

Università degli Studi di Torino  
Dipartimento di Giurisprudenza

## **TESI DI LAUREA MAGISTRALE**

***IL CONCETTO DI PROVA ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITA  
NELL'ART. 191 C.P.P.***

Candidata

Denise Laforé

Relatori

Prof. Paolo Ferrua

Prof.ssa Gambini

Anno Accademico 2014/2015

*“Quis custodiet custodes?”*

*(Giovenale, Satire, IV)*

## Indice

<b>Introduzione</b> .....	9
---------------------------	---

### Capitolo I

#### La prova illegittimamente acquisita: evoluzione normativa

1. Cenni storico-critici. Il previgente codice di procedura penale.	
Violazione di regole probatorie, nullità e soluzioni alternative.....	17
1.1. Le prove vietate e la consequenziale nullità dell'atto di acquisizione .....	18
1.1.1. Il paradigma della nullità (art. 184 c.p.p. del 1930) .....	18
1.1.2. La testimonianza di un soggetto incompatibile (art. 348 comma 3 c.p.p. del 1930; art. 450 comma 2 c.p.p. del 1930) .....	21
1.2. Soluzioni alternative e <i>ante litteram</i> .....	22
1.2.1. Il divieto dell'uso processuale degli scritti anonimi (art. 141 c.p.p. del 1930).....	22
1.2.2. Dichiarazioni autoindizianti (art. 304 comma 3 c.p.p. del 1930).....	23
1.2.3. Intercettazioni telefoniche illegittime (art. 226 <i>quinquies</i> c.p.p. del 1930).....	24
1.2.4. Le sommarie informazioni di polizia (artt. 225 <i>bis</i> e 226 <i>sexies</i> c.p.p. del 1930).....	25
2. La riforma del processo penale: il processo di codificazione della prova illegittimamente acquisita.....	27
2.1. La bozza Carnelutti (art. 65 comma 2) e il progetto preliminare del 1978 (art. 182). .....	27
2.2. La legge delega del 1987: le direttive relative all'inutilizzabilità .....	29
2.3. 1988: progetto preliminare e testo definitivo. Verso l'art. 191 c.p.p. ....	31
2.4. La fisionomia dell'inutilizzabilità: fisiologica e patologica.....	33

### Capitolo II

#### La prova illegittimamente acquisita e il contesto attuale in cui si inserisce: il piano ideologico-costituzionale

1. Il nodo gordiano di una difficile definizione. Il principio del libero convincimento del giudice .....	36
1.1. Questioni di metodo: verità e tutela della legalità delle forme .....	36

1.1.1. L'art. 191 c.p.p. come scelta ideologica. Equilibri e bilanciamento tra diritto e potere .....	37
1.2. Definizioni.....	39
1.2.1. La prova illecita.....	41
1.2.2. La prova illegale.....	42
1.2.3. La prova atipica.....	42
1.2.4. La prova incostituzionale .....	43
1.2.5. Regole di esclusione.....	45
1.3. L art. 191 c.p.p.: l'inutilizzabilità come risposta ad acquisizioni istruttorie <i>contra legem</i> .....	47
1.4. Regole di esclusione, regole di assunzione e il principio del libero convincimento del giudice .....	49
1.4.1. I limiti della conoscenza giudiziale: esclusione e valutazione .....	52
1.4.2. L'art. 191 c.p.p: valenza assiologica e sanzionatoria .....	53
1.4.3. Regole di esclusione: ineffettività e interpretazioni .....	55
1.4.4. Il libero convincimento del giudice: una concezione realista .....	56
1.5. Discussioni astratte e problemi sostanziali.....	57
2. Costituzione e contraddittorio: non solo principio ma metodo epistemico di ricerca della verità esercitato in divenire.....	59
2.1. Le prove raccolte anteriormente al dibattimento e la loro inutilizzabilità .....	59
2.2. I commi quarto e quinto dell'art. 111 della Costituzione.....	60
2.3. Le deroghe.....	62
2.4. Non ripetibilità degli atti .....	63
3. Qualche breve considerazione sul processo penale statunitense: <i>exclusionary rule</i> e sua destrutturazione .....	64
3.1. Introduzione alle esigenze comparative come proposta di metodo di confronto .....	65
3.2. Confronto tra regola di esclusione ed <i>exclusionary rule</i> .....	66
3.3. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato .....	67
3.4. Il contesto di inserimento dell' <i>exclusionary rule</i> .....	68

## Capitolo III

### Il concetto di inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita: il piano oggettivo

1. I caratteri dell'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita .....	72
1.1. Il quadro situazionale .....	72
1.2. L'unicità del concetto di inutilizzabilità.....	73
1.3. Il concetto di inutilizzabilità nel nostro ordinamento.....	75

1.4. Differenze rispetto alla nullità.....	79
1.5. Il rapporto tra l'atto viziato e l'atto probatorio successivo .....	83
1.5.1. Individuazione del problema .....	85
1.5.2. La propagazione dell'inutilizzabilità.....	86
1.5.3. Atti probatori a compimento libero o a compimento vincolato .....	87
1.5.4. Filoni interpretativi sulla trasmissione del vizio .....	89
1.6. Fase investigativa e fase decisoria. Riflessioni conclusive sul tema.....	92
1.7. Dottrina, prove e decisione.....	95
2. Il presupposto della sanzione dell'inutilizzabilità: i divieti probatori e la loro violazione.....	96
2.1. Divieti probatori .....	97
2.1.1. Inutilizzabilità e divieti probatori: la loro tassatività .....	100
2.1.2. Divieti assoluti e relativi .....	102
2.1.3. La derogabilità.....	104
2.2. La prova illecita conseguente alla violazione di un divieto .....	106
2.3. <i>An e quomodo</i> .....	107
3. L'applicazione dell'inutilizzabilità e le fasi processuali.....	108
3.1. Il regime di rilevazione del vizio.....	109
3.2. Le fasi del procedimento probatorio .....	113
3.2.1. Il giudice cautelare e la fase delle indagini preliminari .....	114
3.2.2. Il problema dei rimedi .....	117
3.3. La valutazione del giudice.....	118
3.3.1. Regole di esclusione e regole di valutazione .....	119
3.3.2. Segue. Uno sfondo legislativo confuso: precisazioni chiarificatrici	121
3.3.3. La prova illegittima <i>pro reo</i> : problemi di utilizzabilità.....	122
3.3.4. L'operatività della sanzione dell'inutilizzabilità in procedimenti diversi da quello della formazione dell'atto illegittimo .....	123
3.3.5. L'efficacia temporale dell'inutilizzabilità: <i>ius superveniens</i> e <i>tempus regit actum</i> .....	124
3.4. La decisione fondata su prove <i>contra legem</i> .....	126
3.4.1. Il decreto che dispone il giudizio fondato su atti inutilizzabili .....	127
3.4.2. L'appello .....	128
3.4.3. La Cassazione.....	131
3.4.4. La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio: un istituto di formazione giurisprudenziale.....	134
4. Inutilizzabilità e riti speciali.....	137
4.1. Il giudizio abbreviato .....	137
4.1.1. La prima tesi: impossibilità di eccepire l'invalidità degli atti probatori in sede di giudizio abbreviato .....	138
4.1.2. La seconda tesi: anche in sede di giudizio abbreviato si può rilevare il vizio di inutilizzabilità degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.....	139

4.1.3. La terza tesi: le Sezioni Unite .....	139
4.1.4. La nuova disciplina del giudizio abbreviato .....	141
4.1.5. L'appello .....	142
4.2. Il patteggiamento.....	142

## Capitolo IV

### I singoli mezzi di prova: quando si definiscono illegittimi e relativa inutilizzabilità

1. La testimonianza .....	144
1.1. L'autoincriminazione: profili di illegittimità e tutela del principio <i>nemo tenetur se detegere</i> (art. 198 comma 2 c.p.p.) .....	147
1.2. La testimonianza indiretta (art. 195 c.p.p.) .....	149
1.3. Assunzioni di informazioni durante la fase di indagini preliminari da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria (artt. 351 e 362 c.p.p.).....	150
2. L'esame .....	152
2.1. L'esame dell'imputato: l'utilizzabilità tra coercizione e dichiarazioni spontanee (art. 208 c.p.p.) .....	152
2.2. L'esame dell'imputato di un processo connesso (art. 210 c.p.p.) .....	154
3. Il confronto .....	155
3.1. I presupposti e le modalità del confronto: le sanzioni applicabili (artt. 211-212 c.p.p.) .....	155
3.2. Sanzioni e utilizzabilità del verbale di confronto: osservazioni sul confronto disposto durante la fase delle indagini preliminari .....	157
4. Le ricognizioni.....	159
4.1. Preponderanza sanzionatoria della nullità rispetto all'inutilizzabilità (art. 213 ss.) .....	159
5. Gli esperimenti giudiziari.....	161
5.1. Inquadramento storico e quadro sanzionatorio .....	161
5.2. Le modalità di svolgimento: divieti ed illegittimità .....	164
6. La perizia .....	165
6.1. La garanzia dei diritti delle parti e la perizia affidata a persona non qualificata (artt. 220 ss. c.p.p.) .....	165
6.2. L'esclusione di perizie criminologiche e psicologiche .....	166
6.3. Perizia e casi particolari: problemi di utilizzabilità (artt. 222 e 223 c.p.p.).....	168
6.3.1. Incapacità e incompatibilità (art. 222 c.p.p.).....	168
6.3.2. Astensione e ricusazione del perito (art. 223 c.p.p.) .....	169

