul punto, S.Maffei, *Il mantello della legge*, cit., p.352.

92 Così L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.151; S.Maffei, *Il mantello della legge*, cit., p.354.

alla confessione estorta fossero meri "effetti indiretti" di quest'ultima, inidonei pertanto a determinare una trasmissione del vizio e ledere i principi tutelati dall'articolo 6 CEDU⁹³. A sostegno di questa argomentazione, la Corte evidenziò il fatto che «l'imputato non sia stato nuovamente minacciato nel corso del viaggio in auto verso il luogo di abbandono del cadavere», non essendo stato pertanto obbligato a portare nuovi elementi alla conoscenza degli agenti di polizia⁹⁴: è in tal senso che, secondo la Corte, tali elementi erano stati *indirettamente* rinvenuti.

Questo ragionamento è parso, agli occhi della dottrina, un mero espediente per "salvare" prove decisive dal possibile "effetto domino" causato dall'applicazione dell'inutilizzabilità derivata. D'altronde, il caso Gäfgen, per l'efferatezza dell'omicidio e la giovanissima età della vittima, aveva scosso profondamente l'opinione pubblica, a tal punto da spingere la Corte EDU, in modo pressoché paradossale, «a legittimare in tal modo la brutalità laddove essa abbia condotto all'individuazione di un dato probatorio incontestabile o decisivo⁹⁵».

A conclusione della propria sentenza, la Corte EDU negò l'avvenuta violazione dell'articolo 6 CEDU, sulla base del fatto che al ricorrente era stato comunque garantito, in Germania, un processo equo, avendo egli avuto la possibilità di contestare la legittimità del dato probatorio raccolto (e gli stessi giudici di merito avevano dichiarato l'illegittimità e la conseguente inutilizzabilità della confessione estorta); nonché sulla constatazione dell'assenza di un collegamento diretto tra le dichiarazioni rese nel corso dell'interrogatorio e le prove reali successivamente reperite sul luogo di ritrovamento del cadavere, prove che comunque non avevano rappresentato il "cuore" della sentenza di condanna, la quale si era basata anche su ulteriori e diversi elementi probatori⁹⁶.

La doglianza di Gäfgen in merito all'articolo 6 CEDU fu così respinta.

In conclusione può essere messo in luce come la Corte EDU, con questa sentenza, abbia inizialmente aperto le porte ad una possibile trasmissibilità del vizio da una prova "originaria" a quelle successivamente ottenute mediante quest'ultima, in un'ottica garantistica, per poi ritornare timidamente sui propri passi e giustificare pretestuosamente questo *revirement* in modo assai debole.

A parere di chi scrive, leggendo questa sentenza e il relativo ragionamento dei giudici

93 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, cit., p.151.

94 S. Maffei, *Il mantello della legge*, cit., p.355.

95 S. Maffei, *Il mantello della legge*, cit., p.355.

96 L. Annunziata, *Questioni probatorie*, p.151.

non può non venire alla mente proprio la sentenza 5021/1996 resa dalle Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione in merito al caso Sala⁹⁷: in entrambi i casi, i giudici, pur ammettendo in prima battuta e in modo apparentemente sicuro e deciso lo stretto nesso causale tra due prove, hanno forse ritenuto più opportuno assicurare l'utilizzabilità probatoria di elementi decisivi per la condanna. La sensazione che si ha è quella di un giudiziario preoccupato di possibili reazioni pubbliche, specialmente in casi delicati e complessi come quello del tedesco Gäfgen.

Nuovamente, come già evidenziato con riferimento alla nostra giurisprudenza costituzionale⁹⁸, a prevalere sul rispetto dei diritti fondamentali della persona sembrano essere scelte e indirizzi di politica criminale, volti alla repressione dei crimini e alla punizione cieca dei colpevoli, anche a costo di "calpestare" il rispetto di diritti fondamentali come la dignità umana.

97 Sul punto, *supra*, cap.III, par.2.

98 *Supra*, cap.III, par.4 ss.

CONCLUSIONI

Giunti così alla fine del presente lavoro, pare opportuno dedicare un piccolo spazio ad alcune riflessioni conclusive intorno alla figura dell'inutilizzabilità derivata.