6.3.3. Consulenza tecnica endoperitale ed extraperitale (art. 225 c.p.p.)..	170
6.3.4. Gli ausiliari del perito: limiti di utilizzabilità (art. 228 c.p.p.) .....	172
7. L'utilizzabilità della prova documentale .....	173
7.1. Utilizzabilità e limiti.....	173
7.2. Verbali di prove di altri procedimenti: utilizzabilità (art. 238 c.p.p.) ....	175
8. L'ispezione .....	177
8.1. L'assenza di regole di esclusione esplicite e cautele particolari per l'ispezione personale .....	177
9. La perquisizione .....	179
9.1. Il regime sanzionatorio dell'atto viziato.....	179
9.2. Disposizioni specifiche e divieti probatori.....	181
10. Il sequestro .....	183
10.1. La pertinenza dell'oggetto con il reato ed eventuali invalidità: il caso di sequestro presso il difensore (art. 253 ss. c.p.p.; art. 103 c.p.p.).....	183
10.2. Il sequestro eseguito in carenza di potere e il sequestro cautelare (art. 253 c.p.p.; art. 321 c.p.p.).....	186
11. Le intercettazioni telefoniche .....	187
11.1. Problemi di illegittimità e disposizioni espresse di inutilizzabilità nell' <i>iter</i> legislativo a partire dal codice del 1930 (art. 226 <i>quinquies</i> c.p.p. del 1930; art. 271 c.p.p.) .....	188
11.2. Le esclusioni.....	190

## Capitolo V

### Le influenze della dottrina e della giurisprudenza: il piano soggettivo

1. Le posizioni della dottrina relativamente all'art. 191 c.p.p. ....	193
1.1. Una premessa metodologica.....	193
1.1.1. Introduzione al problema del rapporto tra perquisizione e sequestro: momenti di unione e di diversità. ....	195
1.1.2. Il dibattito della dottrina sul rapporto tra perquisizione e sequestro	197
1.1.3. Perquisizione e accessi .....	199
1.2. Il segreto .....	203
1.3. Domande suggestive (art. 188 c.p.p.; art. 499 comma 3 c.p.p) .....	204
1.4. Note giurisprudenziali .....	205
1.4.1. Una sentenza controversa.....	205
1.4.2. Differenti posizioni: il tema del segreto .....	207

1.4.3. Sentenza Carnevale .....	208
1.5. Una metafora esemplificativa: i frutti dell'albero avvelenato applicata alle problematiche in oggetto .....	209
<b>2. Riflessioni conclusive</b> .....	<b>211</b>
2.1. Premessa .....	211
2.2. <i>Vexata quaestio e sequitur</i> applicativi .....	212
2.3. Il sequestro derivante da perquisizione illegittima: una possibile risposta .....	214
<b>Bibliografia</b> .....	<b>217</b>



## Introduzione

*“Cosa si può rispondere all’invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: “voi invocate le forme perché non avete principi” ?”*

(M. Nobili, in *Critica del diritto*, 1994, p. 67.)

## Premessa

Il lavoro proposto si pone come obiettivi metodologici:

- Ripercorrere in prospettiva storica l’*iter* del concetto di prova illegittimamente acquisita e di analizzare le peculiarità d’arrivo del vigente art. 191 c.p.p.
- Inquadrare il contesto ideologico di riferimento e i principi costituzionali a cui si ispira la disciplina probatoria in nome dell’attuazione del “giusto processo” e della tutela del diritto soggettivo alla difesa.
- Rilevare le influenze di diritto statunitense sul tema della prova illegittima nel nostro ordinamento e individuare i punti potenzialmente utili a migliorare il rispetto delle modalità acquisitive *de jure condendo*.
- Esaminare la sanzione dell’inutilizzabilità sul piano oggettivo puntualizzando caratteri, presupposti, rilevazione del vizio, conseguenze applicative.
- Definire i divieti probatori.
- Analizzare specifiche problematiche (la prova illegittima *pro reo*, la prova illegittima nei riti speciali..).
- Trattare in modo sistematico i singoli mezzi prova presenti nel codice di rito penale relativamente ai problemi legali alla formazione e acquisizione illegittima e alla conseguente inutilizzabilità processuale.
- Proporre le posizioni della dottrina in relazione ai temi maggiormente dibattuti.

- Esempificare ed avvalorare le problematiche e le tesi proposte con esempi giurisprudenziali nel corso dello svolgimento del lavoro.
- Dimostrare che il rispetto delle regole procedurali in ambito probatorio e un'ineccepibile condotta da parte degli organi perquirenti sono il presupposto per la tutela delle garanzie.

Il discorso ruota intorno al rispetto, al valore, alla violazione delle forme. Inoltre al rapporto tra le forme e i principi. È un discorso risalente, forse quello che si pone alla base della procedura penale stessa come disciplina. Ritorna attuale per definire questioni irrisolte dai fervori della dottrina, per giustificare cambiamenti legislativi e dare, infine, una coerente visione d'insieme del tema. L'ἀρχή della questione è, dunque, la forma, quella che alcuni ritengono da ridimensionare, per “svincolare il processo dal regno sterile delle forme fini a se stesse, per collocare legalità e garanzia nell'etica della responsabilità anziché in quella delle forme”<sup>1</sup>.

Le domande a cui rispondere sono tante, ci si chiede se le forme e le garanzie possano convivere sullo stesso piano o abbiano natura diversa e quale sia la connessione tra la forma che può sembrare fine a se stessa e la responsabilità di quello che, invece, rappresenta.

Il binomio di diritti tra cui scegliere si ripresenta in ogni dibattito della dottrina e la scelta è tra garantismo e repressione del crimine. A fronte del potere di punire, le forme possono essere messe da parte?

Innanzitutto è da chiarire come forme sia sinonimo di garanzie. Ogni forma esprime una scelta di valore. Anche le disposizioni meramente procedurali, come disporre che per comminare una misura cautelare occorra specificare il fatto commesso, la necessità di firme di determinati soggetti, gli avvertimenti alla difesa per poter stralciare intercettazioni telefoniche, i termini di decadenza per presentare le impugnazioni e molti altri esempi possibili non sembrano che

---

<sup>1</sup> E. FASSONE, *Processo penale e criminalità organizzata*, in AA.VV., Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 232.

adempimenti rituali e meccanici, eppure ad ogni forma è sottintesa una chiara scelta di principio.

Invocare le forme, quindi, coincide con l'invocare principi. Non rispettarle, al contrario, significa calpestare dei valori.

A questo riguardo risulta calzante questa citazione provocatoria:

“è davvero ineccepibile l'apparente provocazione con cui il mio insegnante iniziò il suo corso universitario, lì per lì turbando non poco noi studenti: ciò che distingue la violenza del bandito o del giustiziere da quella del poliziotto è la divisa”<sup>2</sup>.

Il processo è costituito da forme e questa è l'unica scelta possibile per tutelare le garanzie costituzionali. Senza regole procedurali non vi è processo: procedimento penale e forme sono un tutt'uno e processo vuol dire dubbio, prove, contraddittorio, vuol dire garanzie.

## I.

L'obiettivo del lavoro è quello di analizzare l'istituto della prova penale illegittimamente acquisita così come individuato nell'art. 191 c.p.p. Si ripercorre questa figura dal momento iniziale della sua costituzione fino al momento in cui viene rilevato in giudizio mettendo in luce le implicazioni processuali che si possono verificare.

Si prosegue analizzando la conseguente sanzione dell'inutilizzabilità partendo da una prospettiva storica per evidenziare il percorso e l'evoluzione processuale che ha portato a risolvere i disagi applicativi conseguenti alla presenza in sede processuale di prove illegittimamente acquisite. Il primo capitolo presenta un breve *excursus* storico, per poi introdurre un'analisi dialettica dei caratteri della figura in oggetto presentandola in rapporto ai piani ideologico, oggettivo e soggettivo di inserimento.

---

<sup>2</sup> M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: "voi invocate le forme perché non avete principi?"*, in *Critica del diritto*, 1994, p. 67.

L'inutilizzabilità si concretizza in un giudizio di disvalore della prova. L'indeterminatezza legislativa non può porsi in dubbio, ma occorre riflettere se ciò dipenda da un'impresione del legislatore o piuttosto sia l'espressione di una consapevole volontà, così da conferire un'ampiezza interpretativa di una certa portata<sup>3</sup>. Ripercorrendo le tappe dell'*iter* legislativo fino all'elaborazione dell'art. 191 c.p.p. si riscontra che nel codice del 1930 non erano previste ipotesi di inutilizzabilità e la legalità della prova era affidata alla sanzione della nullità. Questa si riferiva ai vizi di forma, era sanabile quando relativa e prevedeva la rinnovazione dell'atto. L'evidente disagio attuativo portò all'art. 65 comma 2 del progetto Carnelutti che prevedeva che, "quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge, il giudice non può tenerne alcun conto." Il tentativo di riforma fallì, ma si introdussero a livello legislativo<sup>4</sup> ipotesi di inutilizzabilità in seguito all'opera della dottrina e della Corte Costituzionale<sup>5</sup>. In seguito con l'art. 182 del progetto preliminare al codice del 1978 si ebbe la prima codificazione. Anche se la legge delega n. 108 del 3 aprile 1974 nulla prevedeva a questo riguardo, si stabilì che "le prove non previste dalla legge o ammesse dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate ai fini della decisione". È pur vero che nel secondo comma si riscontrano ideologie ormai sorpassate che propongono l'inutilizzabilità come conseguenza della nullità<sup>6</sup>. Il profilo concettuale del progetto del 1978 ebbe comunque nel complesso successo tanto che il percorso si consolida nell'art. 191 c.p.p. attuale. Il disagio applicativo in ambito probatorio aveva portato nella

---

<sup>3</sup> A questo riguardo F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 159.

<sup>4</sup> Cfr. modifica dell'art. 304 c.p.p. introdotta con l. 1 dicembre 1969 n. 932; modifica dell'art. 226 *quinquies* c.p.p. con l. 8 agosto 1974 n. 98; d. l. 21 marzo 1978 n. 59, convertito in legge 18 maggio 1979 n. 181 che introdusse l'art. 226 *sexies*.

<sup>5</sup> Corte Cost. n. 34 del 1973 in *Giur. cost.*, 1973, p. 316 : venne affermato che "attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito." Ivi, Cap. I, 1.2.3. Intercettazioni telefoniche illegittime (art. 226 *quinquies* c.p.p. del 1930).

<sup>6</sup> Cfr. M. PISANI, *Le prove, Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di un nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 203: "l'inutilizzabilità non costituisce tanto un vizio dell'atto, in qualche modo equiparabile ad una nullità, quanto piuttosto l'opportunità di attivare un divieto, per il giudice, di prendere in considerazione i risultati probatori eterodossi dell'atto: un divieto la cui inosservanza si traduce in un vizio di motivazione della sentenza."

relazione preliminare a codificare una regola di esclusione generale per le prove illegittimamente acquisite. Tale relazione propone la regolamentazione di un fenomeno tipico, conseguente all'ammissione di prove vietate. All'attuale disciplina della prova illegittimamente acquisita presente all'art. 191 c.p.p. viene data autonomia. Diventa figura separata, una disciplina che inserisce un divieto d'uso dell'elemento conoscitivo. Questo viene avvalorato dal fatto che la rilevanza sia d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

## II.

Il substrato ideologico da cui si sviluppa il nostro lavoro non può non tenere in considerazione, a livello comparatistico, il modello di paesi che hanno intrapreso scelte legislative volte a porre in atto una regola di esclusione nei confronti delle prove *illegally obtained* da parte della polizia.

Esempio paradigmatico è l'esperienza statunitense che ha posto limiti notevoli quando l'acquisizione della *res* avviene in modo illecito, pur tenendo presente i temperamenti nel caso in cui si riveli una scarsa rilevanza dell'illecito perpetrato o la buona fede dell'agente. L'eccezione dell'*independent source* chiarisce ulteriormente la *ratio* di un sistema che consente di utilizzare la prova nel caso sia ottenuta per caso fortuito o con mezzi indipendenti. L'esclusione opera, infatti, rispetto alla ricerca effettuata dalla polizia con mezzi illeciti o nell'inosservanza delle disposizioni costituzionali.

Queste considerazioni sono indicative di un metodo possibile, da cui, *de jure condendo*, possono trarsi proficue ispirazioni volte ad assicurare una maggiore efficienza del sistema. Un esempio può essere la figura di un giudice più incline ad effettuare analisi *cost to benefit* che, caso per caso, esamini le circostanze delle singole fattispecie.

### III.

L'art. 191 c.p.p. introduce una sanzione *ad hoc* per la prova illegittima, l'inutilizzabilità. Il processo ha la sua legge e gli elementi probatori male acquisiti sono definiti non valutabili. L'art. 191 c.p.p. non costituisce di per sé divieto probatorio e non pone esclusioni specifiche. Qualora venisse violato un divieto specifico si rinvia, però, ad esso, per cui la prova è ammissibile fintanto che non venga violata alcuna norma di rito<sup>7</sup>.

Vi è anche la possibilità di ritenere l'inutilizzabilità come la sanzione cui sono sottoposte le prove raccolte senza osservare le norme penali incriminatrici, trattandosi di norme dettate al fine di escludere specifiche condotte<sup>8</sup>.

Il lavoro in oggetto si propone di delineare le caratteristiche principali di questa sanzione, articolandosi in modo dialettico e confrontando più piani (ideologico, oggettivo e soggettivo), così da mettere in luce le implicazioni e le problematiche principali. Si analizzeranno le risposte date dalla dottrina a riguardo e si cercherà di avanzare qualche risposta.

Nel corso del lavoro verranno proposti casi paradigmatici, come la problematica relativa al rapporto perquisizione-sequestro. Forse la questione più dibattuta è quella del caso della perquisizione eseguita dalla polizia su iniziativa propria. Non esiste un vero e proprio divieto di acquisizione conseguente e quindi l'assenza dei presupposti dell'atto iniziale non potrebbe impedire la convalida del sequestro seguente del corpo del reato o cose che appartengono al reato, in nome del tradizionale principio *male captum, bene retemptum*. In verità questo principio è contestabile, poiché il momento dell'acquisizione non è in sé totalmente autonomo all'interno del procedimento probatorio. La raccolta degli elementi di prova, infatti, non può essere considerata del tutto disgiunta dagli atti propulsivi, al contrario essi sono legati da diretta connessione. Il tema è stato ed è tuttora ampiamente dibattuto come dimostra lo scontro ideologico.

---

<sup>7</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 612.

<sup>8</sup> Cfr. M. NOBILI, *sub art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 413.

#### IV.

L'inutilizzabilità rappresenta la sanzione più severa in ambito probatorio. Si tratta di una soluzione che pare non ammettere compromessi e che azzera il valore di una prova illegittimamente acquisita. La formulazione dell'art. 191 c.p.p. non garantisce, però, un'omogeneità interpretativa e tra le questioni più dibattute si rileva quella relativa alla sorte delle prove, la cui acquisizione è connessa e dipendente da una o più fonti inutilizzabili.

Si pensi, ad esempio, ad informazioni emerse da un interrogatorio viziato che vengano utilizzate per disporre pedinamenti o controlli satellitari tramite gps oppure dati di intercettazioni che consentano di individuare nuove utenze telefoniche da captare o, infine, che il pubblico ministero, a seguito di una dichiarazione estorta, scopra dove sono state pianificati i reati e vi raccolga prove reali determinanti.

Ci si chiede, allora, se le prove ottenute da prove illegittime siano anch'esse da considerarsi invalide.

Ritorna, quindi, la questione iniziale e soprattutto la necessità di trovare un equilibrio sull'asse del bilanciamento tra il diritto ad un accertamento probatorio efficiente e la tutela dei diritti costituzionali dei singoli. Questa dicotomia in perenne conflitto pervade come *leitmotiv* tutto il lavoro svolto.

Relativamente all'inutilizzabilità derivata, il silenzio del legislatore alimenta i conflitti in dottrina tra posizioni estreme e soluzioni alternative più e meno suggestive, che saranno qui in seguito analizzate.

Sostenendo la teoria dell'inutilizzabilità "derivata", in presenza di prove dipendenti l'una dall'altra l'inutilizzabilità sarebbe in grado di propagarsi. Una questione che, però, suscita non pochi problemi, a fronte della difficoltà di trovare una giustificazione nella legge processuale. Occorre poi delineare le modalità di applicazione dell'istituto che non può essere generalizzato, ma necessita comunque di alcune riflessioni rispetto a casi determinati. Si tratta, infatti, di un problema più concreto e più affrontato, in quanto le modalità pratiche, gli effetti dell'istituto e le conseguenze processuali ne sono gli aspetti

più evidenti. Il giurista deve, però, interrogarsi anche sul fondamento codicistico che legittima un tale istituto.

L'applicazione analogica dell'art. 185 c.p.p. è stata la risposta più semplice, anche se la nullità è una sanzione processuale tipica e quindi opera solo in riferimento a casi altrettanto tipizzati. Corollario della tipicità è il divieto di analogia.

Si potrebbe anche considerare l'inutilizzabilità derivata come conseguenza ontologica dell'inutilizzabilità stessa, ma di ciò si dirà più diffusamente in seguito.



## Capitolo I

### La prova illegittimamente acquisita: evoluzione normativa

#### 1. Cenni storico-critici. Il previgente codice di procedura penale.

##### Violazione di regole probatorie, nullità e soluzioni alternative

Il fenomeno probatorio detiene un ruolo centrale nel procedimento. Nell'Ottocento la mentalità più diffusa in tale ambito si fondava su di un processo con regole definite: il settore probatorio era strutturato con un numero di mezzi di prova tassativi, elencati in modo tale da non lasciar troppa discrezionalità alla libertà delle parti. Anche la discrezionalità del giudice era contenuta il più possibile da precise indicazioni di norme di valutazione. Con il passare del tempo tale tassatività si è affievolita sempre più, tanto che ora non è inattuabile introdurre in giudizio prove diverse da quelle previste espressamente a livello legislativo. Le prove atipiche<sup>9</sup>, infatti, non sono riconducibili a schemi predisposti dal legislatore per l'assunzione dei mezzi di prova, ma costituiscono comunque operazioni che portano a risultati volti a fondare convinzioni sui fatti di causa. La tassatività dell'elenco si arrende di fronte al progresso tecnologico e scientifico, senza che ciò possa essere fonte di destabilizzazione del sistema perché la richiesta di ammissione di prove atipiche è assoggettata a limiti e regole particolarmente severi.

---

<sup>9</sup> Ivi, Cap. II, 1.2.3. La prova atipica.