L'illustrazione delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, con particolare riferimento alle sentenze degli ultimi anni, ha messo in luce le grandi difficoltà in cui l'interprete incorre inevitabilmente, stante il perdurante silenzio del legislatore sulla questione. A parere di chi scrive, il rispetto dei principi costituzionali esige che vi sia una qualche forma di "trasmissione" del vizio da una prova inutilizzabile a quelle successivamente acquisite e legate alla prima da uno stretto rapporto di dipendenza: se così non fosse, la stessa Carta fondamentale verrebbe completamente svuotata di significato, in quanto i diritti ivi tutelati finirebbero per essere semplicemente riconosciuti in astratto e non tutelati in concreto. Senza contare che un processo in cui venga consentito l'ingresso di prove ottenute in violazione delle garanzie dell'imputato o indagato non potrebbe essere considerato "giusto", specialmente in uno Stato di diritto come il nostro.

Tuttavia, è il caso di evidenziare che anche un'applicazione generalizzata ed estremizzata del meccanismo dell'inutilizzabilità derivata potrebbe portare a problematiche di non poco conto, in quanto si rischierebbe di escludere continuamente elementi importanti dal quadro probatorio, in presenza anche di piccole irregolarità nelle procedure di acquisizione delle prove. Ad essere così sacrificati sarebbero interessi di natura strettamente processuale, e si finirebbe inoltre per generare un sentimento di sfiducia collettiva nei confronti della giustizia.

Un intervento del legislatore sul punto è auspicabile proprio al fine di individuare una soluzione intermedia, che sia idonea ad assicurare al contempo il rispetto delle garanzie dell'imputato e il soddisfacimento delle esigenze di accertamento della verità. Si può a tal proposito richiamare l'ordinamento nordamericano, dove l'elaborazione giurisprudenziale non solo è pervenuta al riconoscimento dell'inutilizzabilità derivata, ma ha anche delineato specifici limiti all'operatività di quest'ultima, proprio per evitare che le necessità processuali vengano totalmente neutralizzate. Da questo punto di vista gli Stati Uniti possono quindi essere un'ispirazione per il nostro legislatore, a cui spetterebbe ovviamente il compito di adattare siffatta disciplina al nostro ordinamento, profondamente diverso da quello d'oltreoceano.

Come valida alternativa può essere richiamata la tesi, illustrata alla fine del terzo capitolo, che individua l'inutilizzabilità (tanto della prova "originaria" quanto di quelle "derivate") come sanzione alla doppia violazione di un divieto probatorio: così facendo si eviterebbero a livello ermeneutico tutte le difficoltà legate al principio di tassatività sul quale è improntato il nostro processo penale. Siffatta soluzione si rivela inoltre pienamente in linea con l'intenzione dei riformatori del 1988, i quali, attraverso l'introduzione dell'istituto dell'inutilizzabilità patologica, hanno voluto impedire che il giudice potesse porre a fondamento della propria decisione elementi acquisiti in violazione dei diritti fondamentali dell'individuo. Attraverso una valorizzazione del concetto di "divieto probatorio", e dando all'articolo 191 c.p.p. un'interpretazione di stampo teleologico, si giungerebbe così al risultato sperato, senza incappare nei risvolti prolematici che presenta il meccanismo della trasmissibilità del vizio.

Un'ulteriore osservazione riguarda la nostra giurisprudenza costituzionale, che negli ultimi anni si è mostrata fortemente contraria a possibili aperture nei confronti dell'inutilizzabilità derivata, e che, dovendo affrontare le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'articolo 191 c.p.p., ha preferito non scendere nel merito e dichiarare inammissibili le questioni sollevate. A tal fine i giudici costituzionali hanno invocato, in modo assai pretestuoso, l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi sul punto e costituente diritto vivente: quello, per l'appunto, del *male captum bene retentum*.