## *1.1. Le prove vietate e la consequenziale nullità dell'atto di acquisizione*

Fino al codice vigente la tendenza era di concentrare tutte le ipotesi di vizi possibili degli elementi di prova nella figura della nullità. Un atteggiamento che creò non pochi problemi che portarono il legislatore a scontrarsi con le proprie incoerenze. Il sistema previgente<sup>10</sup> aveva parecchi limiti in quanto era “un sistema che, all’oscuro di alternative sanzionatorie, puntava su di un solo vizio per colpire sia la prova inammissibile che la prova male acquisita”<sup>11</sup>.

La più eclatante delle incongruenze aveva luogo quando il legislatore sottoponeva la prova alla sanzione della nullità relativa<sup>12</sup>. Tale nullità faceva sì che il ricorso alla sanzione aprisse la via della sanatoria della prova ammessa *contra legem*. In tal modo anche un atto viziato poteva, alla fine del percorso processuale, assumere una rilevanza decisiva, in modo paritario rispetto agli atti legittimamente formati.

### *1.1.1. Il paradigma della nullità (art. 184 c.p.p. del 1930)*

La disciplina delle nullità di cui all’art. 184 ss. del codice di procedura penale del 1930 non riusciva ad esaurire tutti i potenziali vizi che potevano presentare gli elementi probatori. Infatti, se alla nullità corrispondeva un vizio tendenzialmente rimediabile, invece l’inefficacia della prova *contra legem*

---

<sup>10</sup> Il codice di procedura penale del 1930 era costituito da 404 articoli, distribuiti in cinque libri: un primo libro di *Disposizioni generali*; un secondo libro *Dell’istruzione*, un terzo libro *Del Giudizio*, un quarto libro *Dell’esecuzione* e un quinto libro *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*.

<sup>11</sup> N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, p. 47.

<sup>12</sup> Le nullità, per quanto riguarda il regime giuridico, si distinguono in tre gruppi: assolute, intermedie e relative. Le nullità assolute sono rilevabili sia d’ufficio sia su istanza di parte in ogni stato e grado del procedimento e sono insanabili, salvo l’irrevocabilità della sentenza. Le nullità intermedie sono rilevabili sia d’ufficio sia su domanda di parte, ma entro determinati limiti di tempo e sono sanabili. Le nullità relative sono residuali rispetto alle due categorie precedenti. Sono dichiarate solo su eccezione di parte ed entro brevi limiti di tempo; anche queste sono sanabili. A questo proposito G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., Cedam, Padova, 2010, p. 277 ss.

avrebbe dovuto essere intrinseca ad ogni divieto probatorio, e tale vizio non sarebbe stato rimediabile. La contraddittorietà di legare la soluzione della nullità all'acquisizione di una prova inammissibile era la sanatoria. Infatti, attraverso questa, il mezzo sarebbe stato nuovamente immesso nel circolo processuale come elemento probatorio che avrebbe potuto condizionare la scelta decisionale del giudice. Inconcepibile, perché essendo tale prova inammissibile, il giudice non avrebbe dovuto tenerne conto. Altro carattere inconcepibile della scelta della nullità relativa era la sua rilevabilità *ope exceptionis* che, quindi, condizionava la declaratoria di inammissibilità della prova all'iniziativa della parte interessata. “La pretesa di condizionare la declaratoria di illegittimità della prova all'iniziativa della parte interessata”<sup>13</sup>, però, mal si conformava al principio secondo cui erano conferiti al giudice ampi poteri volti alla garanzia della legalità dell'attività probatoria<sup>14</sup>.

Parte della dottrina<sup>15</sup>, riflettendo su queste contraddizioni, ha affermato che, oltre che illogica, l'applicazione della nullità fosse anche solo apparente. È pur vero che non si potevano escludere casi espliciti dalla tassatività della nullità, per cui, se espressi, erano manifestazione dell'onnipotenza del legislatore. Si provò allora a cercare altre spiegazioni, considerando non la fase di realizzazione materiale della prova ma la valutazione di questa stessa. Apponendo l'attenzione a questa fase, si poteva giudicare se l'elemento in oggetto avesse avuto o meno influenza sulla decisione finale. Se, dunque, la prova non appariva nelle premesse fattuali del giudizio, essa era *tamquam non esset*, se, invece, compariva, si realizzava un vizio proprio della sentenza, perché questa era fondata, in tutto o in parte, su di una prova che non avrebbe dovuto essere introdotta nel processo ed era nulla ai sensi dell'art. 475 n. 3 c.p.p. 1930”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 167-168.

<sup>14</sup> A questo riguardo, A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità, uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 74.

<sup>15</sup> A questo riguardo F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 890, sostiene che si tratti di una “soluzione tecnicamente incomprensibile”.

<sup>16</sup> G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, cit., pp. 172-3.

Un'ultima soluzione prospettata dalla dottrina sottolineava che il problema principale da affrontare era la prospettazione di una nullità relativa e dunque sanabile. C'è chi<sup>17</sup> ha sostenuto, allora, che la questione potesse essere superata semplicemente prevedendo una nullità assoluta. La violazione del divieto di avvalersi di un certo mezzo probatorio sarebbe stata, dunque, assoggettata a nullità insanabile ai sensi dell'art. 185 comma 1 n. 3 c.p.p. Ma per ricondurre a tale articolo l'acquisizione di una prova illegittima non bastava motivare con la mancata tutela del diritto alla difesa, impossibile in questo caso, in quanto non previsto dall'ordinamento neanche l'atto, acquisito *contra legem*. Le regole che tutelavano l'acquisizione probatoria erano volte al fine della ricerca della verità. Per questo il procedimento probatorio, oggi come allora, deve garantire la funzione della difesa, dell'accusa e della decisione. L'assunzione di una prova atipica non viola in nessun modo il diritto al contraddittorio nel momento in cui essa viene assunta con le dovute garanzie quali, ad esempio, quelle previste a livello legislativo per norme simili. Tuttavia vi era chi<sup>18</sup> sosteneva, al contrario, che il procedimento probatorio e le sue modalità erano norme a garanzia delle parti interessate e che l'utilizzo di una prova atipica avrebbe consentito l'assunzione in giudizio di prove al di fuori delle modalità previste. Sarebbe stato in quest'ottica impossibile estendere le tutele previste in casi simili perché ciò avrebbe voluto dire applicare norme al di fuori delle condizioni fissate dal legislatore.

---

<sup>17</sup> A questo riguardo, A. SCHELLA, *Prove penali e inutilizzabilità, uno studio introduttivo*, cit., p. 79.

<sup>18</sup> G. CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv dir. proc.*, 1969, p. 7.

*1.1.2. La testimonianza di un soggetto incompatibile (art. 348 comma 3 c.p.p. del 1930; art. 450 comma 2 c.p.p. del 1930)*

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>19</sup> era riconducibile al problema enunciato nel paragrafo precedente la testimonianza di un soggetto incompatibile, disciplinato dall'art. 348 comma 3 c.p.p. 1930. Siccome solo alcune disposizioni esplicitavano la nullità della testimonianza avvenuta in trasgressione ad esse, era difficile ricostruire un quadro unitario. Si voleva allora trovare una disciplina uniforme per le diverse figure di incompatibilità a testimoniare per cui, per accertare quali fossero i tipi di invalidità di un certo settore e i vizi a queste assoggettati, occorreva fare riferimento al trattamento cui l'atto era sottoposto e non dare, invece, valore ineluttabile alle formule utilizzate nelle disposizioni legislative. Infatti il principio di tassatività delle nullità portò a concludere che "non vi è nullità solamente là dove il legislatore fa uso della qualifica della nullità, ma che vi è nullità tutte le volte che il legislatore processuale penale sottopone un vizio al trattamento tipico delle nullità".<sup>20</sup> Da tali riflessioni parve opportuno ritenere che lo schema tipico per il divieto di introduzione della prova testimoniale fosse la nullità relativa. Per evitare incongruenze si era poi ritenuto che rientrasse nel paradigma delle nullità anche l'art. 450 comma 2 del codice del 1930, che vietava la testimonianza di giudici, pubblici ministeri e ausiliari del processo in oggetto, senza che fosse specificata nell'articolo alcuna comminatoria di sanzioni. Prendendo come premessa il fatto che il legislatore spesso trattava in modo specifico un vizio senza però specificarne la qualifica di nullo, annullabile o altro, la dottrina ha ritenuto che gli atti acquisiti trasgredendo a un divieto di legge fossero sempre sottoposti al regime dell'inammissibilità. La *ratio* di una tale posizione stava nell'obiettivo di rendere il più uniforme possibile il regime sanzionatorio, in questo caso dell'incompatibilità a deporre, in modo da evitare incongruenze in un sistema

---

<sup>19</sup> M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 229.

<sup>20</sup> G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 84.

che spesso riservava a ipotesi simili un trattamento differente e spesso irragionevole.

Gli effetti conseguenti a tale posizione non erano però molto rassicuranti. Si ricollegava, infatti, una nullità sanabile al divieto di introduzione di una prova nel processo e questo stava a significare che un atto spurio avrebbe potuto essere utilizzato e recuperato. Una tesi di questo genere, se estremizzata, avrebbe potuto portare all'utilizzo anche di prove vietate, allorché nella norma non vi fosse una previsione di sanzione.

## *1.2. Soluzioni alternative e ante litteram*

Solo a partire dagli anni Sessanta il legislatore iniziò a sperimentare soluzioni alternative a un sistema le cui incongruenze non potevano più essere contenute. Ormai la sensibilità riguardo l'inadeguatezza della risposta sanzionatoria della nullità era divenuta consapevolezza, tanto che si iniziarono a cercare soluzioni più consone al problema delle prove illegittimamente acquisite.

Vennero ripresi altri istituti preesistenti, valorizzandone le caratteristiche.

### *1.2.1. Il divieto dell'uso processuale degli scritti anonimi (art. 141 c.p.p. del 1930)*

L'art. 141 c.p.p. 1930 recitava: “gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento, né può farsene alcun uso processuale, salvo che costituiscano corpo del reato ovvero provengano comunque dall'imputato”. Tali scritti erano, per opinione comune, del tutto inutilizzabili all'interno del processo con valenza probatoria. L'inammissibilità dell'anonomo era un concetto che all'inizio era presente solo nell'art. 141 c.p.p. del 1930, ma in seguito venne a concretizzarsi sempre più in virtù di interventi legislativi sia a livello di normazione costituzionale che nel codice di rito. L'uso processuale di

cui si parlava in questo articolo era una precoce formulazione della sanzione dell'inutilizzabilità. L'uso dell'anonimo in forma di prova era sempre stato visto con sospetto dalla dottrina<sup>21</sup>, soprattutto nell'eventualità che potesse incidere sulla decisione e motivazione del giudice, un pericolo da reprimere in ogni modo. Sullo scenario pratico i dubbi applicativi erano, però, molti perché mancava una sanzione di nullità espressa, tanto che la giurisprudenza<sup>22</sup> arrivò a sostenere che in motivazione il giudice poteva citare un uso dell'anonimo senza che venisse in discussione la validità della sentenza.

Questo tipo di interpretazioni non facevano che avvalorare le riflessioni sull'inadeguatezza dell'applicazione della sanzione della nullità in ambito probatorio che, infatti, portava a far sì che, quando i divieti probatori non erano seguiti da un'espressa sanzione di nullità, questi fossero *leges imperfectae* tali per cui la violazione di queste fosse priva di conseguenze sul piano processuale. I sostenitori della tesi opposta<sup>23</sup> iniziarono, invece, a portare argomentazioni per avvalorare la tesi della nullità delle pronunce fondate su scritti anonimi. Il divieto di uso degli scritti anonimi venne ricollegato ad un'ipotesi di inammissibilità della prova e si concluse che la sentenza la cui motivazione fosse fondata sull'uso dell'anonimo non proveniente dall'imputato né corpo del reato fosse nulla per carenza di motivazione.

### *1.2.2. Dichiarazioni autoindizianti (art. 304 comma 3 c.p.p. del 1930)*

Le dichiarazioni rese in sede processuale devono essere garantite della più ampia libertà morale. La legge n. 932 del 5 dicembre 1969 era un esempio di questo tipo di sensibilità del legislatore. Si introdussero così importanti tutele. Innanzitutto occorre considerare l'espresso divieto legislativo che esplicitava l'impossibilità di utilizzare le dichiarazioni autoindizianti di persone esaminate

---

<sup>21</sup> P. M. CORSO, *Scritti anonimi e processo penale*, Cedam, Padova, 1977, p. 394.

<sup>22</sup> Cass. 20 ottobre 1984, Castellani, in *Riv. pen.* 1985, p. 608; Cass. 14 marzo 1966, Gani, in *Cass. pen.*, 1967, p. 108.

<sup>23</sup> G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 446.

come testimoni, senza la presenza del difensore. All'apparire di indizi di reità nei confronti di chi effettua le dichiarazioni, l'autorità procedente aveva il dovere di interrompere l'esame ed effettuare l'avvertimento per cui "da quel momento ogni parola da lui detta può essere utilizzata contro di lui". Tutto ciò ricordando che quello che era stato dichiarato prima e senza la presenza del difensore non poteva essere usato.<sup>24</sup>

La disciplina di questa fattispecie era, dunque, analoga a quella degli scritti anonimi per cui la regola si concretizzava nell'astensione da parte del giudice di tenere conto del contenuto di tali atti o dichiarazioni per la sua decisione. Si trattava di materiale che non poteva essere considerato come elemento probatorio e pertanto una sentenza di condanna fondata su tali elementi sarebbe stata "viziata nel suo nucleo decisorio, essendo costruita su elementi di prova che per legge non si sarebbero potuti impiegare a tal fine".<sup>25</sup>

### *1.2.3. Intercettazioni telefoniche illegittime (art. 226 quinquies c.p.p. del 1930)*

La legge n. 98 dell'8 aprile 1974 all'art. 5 introduceva l'art. 226 *quinquies* c.p.p. 1930, in base al quale il giudice non può tener conto, nella fase decisoria, delle "operazioni intercettive effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o eseguite in difformità dalle prescrizioni in essa stabilite, nonché delle notizie o immagini ottenute nei modi di cui all'art. 615 *bis* del codice penale". Le premesse di questa riforma risiedevano in una pronuncia della Corte costituzionale che sensibilizzò sul tema con la sent. n. 34 del 1973<sup>26</sup>. La Corte, infatti, ravvisò violazioni costituzionali in relazione all'art. 15 comma 1 della Costituzione, che sarebbe stato gravemente compromesso se a carico dell'interessato avessero potuto valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

---

<sup>24</sup> Cfr. art. 304 comma 3 del codice abrogato.

<sup>25</sup> V. GREVI, "Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano", Giuffrè, Milano, 1972, p. 187.

<sup>26</sup> Ivi, Cap. II, 1.2.4. La prova incostituzionale.



Attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non potevano essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime avesse subito. Ogni elemento derivante da una violazione dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione non era utilizzabile. Veniva ribadita quella categoria che si può definire delle “prove incostituzionali”. Una tesi analoga era stata sostenuta dalla Corte cost. nella sentenza 2 dicembre 1970, n. 175 nella quale, a livello di *obiter dictum* si afferma: “il canone secondo il quale al giudice è consentito apprezzare secondo la sua esperienza il valore del materiale probatorio presuppone che non si tratti di prove vietate dalla legge”.<sup>27</sup>

Passando ora all’analisi dell’art. 226 *quinquies* del codice abrogato, si rileva che l’oggetto non era solo quello delle intercettazioni abusive ma anche di quelle autorizzate ed effettuate in modo diverso da quello previsto a livello legislativo. Secondo tale norma non potevano essere utilizzate in giudizio le intercettazioni abusive o irregolari “a pena di nullità insanabile e da rilevare d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento”. La sentenza del giudice fondata su tali elementi sarebbe stata, dunque, viziata fin dall’origine. Il fatto che ci fosse un divieto probatorio rendeva l’elemento stesso invalido: ciò era accompagnato dalla previsione della nullità che veniva in questo caso definita come assoluta. Questo poneva ancora più in luce la gravità dell’invalidità che non poteva in alcun modo essere oggetto di sanatoria e andava rilevata in qualsiasi grado del procedimento, anche d’ufficio.

#### *1.2.4. Le sommarie informazioni di polizia (art. 225 bis e 226 sexies c.p.p. del 1930)*

L’art. 225 *bis* del codice del 1930 prevedeva che, in caso di assoluta urgenza, per i reati previsti dall’art. 165 *ter* c.p.p., le forze di polizia potessero acquisire sommarie informazioni dall’indiziato, dall’arrestato, dal fermato, in nome della

---

<sup>27</sup> M. SCAPARONE, *Confidenti della polizia e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 2113.

continuazione delle indagini, anche senza la presenza del difensore. La disposizione in oggetto specificava che “tali informazioni non sono verbalizzate e sono prive di ogni valore processuale”. In tal modo si voleva garantire che il quadro probatorio da cui scaturivano gli elementi decisivi non fosse portatore di “quelle sommarie informazioni che non avrebbero dovuto formare oggetto né di rapporto né di testimonianza.”<sup>28</sup>»

L’art. 226 *sexies* consentiva, invece, di effettuare intercettazioni telefoniche anche senza le garanzie idonee previste, sempre in relazione ai delitti previsti dall’art. 165 comma 1 c.p.p. Specificava, inoltre, che “possono essere utilizzati solo per la prosecuzione delle indagini e sono privi di ogni valore processuale”.

Il divieto d’utilizzazione probatoria sussisteva in nome di più obiettivi: tutelare l’inviolabilità di alcuni diritti della persona, garantire nei confronti di possibili abusi dell’autorità, assicurare il rispetto delle modalità dell’acquisizione probatoria, creare un equilibrio nei confronti degli ampi poteri di indagine relativamente a gravi delitti. La *ratio* di quest’ultimo punto stava nell’evitare che avessero veste processuale determinante atti acquisiti dalla polizia in modo atipico, magari in modo non garantito o svincolato dalle forme prescritte.

Entrambe le disposizioni succitate avevano come chiosa la privazione di “ogni valore processuale”, cosicché si escludeva ogni possibile ritorno processuale di tali elementi. Unico inconveniente nella previsione di queste norme si coglieva nel secondo comma dell’art. 225 *bis* che prevedeva, per le dichiarazioni rese senza difensore ma riportate nel rapporto della polizia o in una testimonianza *de auditu*, una sanzione di nullità che si rivelava sanabile se non rilevata o dedotta nei termini stabiliti dalla legge. Dal che si ricava l’inadeguatezza della previsione del regime delle nullità per quanto riguarda gli elementi probatori, previsione che non fa che creare gravi incongruenze nel sistema.

---

<sup>28</sup> V. GREVI, *Le sommarie informazioni di polizia e la difesa dell’indiziato*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 58.

## 2. La riforma del processo penale: il processo di codificazione della prova illegittimamente acquisita

### 2.1. *La bozza Carnelutti (art. 65 comma 2) e il progetto preliminare del 1978 (art. 182).*

La palingenesi del processo penale si ripercorre attraverso i primi tentativi di codificazione.