Come già evidenziato nel corso della trattazione, ci si sarebbe aspettati un'effettiva presa di posizione da parte del Giudice delle leggi, essendo suo compito accertare e stabilire quando una disciplina positiva si pone in contrasto con i diritti fondamentali espressamente riconosciuti dalla Costituzione. Al contrario, la Corte si è mostrata sorda alle proposte di collaborazione avanzate dal g.u.p. del tribunale di Lecce, nonostante, come si è visto, quest'ultimo abbia messo bene in luce i numerosi profili problematici dell'orientamento in questione. Sarebbe stata anche un'ottima occasione per mandare (ulteriormente) un messaggio al legislatore, sollecitandolo ad intervenire quanto prima: così non è stato, e la questione dell'inutilizzabilità derivata rischia di essere ancora per molto tempo una materia destinata al lavoro degli interpreti e oggetto di sempre più accese discussioni.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.
- ALESSI G., *Il processo penale – Profilo storico*, Laterza, 2007.
- ALLENA G., *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, n. 2, p. 506 ss.
- AMODIO E., *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 193 ss.
- ANNUNZIATA L., *Questioni probatorie: tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pacini Editore, 2017.
- ARICÒ G., *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, (Università di Salerno), Salerno, 1993.
- ASHWORTH A., *Excluding Evidence as Protecting Rights*, in *Crim.Law.Rev.*, 1977, p. 723 ss.
- BASSO E., sub *art.252 c.p.p.* in (coordinato da) M.Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale, vol.II*, UTET, 1989, p. 728 ss.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764.
- BELLANTONI G., *Sequestro probatorio e processo penale*, La Tribuna, 2005.
- BENE T., *L'art.191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass.pen.*, 1994, n.1, p. 117 ss.
- BERNASCONI A., *La ricognizione di persone nel processo penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2003.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2016.
- BLOOM R.M., *Inevitable Discovery: An Exception beyond the Fruits*, in *American Journal of Criminal Law*, vol.20, n.1, 1992, p. 79 ss.
- BONZANO C., *Il segreto di Stato nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2010.
- BRONZO P., COLAIACOVO G., *Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura nel sistema processuale italiano*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*,

- Porto Alegre, vol. 7, n. 1, jan./abr. 2021, p. 311 ss.
- CABIALE A., *L'inutilizzabilità derivata: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir.pen.cont.*, 2013, n.4, p. 112 ss.
 - CAMON A., *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi "cellulari", acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria*, in *Cass.pen.*, 1996, n.12, p. 3720 ss.
 - CAMON A., *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, n.2, p. 594 ss.
 - CAPRIOLI F., *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.
 - CAPRIOLI F., *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giust.cost.* 2002, n.3, p. 2185 ss.
 - CAPRIOLI F., *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur.cost.*, 2008, n.3, p. 1832 ss.
 - CASSIBBA F.S., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Dir.pen.cont.*, 27 aprile 2015.
 - CASSIBBA F.S., *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art.191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n.4, p. 109 ss.
 - CHIAVARIO M., *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, UTET, Torino, 1990.
 - CISTERNA A., *Colmata una lacuna, ma molte nozioni restano poco precise*, in *Guida dir.*, 2017, n.39, p.18 ss.
 - COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo – In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 2009, n.4, p. 1801 ss.
 - COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir.pen.cont.*, 2011, p. 221 ss.
 - COLELLA A., *Il rischio che, nel Paese che ha chiesto l'estradizione, vengano utilizzate prove estorte mediante tortura può dar luogo a una violazione*

potenziale dell'art.6 CEDU, in *Dir.pen.cont.*, 25 maggio 2012.

- COMOGLIO L.P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass.pen.*, 1996, n.5, p. 1547 ss.
- COMOGLIO L.P., *Prove illecite, Stato di diritto e garanzie del processo "giusto"*, in *Jus*, Vita e Pensiero, 2019, n.1, p. 59 ss.
- CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè Editore, Milano, 1972.
- CONTI C., *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, n.11, p.1347 ss.
- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2007.
- CONTI C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir.pen.proc.*, 2010. n.7, p. 781 ss.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè Editore, Milano, 1963.
- CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, UTET, Torino, 1992.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- COSTANTINI A., *Intercettazioni telefoniche fra inutilizzabilità derivata e sanatoria sopravvenuta*, in *Dir.pen.proc.*, 1997, p. 434 ss.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1984.
- D'IGNAZIO G., *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, CEDAM, Padova, 2020.
- D'ONOFRIO M., *La perquisizione nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2000.
- DI BITONTO M.L., *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass.pen.* 2006, n.12, p. 3950 ss.
- DI CESARE D., *Tortura – Chi tace è complice*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016.
- DINACCI, F.R., *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- DOLCINI E., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 31 ss.
- FAMIGLIETTI A., *Novità legislative interne – Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Proc.pen.giust.*, 2017 n.5, p.770 ss.