Nel 1962 fu istituita una commissione dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Guido Gonella, composta da magistrati, avvocati e professori universitari in materie penalistiche, sotto la presidenza di Francesco Carnelutti, con l'obiettivo di redigere entro un anno il progetto del nuovo codice di procedura penale. L'impossibilità di un'omogenea visione del gruppo di lavoro portò il presidente a provvedere di prima persona alla stesura della bozza, affiancato in sede di revisione finale da Nicola Reale e Giuliano Vassalli.<sup>29</sup> La prefigurazione di soluzioni normative fondate sul divieto di uso processuale degli elementi probatori vietati portò al riconoscimento generalizzato della classe delle prove inutilizzabili. L'esigenza di una riforma organica del processo penale era dominata dall'idea di codificare in modo sistematico il concetto di inutilizzabilità della prova, così da poter avere una definizione e disciplina più omogenea possibile.

Il progetto elaborato dalla commissione presieduta da Carnelutti nel 1962 esplicitava un principio cardine: la prova assunta in modo invalido era irrilevante sul piano processuale<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> La bozza Carnelutti prendeva ispirazione dal sistema anglo-americano di tipo accusatorio, ed era caratterizzata dalla mancanza di un'autentica fase istruttoria, il cui posto era sostituito da una snella inchiesta preliminare, determinata dal pubblico ministero e senza influenze dibattimentali. M. PISANI, *Le riforme del "codice Rocco"*, in *Introduzione al processo penale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 129 ss.

<sup>30</sup> Ad un primo articolo redatto solo da Carnelutti seguì una stesura emendata in base alle osservazioni degli altri componenti la commissione ministeriale. Così, F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Morano, Napoli, 1963, p. 63 ss.

*Art. 62 comma 2 del progetto Carnelutti:*

*“ Quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge, il giudice non può tenerne alcun conto.”*

Questa era la prima delle disposizioni riguardanti la tematica probatoria ed è interessante rilevarne la collocazione perché sottolinea una sensibilità verso il tema e riguardo all'applicazione effettiva di queste regole. A fronte dell'art. 65 comma 2, però, non tutti i problemi erano risolti. Infatti, non era esplicitata l'eventuale sanzione in caso di trasgressione del divieto, tanto che non si delineava nessun tipo di soluzione per la decisione del giudice che avesse considerato atti spuri.

*Art. 182 del progetto del 1978:*

*“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.”*

Si cercò una risposta a tutto ciò con il progetto del 1978 che, all'art. 182, delineava l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite e differenziava la questione in gruppi diversi: le prove non previste a livello legislativo o acquisite in violazione di uno specifico divieto legislativo e le prove assunte senza rispettare le regole di forma previste. Nel primo caso si sarebbe applicata l'inutilizzabilità, indipendentemente da qualsiasi sanzione dell'atto probatorio, idea rafforzata dal principio di tassatività dei mezzi probatori. Nel secondo caso, essendoci ormai una forte insoddisfazione sul *modus operandi* della nullità, si decise di prescindere dal legame ad una prescrizione a pena di nullità<sup>31</sup>.

L'art. 182 comma 2 del progetto del 1978 stabiliva l'inutilizzabilità delle prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte a pena di nullità, salvo che la nullità fosse sanata.

---

<sup>31</sup> A questo riguardo la Relazione *al progetto preliminare del codice di procedura penale*, riprodotta in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 523: alla base della nuova categoria sanzionatoria vi era “una profonda insoddisfazione circa il modo di operare della nullità in rapporto a divieti probatori che il regime delle sanatorie costringe a ritenere come non scritti”.

## 2.2. La legge delega del 1987: le direttive relative all'inutilizzabilità

La legge n. 81 del 16 febbraio 1987 fu il secondo passo verso l'emanazione del nuovo codice di procedura penale. Le riflessioni sul tema dell'inutilizzabilità dell'elemento probatorio illecitamente acquisito, in verità, non erano molte e questo appariva rilevante posto che, in sede di lavori parlamentari, erano state manifestate proposte tra cui un emendamento, affinché il legislatore delegato istituisse "la categoria dell'inutilizzabilità degli atti compiuti in violazione del diritto all'assistenza, all'intervento, alla rappresentanza dell'imputato o al di fuori di termini perentori stabiliti dalla legge".<sup>32</sup>

L'idea non fu presa in considerazione e ci si limitò solo a prevedere sanzioni processuali che, nella versione ultima, venivano ricondotte nell'ambito delle nullità: vizi di capacità e costituzione del giudice, violazioni del diritto all'intervento, all'assistenza e alla rappresentanza delle parti.

Era proprio con questa legge delega che compariva la prima volta a livello legislativo il termine "inutilizzabilità". Il nuovo termine, pur essendo stato criticato come "neologismo un poco ripulsivo"<sup>33</sup>, ebbe ampio successo, per la sua chiarezza immediata di facile fruizione e si consolidò poi con il vigente codice.

Ciò detto, può rivelarsi utile analizzare le direttive della legge delega che richiamavano in modo maggiormente puntuale la categoria dell'inutilizzabilità processuale della prova.

- Direttiva 31: pur in modo meno esplicito, il concetto di inutilizzabilità veniva richiamato. Dal linguaggio e dall'*intentio legis* sottesa a queste disposizioni si poteva constatare come esse fossero figlie di quella cosiddetta legislazione d'emergenza tra i cui lasciti annoveriamo "l'interrogatorio di polizia senza difensore". Pur limitando il controllo dell'autorità giudiziaria sull'attività della polizia, che si trovava così a potere compiere atti senza il rispetto delle garanzie

---

<sup>32</sup> Emendamento 2.76, Russo ed altri, presentato il 10 luglio 1984 in sede di discussione davanti all'assemblea della Camera dei deputati.

<sup>33</sup> F. CORDERO, *Strutture di un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 24.

difensive, si bilanciava la concessione esprimendo un chiaro divieto all'assunzione probatoria di tali risultati. Si individuavano infatti due divieti:

a) divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio, anche a testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa resa dai testimoni o dalla persona nei cui confronti venivano svolte le indagini, senza l'assistenza della difesa;

b) divieto di documentazione e utilizzazione processuale delle risultanze detenute dalla polizia giudiziaria sul luogo e nella contemporaneità del fatto, per poter ottenere una prosecuzione delle indagini nei tempi immediati.<sup>34</sup>

- Direttiva 37: il divieto riguardava la sorte delle intercettazioni disposte dal pubblico ministero in caso di urgenza, poi non convalidate.

a) divieto a pena di nullità insanabile di utilizzazione

Fonte di indubbia confusione era la previsione della nullità insanabile che veniva accostata al divieto d'uso processuale.

-Direttiva 40: i divieti che venivano in luce erano:

a) divieto di verbalizzare dichiarazioni riguardanti soggetti differenti da quelli partecipanti allo svolgimento dell'incidente probatorio;

b) divieto in caso non si attui il capo precedente, di utilizzazione delle dichiarazioni in oggetto per ulteriori fini differenti da quelli concernenti l'incidente probatorio.

Per ciò che concerneva la prova assunta in incidente probatorio, si trovava una disposizione che aggiungeva al tradizionale divieto di utilizzazione in giudizio, anche un divieto di attività documentativa, quindi, per ciò che concerne persone estranee all'incidente stesso, si vietava di procedere anche alla sola verbalizzazione.

-Direttiva 48: la clausola posta a conclusione della direttiva recitava:

a) "previsione dell'inutilizzabilità degli atti compiuti dal pubblico ministero" dopo la scadenza del termine di chiusura delle indagini preliminari, originario o

---

<sup>34</sup> Si noti un subemendamento presentato all'assemblea della Camera dei deputati da parte di Violante che voleva stabilire: "l'inutilizzabilità nel corso delle indagini preliminari e nelle fasi successive del procedimento delle dichiarazioni comunque rese nel luogo e nella immediatezza del fatto della persona arrestata o fermata".

prorogato che fosse. Essa esprimeva una linea di rottura con la precedente tradizione, pur creando un margine di confusione tra le diverse figure di decadenza e inutilizzabilità. Questo diede luogo a discussioni nella sede delle dichiarazioni finali di voto della seduta del 4 febbraio 1987: si riportano di seguito le riflessioni del deputato Tarantini.

“...si inserisce un segnale perverso, cioè l’inutilizzabilità degli atti compiuti entro i termini. Ci chiediamo smarriti: e se questi atti compiuti fossero favorevoli all’imputato?”<sup>35</sup>

### *2.3. 1988: progetto preliminare e testo definitivo. Verso l’art. 191 c.p.p.*

L’art 191 c.p.p. nasceva rubricato “prove illegittimamente acquisite”. Si poneva in continuità con i progetti precedenti ma acquisiva maggiore chiarezza attraverso alcune varianti.

Nella relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale la volontà di codificazione dell’inutilizzabilità sembrava portatrice di una visione volta a differenziare la sanzione comminata in relazione a vizi di tipo acquisitivo rispetto alla sanzione della nullità riguardante, invece, quei vizi formali per cui espressamente comminata. Tutto ciò nella consapevolezza degli inconvenienti dell’operare della figura della nullità in ambito probatorio e della conseguente necessità di una sanzione specifica per evitare che la motivazione finale sia condizionata da prove acquisite in modo illegittimo.