- FERRUA P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest.giust.*, 2001, n.6, p. 1114 ss.
- FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 317 ss.
- FERRUA P., *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in *Dir.pen.proc.*, 2020, vol.26, n.9, p. 1249 ss.
- FERRUA P., *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.7, n.1, jan./abr. 2021, p. 215 ss.
- FILIPPI L., *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.
- FILIPPI L., *Intercettazioni: decreto necessario ma da correggere*, in *L'Unione sarda*, 25 settembre 2006.
- GALANTINI N., *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass.pen.*, 1994, n.4, p.663 ss.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, CEDAM, Padova, 1992.
- GALANTINI N., *Alla ricerca dell'inutilizzabilità "derivata"*, in *Sistema Penale*, 2021, n.3, p. 151 ss.
- GALANTINI N., *L'art.191 c.p.p. a confronto con la "inutilizzabilità derivata" in un nuovo giudizio costituzionale*, in *Sistema penale*, 18 gennaio 2022.
- GREVI V., *«Nemo tenetur se detegere»: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 1972.
- GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1973, p. 316 ss.
- GREVI V., ILLUMINATI G., *Prove*, in (a cura di) CONSO G., GREVI V., BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2020, p. 259 ss.
- GRIFANTINI F.M., *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fase anteriori*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2007, p. 169 ss.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2014.
- IASEVOLI C., *La funzione "dissuasiva" del processo penale*, in (a cura di) IASEVOLI C., *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo*

Nobili, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 327 ss.

- ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 75 ss.
- LAMARQUE E., *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio: una sentenza di ammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, in *Giur.cost.*, 2008, n.2, p. 1844 ss.
- LARONGA A., *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in *Cass.pen.*, 2002, n.10, p. 3050 ss.
- LO FORTE G., *Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa*, in AA.VV., *Criminalia – Annuario di Scienze Penalistiche*, Edizioni ETS, 2006, p. 351 ss.
- LUPACCHINI O., *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir.pen.proc.*, 1996, n.9, p. 1122 ss.
- MAFFEI S., *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del "ritrovamento inevitabile" in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in (a cura di) CORSO P., ZANETTI E., *Studi in onore di Mario Pisani, vol.II*, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 349 ss.
- MAGUIRE R.F., *How to Unpoison the Fruit. The Fourth Amendment and the Exclusionary Rules*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1964, vol.55 n.3, p. 307 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale, vol.I*, UTET, Torino, 1931.
- MARCHI I., *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art.613-bis c.p.*, in *Dir.pen.cont.*, 2017, n.7-8, p. 166 ss.
- MELCHIONDA A., *Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*, in *Riv.pen.*, 1977, p. 129 ss.
- MELCHIONDA A., *Ricognizione e confronti*, in (diretta da) CHIAVARIO M., MARZADURI E., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, UTET Torino, 1999, p. 259 ss.
- MENDOZA R., *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass.pen.*, 1996, n.6, p.1547 ss.
- MOLINARI F.M., *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del*

- sequestro*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1994, n.3, p. 1127 ss.
- MONTAGNA M., *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in Dir. pen.proc., 1997, p. 1125 ss.
 - MONTAGNA M., *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, CEDAM, Padova, 2005.
 - MORSELLI C., *L'idolo del "sequestro" come atto dovuto che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in Proc.pen.giust., 2020, n.10, p. 111 ss.
 - MOSCARINI P., *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in Riv.it.dir.proc.pen, 1998, n.4, p. 1245 ss.
 - NAPPI A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
 - NEGRI S., *"Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e la travagliata introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in Dir.pen.proc., 2016, n.12, p. 1657 ss.
 - NOBILI M., *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, CLUEB, 1989.
 - NOBILI M., *Commento all'art.191 c.p.p.*, in (coordinato da) CHIAVARIO M., *Commento al nuovo codice di procedura penale, vol.II*, UTET, 1990, p. 413 ss.
 - NOBILI M., *Divieti probatori e sanzioni*, in Giust.pen., 1991, p. 641 ss.
 - NUVOLONE P., *Le prove vietate nei paesi di diritto latino*, in Riv.dir.proc., 1966, p. 442 ss.
 - PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, CEDAM, Padova, 1992.
 - PALIDDA S., *Appunti di ricerca sulle violenze delle polizie al G8 di Genova*, in *Studi sulla questione criminale – Nuova serie di "Dei delitti e delle pene"*, Carocci Editore, 2008, vol.3 n.1 p. 11 ss.
 - PAPA M., *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in Ind.pen., 1987, p. 399 ss.
 - PELISSERO M., *L'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano (l.110/2017)*, in (a cura di) GIARDA A., GIUNTA F., VARRASO G., *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, CEDAM, 2018,