Per quanto riguarda un’analisi strutturale dell’art. 191 c.p.p. e per la sua posizione all’interno del codice, possiamo ritenere che sia applicabile anche quando l’inutilizzabilità non sia esplicitamente prevista dalla disposizione riguardante il singolo mezzo di prova. L’art. 191 comma 1 del progetto preliminare faceva ritenere che la sanzione dell’inutilizzabilità andasse desunta

---

<sup>35</sup> Ivi, Cap. III, 3.3.3. La prova illegittima *pro reo*.

ogniquale volta si trasgredisse a disposizioni ove fossero configurabili “veri e propri divieti probatori”. È pur vero che non tutte le fattispecie soggette al regime sanzionatorio dell’inutilizzabilità avevano come presupposto un simile divieto: si aggiungono nel codice vigente atti che singole norme definiscono inutilizzabili.

Operando un raffronto tra questa nuova formulazione dell’inutilizzabilità e il precedente progetto del 1978 si ricava che:

- L’aspetto più innovativo di questa nuova formulazione della normativa era frutto di una profonda riflessione della dottrina che riteneva profondamente inadeguata la comminatoria della nullità in rapporto a divieti probatori che il regime della sanatoria costringe a ritenere come non scritti. In sede consultiva, infatti, il Consiglio superiore della magistratura apprezzò molto l’art. 191 e in particolar modo la previsione del secondo comma che si poneva in antitesi con ogni sostanzialismo probatorio, prevedendo la rilevabilità d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Inoltre che:

- La categoria dell’inutilizzabilità per mancanza di forma (regola per cui “non possono essere utilizzate le prove assunte senza l’osservanza delle forme prescritte a pena di nullità, a meno che la nullità sia sanata”), scompare. Tutto ciò è probabilmente dovuto a motivi di chiarezza, per non fare confusione con gli effetti dell’atto probatorio dichiarato nullo rispetto all’inutilizzabilità da violazioni di divieti probatori. Per evitare inconvenienti appare chiaro come sia necessaria la previsione di una sanzione *ad hoc* per il sistema delle prove.

Se portiamo ora attenzione alle discrasie tra la forma inizialmente prevista in questa fase preliminare e l’attuale codice vigente, i cambiamenti più visibili appaiono proprio nella dizione dell’art. 191 c.p.p.: la *ratio* sottesa a tali scelte si deve ricondurre all’estensione dell’articolo: si ritiene, infatti, che sia rivolta non solo alla regolamentazione della fase dibattimentale, ma possa regolare anche la precedente fase investigativa.

Due variazioni rilevabili:

- il riferimento esplicito al giudice scompare



- la dizione “prove ammesse” viene sostituita con “prove acquisite”

Sul termine “acquisizione” nascono dibattiti<sup>36</sup>. Infatti, più che le regole di esclusione, sarebbe l’inosservanza delle modalità di formazione degli elementi probatori ad essere toccata dalla sfera di applicazione dell’art. 191 c.p.p. Da questa premessa il termine acquisizione significa “ammissione”, “l’operazione con cui la prova è formata ed introdotta nel processo”, dove l’acquisizione dovrebbe riguardare in modo specifico le prove precostituite, in opposizione alle prove costituende.<sup>37</sup>

Un’altra lettura porta, invece, a conseguenze differenti: leggere “ottenute” anziché “ammesse” porta a sostenere che ogni scostamento dalle disposizioni di legge sarebbe fonte di inutilizzabilità, adottando una posizione maggiormente formalista votata all’ideale del “giusto processo”<sup>38</sup>.

#### *2.4. La fisionomia dell’inutilizzabilità: fisiologica e patologica*

La disciplina finora analizzata nei suoi passaggi storici lasciava emergere un quadro che in verità lasciava ben poco spazio all’analisi della patologia dell’elemento probatorio. La necessità di sanzionare con l’inutilizzabilità atti investigativi, anche se frequentemente richiamata, non era sintomo di un’attenzione volta al problema della prova viziata che non poteva essere portata in giudizio, ma dei limiti d’uso degli elementi prodotti nella fase delle indagini preliminari. Il rapporto tra fase preliminare e dibattimento, infatti, era uno dei cardini delle discussioni dottrinarie e a ciò si legava la posizione della plausibile inefficacia degli atti probatori acquisiti in sede di indagine. La questione si poneva in relazione alla sensibilità sul tema delle garanzie, in particolar modo al principio del contraddittorio, in nome del quale le prove acquisite senza alcuna possibile partecipazione della controparte pareva delineassero contesti non

---

<sup>36</sup> Ivi, Cap. V, 1. Le posizioni della dottrina relativamente all’art. 191 c.p.p.

<sup>37</sup> F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 53.

<sup>38</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 121.

garantiti in modo adeguato. L'istituto dell'inutilizzabilità si concretizza nel codice vigente all'art. 191 e viene a ricomprendere l'inutilizzabilità sia fisiologica che patologica. È pur vero che il concetto in esame è un concetto ampio per cui non comprende solo l'ambito sanzionatorio, bensì anche l'effetto di violazione di limiti probatori che non possono qualificarsi come divieti<sup>39</sup>. Il termine inutilizzabilità ha due significati fondamentali. Il primo è quello che designa la disciplina specifica a cui sono sottoposte le prove *contra legem*, il secondo è riferito alla disciplina da applicare in base ai limiti d'uso delle prove conformi alle disposizioni legislative. Nel nostro codice "l'idea stessa di prova è, dunque, strettamente legata a particolari contesti di acquisizione e di uso."<sup>40</sup>

- Inutilizzabilità fisiologica: inidoneità a fondare la prova dibattimentale

- Inutilizzabilità patologica: attinente ad un vizio intrinseco dell'atto<sup>41</sup>

Ciò che caratterizza queste fattispecie è la violazione della legge: si tratta di un'estromissione dal quadro probatorio in seguito al mancato rispetto di regole poste. Il vizio deve incidere sulle fasi del procedimento probatorio e si riconduce anche il difetto dell'atto fisiologicamente inutilizzabile che non può essere acquisito in quanto tale. L'inutilizzabilità può riguardare o un vizio del procedimento di ammissione ai sensi dell'art. 197 c.p.p. o di assunzione ai sensi dell'art. 188 c.p.p. "Nel primo caso l'atto nasce invalido perché tale è quello da cui dipende: era una prova da non ammettere e i vizi dell'ammissione contaminano l'acquisizione. La seconda figura include prove *in abstracto* ammissibili ma assunte in modi lesivi della libertà morale"<sup>42</sup>.

La sanzione si trova a svolgere una duplice funzione: investe indubbiamente l'atto ma condanna anche la condotta di chi ha proceduto alla sua formazione con l'intento di introdurre la prova nell'ambito processuale. A volte è il comportamento delle parti che influisce sull'utilizzabilità dell'elemento

---

<sup>39</sup> A questo proposito F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto* IV ed., Utet, Torino, 1993: "il valore della prova dipende dal contesto in cui viene acquisita e dall'uso al quale essa è rivolta".

<sup>40</sup> M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 275.

<sup>41</sup> E. AMODIO, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 172-3.

<sup>42</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 556.

prodotto: atti compiuti dal pubblico ministero dopo la scadenza del termine o inosservanza di altre regole.

## Capitolo II

### La prova illegittimamente acquisita e il contesto attuale in cui si inserisce: il piano ideologico-costituzionale

#### 1. Il nodo gordiano di una difficile definizione. Il principio del libero convincimento del giudice

Tra le maglie di una dottrina molto ricca si nota come la sussistenza di un quadro terminologico ampio possa essere destabilizzante. Tra dottrina e giurisprudenza ci muoviamo nella compresenza di termini differenti, in un'eterna battaglia dei nomi, tra significati e significanti. Prova vietata, illegale, illegittima, incostituzionale, illecita.

##### *1.1. Questioni di metodo: verità e tutela della legalità delle forme*

L'interpretazione dell'art. 191 c.p.p è stata spesso terreno fertile di tensioni. Questo sia per la definizione dei rapporti tra individuo e autorità, sia per i vizi di metodo. Il rischio è che attraverso astrazioni e generalizzazioni si vada non tanto a scoprire il significato della norma quanto piuttosto a costruirlo, dando così all'ermeneutica una forza creatrice eccessiva, se non indebita<sup>43</sup>. L'art. 191 c.p.p. costituisce una disciplina di tipo unitario, che viene ad essere minata dal frazionamento per tipi della sanzione dell'inutilizzabilità. Le regole probatorie devono rappresentare un insieme coerente di valori per cui le norme, pur

---

<sup>43</sup> A questo riguardo B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 582.

singolarmente interpretate, devono armonizzarsi con l'unità del sistema, come da sempre sostenuto dalla dottrina<sup>44</sup>.

Il modello legislativo attuale è un modello che rifiuta l'idea del principio di ricerca della verità come designato nel precedente codice all'art. 299. La verità è considerata relativa e soprattutto “formale, alla quale conduce un'indagine regolata nelle forme; è una verità giuridica, in quanto ricercata non solo mediante leggi logiche, ma anche mediante leggi giuridiche e che solo per effetto di queste leggi giuridiche si sostituisce alla verità materiale”<sup>45</sup>. Il formalismo acquista una rilevanza importante, tanto da privilegiarsi la legalità delle forme all'etica del risultato materiale. In ambito probatorio quello che può avere valore nel mondo esterno non sempre ha altrettanta rilevanza a livello processuale, ma può accedere solo attraverso alcuni filtri e alle decisioni dei giudici. Le regole di esclusione poste come limite alla ricerca della prova a volte possono sembrare un ostacolo. “Ma l'essenza del processo probatorio risiede proprio in questa possibile frattura o dissociazione che può delinearsi tra la realtà e il suo equivalente giudiziario, come conseguenza del limite alla libera ricerca<sup>46</sup>”. I risultati contano nel momento in cui sono rispettate le modalità di acquisizione previste dalla legge. Questo cambiamento ideologico è stato recepito dalla Costituzione dal 7 gennaio del 2000, giorno in cui entra in vigore il nuovo art. 111 Cost.<sup>47</sup>

### *1.1.1. L'art. 191 c.p.p. come scelta ideologica. Equilibri e bilanciamento tra diritto e potere*

Il rapporto tra potere dell'autorità e diritti dell'individuo risente dei diversi rapporti di equilibri presenti nell'ordinamento sullo sfondo di una Costituzione

---

<sup>44</sup> Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Giuffré, Milano, 1965, p. 457.