- p. 225 ss.
- PERONI F., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur.cost.* 2002, n.1, p. 281 ss.
 - PERONI F., *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art.191 c.p.p.*, in *Cass.pen.*, 2005, n.3, p. 922 ss.
 - PEZZIMENTI C., *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?* in *Dir.pen.proc.*, 2018, n.2, p. 153 ss.
 - PICARO G., *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *Arch.pen.*, 2017, n.2, p. 2 ss.
 - PIERRO G., *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
 - POTETTI D., *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15 comma 1 Cost.*, in *Cass.pen.*, 1993, p. 742 ss.
 - PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir.pen.cont.*, 2014, n.2, p. 129 ss.
 - RACCA A., *Riflessioni sul delitto di tortura introdotto dalla l.14 luglio 2017 n.110*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 2018.
 - RAFARACI T., *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass.pen.*, 1998, n.6, p. 1739 ss.
 - REAMEY G., *The American Exclusionary Rule Experience*, in AA.VV., *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the UE and Beyond*, 1999, p. 13 ss.
 - ROLLA G., *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.
 - ROMANELLI B., *Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria*, in (a cura di) GIARDA A., GIUNTA F., VARRASO G., *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, CEDAM, 2018, p. 259 ss.
 - RUGGIERI F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
 - SCAPARONE M., *Common law e processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1974.
 - SCAPARONE M., *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, in *Riv.it. dir.*

proc.pen., 1974, p. 847 ss.

- SCELLA A., *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv.it. dir. proc.pen.*, 1992, n.1, p. 216 ss.
- SCELLA A., *Prove penali e inutilizzabilità: uno studio introduttivo*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- SPANGHER G., «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur.cost.*, 2005, n.1, p. 2827 ss.
- SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 2015.
- (a cura di) STAMPANONI BASSI G., *Intercettazioni e "inutilizzabilità derivata": l'ordinanza del GUP del Tribunale di Perugia nel procedimento cd. "Palamara-bis"*, in *Giur.pen.*, 20 giugno 2021.
- TAMIETTI A., *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. c. Regno Unito*, in *Cass.pen.*, 2002, n.5, p. 1826 ss.
- THAMAN S.C., *Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth*, in *The University of Toronto Law Journal*, 2011, vol.LXVI, n.4, p. 691 ss.
- THE MICHIGAN LAW REVIEW ASSOCIATION, *The Life and Times of Boyd v. United States (1886 – 1976)*, in *Michigan Law Review*, 1976, vol.76, n.1, p. 184 ss.
- THIENEL T., *The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law*, in *The European Journal of International Law*, 2006, vol.17, n.2, p. 349 ss.
- THIENEL T., *The Admission of Torture Statements into Evidence*, in MEISENBERG S.M., STEGMILLER I., *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Assessing Their Contribution to International Criminal Law*, Springer, 2016, p. 491 ss.
- TIGRINO A., *La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale*, in *Arch.pen.*, 2017, n.2, p. 29 ss.
- TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.
- UBERTIS G., *Riflessioni sulla prova vietata*, in *Riv.pen.*, 1975, p. 715 ss.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, vol.I, Principi generali*, Giuffrè Editore, Milano, 2017.
- VESSICHELLI M., *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, in *Cass.pen.* 1996., n.11, p. 3268 ss.
- VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della sciola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir.pen.cont.*, 9 aprile 2015.
- WIGMORE J.H., *Evidence in Trials at Common Law, vol. 8*, Little, Brown and Company, Boston, 1983.
- ZAPPULLA A., *Le indagini per la formazione della notitia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass.pen.* 1996, n.6, p. 1878.