<sup>45</sup> F. CARNELUTTI, *Prova civile*, Edizioni dell'ateneo, Roma, 1947, p. 29.

<sup>46</sup> G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto della procedura penale. Scritti in onore di G. Vassalli*, vol. II, Milano, Giuffré, 1991, p. 210.

<sup>47</sup> Ivi, Cap. II, 2.2. I commi quarto e quinto dell'art. 111 Cost.

pluralista che fonda la sua effettività nel bilanciamento dei valori. Il tema dei limiti del potere giudiziario è un tema delicato, che ha spesso generato momenti di insofferenza e contesa, anche per il fatto che il principio del libero convincimento del giudice tende a volte a diventare meno garantista per attuarsi in applicazioni concrete volte a tutelare solo la ricerca della verità. Si ripropone il dibattito tra l'importanza della finalità gnoseologica del processo e la legalità delle forme di accertamento. L'equilibrio tra diritto e potere implica un limite che si configura nel diritto del soggetto contro cui il potere si esercita. A questo riguardo le scelte del legislatore assumono non poca rilevanza e non possono essere sacrificate in nome di altri interessi di stato né in nome dell'effettività della repressione del crimine. Ciò non vuol dire che quest'ultima esigenza non sia da tutelare, ma che essa si deve attuare attraverso la legalità e nell'osservanza delle regole. Questa ideologia si traduce in regole acquisitive e valutative o meglio in regole che delineano la legittimità del procedimento probatorio. Si giunge così ad una visione dialettica del concetto di prova, il cui dato conoscitivo è acquisito in modo utilizzabile solo se in modo rispettoso delle modalità di formazione, dei soggetti che possono intervenire e della regolarità giurisdizionale della procedura. In questo contesto rileva la scelta legislativa della sanzione dell'inutilizzabilità. Questa soluzione fa emergere precise scelte etiche ed ideologiche oltre che tecniche. L'art. 191 c.p.p. e la conseguente previsione di inutilizzabilità, dunque, sono espressione costituzionale, nel senso che costituiscono la disciplina che porta i valori costituzionali ad essere effettivi. Diritto di difesa e principio del contraddittorio *in primis*. Quest'ultimo principio, inoltre, non è solo citato dall'art. 111 Cost., ma è specificato in dettaglio. A questo riguardo non vale la replica di chi potrebbe sostenere che in Costituzione non è esplicitato il diritto alla prova legittima. Esso è inscindibilmente connesso al rapporto tra prova e decisione finale, quindi "influisce direttamente sul diritto di difesa, sulla presunzione di non colpevolezza, ma soprattutto sulla formazione della personalità dell'uomo"<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4.

L'art. 191 c.p.p. è la trasposizione codicistica della scelta del legislatore di porre limiti al potere conoscitivo del giudice e per questo l'interprete ha il dovere di non manipolarlo con interpretazioni che lo privano del suo significato.

## *1.2. Definizioni*

Il concetto di prova illegittimamente acquisita è complesso e ancor più complesso è determinare i casi che rientrano sotto questa dizione. La compresenza di più termini per indicare il concetto esplicitato dall'art. 191 c.p.p. è frutto di imprecisione: molti termini infatti sono utilizzati in modo improprio: innominato, illegale, illegittimo, incostituzionale non sono sinonimi di una stessa situazione patologica e devono, dunque, essere riferiti a casi con accezioni differenti. L'art. 191 c.p.p. e l'art. 526 c.p.p. sottolineano il divieto di utilizzazione per “le prove acquisite in violazione dei divieti di legge” e delle “prove diverse da quelle legittimamente acquisite”. In sede giurisprudenziale si sottolinea che i divieti “possono trovare la loro fonte in tutto il *corpus* normativo a livello di legge ordinaria o superiore” e “di fronte ad una previsione normativa così perentoria e radicale è evidente che la palese violazione dello schema legale rende l'atto investigativo che si pone al di fuori di tale schema infruttuoso sul piano probatorio.<sup>49</sup>”

Prova illecita, prova illegittima, prova incostituzionale. Si tratta di aree concettualmente non sovrapponibili appieno, ma con peculiarità comuni e l'unica sanzione concepibile e adeguata è l'inutilizzabilità della prova sancita nella disposizione generale all'art. 191 c.p.p. e nelle disposizioni speciali collegate. I divieti probatori senza tale sanzione sarebbero vanificati, *tamquam non essent*. Al di là delle precisazioni terminologiche, occorre ora prestare attenzione ai problemi che sorgono una volta di fronte alla prova rientrante nella

---

<sup>49</sup> Cass. Sez. un., 3 dicembre 2003, Torcasio in *Cass. pen.*, 2004, p. 21; Cass. Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3276.

previsione dell'art. 191 c.p.p. È tale la prova *contra ius*, cui si perviene attraverso la trasgressione di una disposizione normativa e il primo punto da affrontare è se questa violazione condizioni o no la validità del frutto dell'*iter* probatorio illecito. Infatti, per prova illegittimamente acquisita non si intende solo quella che viola una norma giuridica, se no vorrebbe dire intendere la prova solo in quanto risultato. Il significato da intendersi è invece più ampio: illegittimo è quell'atto eseguito trasgredendo le disposizioni legislative di un ordinamento, quindi potrebbe essere la modalità di reperimento della prova ad essere oggetto di vizio e non la prova stessa, che spesso si trova ad essere, se considerata nella sua autonomia, adeguatamente lecita. Lo stesso riferimento al termine "prova" non è univoco, essendo a volte riferito all'intero procedimento probatorio, a volte al mezzo di prova, a volte alla fonte della prova, a volte al giudizio derivante da questi<sup>50</sup>.

Ci sono, dunque, prove in sé ammissibili ed efficaci ma ottenute attraverso atti illegittimi. Ci si interroga, quindi, su quale debba essere a riguardo l'atteggiamento da tenere in giudizio. Il giudice, magari attraverso una confessione viziata, potrebbe venire a conoscenza di fatti o cose che confermano la veridicità di ipotesi di sospetto o che possono portare al luogo di reperimento del corpo del reato o ad altri correi. Il problema cruciale è l'atteggiamento da adottare in relazione a tali risultanze. A far da guida dovrebbe innanzitutto essere il principio di giustizia. La Costituzione all'art. 111 introduce il concetto di "giusto processo regolato dalla legge"<sup>51</sup> che è il mezzo attraverso cui deve essere effettuata la giurisdizione, fondata sulla ragionevole durata, il principio del contraddittorio e una serie di garanzie a tutela delle parti. I principi cardine dietro a questo concetto sono, da un lato, l'esigenza di legalità e in tema di prove il rispetto delle procedure stabilite dalla legge; dall'altro lato, la parità di tutti i soggetti coinvolti di fronte all'autorità giudiziaria. Si può dedurre che a rendere il processo "giusto" sia una combinazione tra prove, procedura e decisione

---

<sup>50</sup> A tale proposito G. SABATINI, voce *Prova*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 302.

<sup>51</sup> Ivi, Cap. II, 2.2. I commi quarto e quinto dell'art. 111 Cost.



finale<sup>52</sup>. Le regole processuali assumono un ruolo cardine e nello specifico il tema dell'ammissibilità delle prove gioca un ruolo basilare per l'andamento dell'intero processo, in quanto mezzo attraverso cui accertare la verità per bilanciare i limiti tra accertamento della verità e garanzie delle parti.

### *1.2.1. La prova illecita*

Con il termine “prove illecite” ci si riferisce a prove costituite attraverso un atto illecito. La prova illecita è una prova che, pur espressamente prevista, è inficiata in qualche aspetto da un vizio, è assunta in violazione di una fattispecie incriminatrice<sup>53</sup>. Può riguardare sia prove costituenti che costituite, pur se i due casi hanno qualche differenza di disciplina. Le prove costituenti, perché possano essere realizzate, necessitano della previa ammissione da parte del giudice, per cui il vizio eventuale di illiceità è legato alle modalità pratiche di acquisizione all'interno del processo. Le prove costituite, invece, entrano nel processo e si valutano in base al modo in cui le parti ne sono venute in possesso, una volta che sono state prodotte.

Occorre precisare che da più voci si sostiene che la trasgressione di una disposizione di tipo sostanziale non possa implicare l'inutilizzabilità dell'elemento raccolto<sup>54</sup>. Tale tesi ritiene che il richiamo all'acquisizione sia di indubbio riferimento all'entrata in giudizio di un dato probatorio per cui l'esclusiva materia di riferimento sarebbe il diritto processuale. Analizzando dal punto di vista letterale l'art. 191 c.p.p. si nota il generico riferimento alla legge che, quindi, non delimita il settore operativo della norma solo al settore di diritto processuale penale. Al contrario, questo riferimento generico può essere considerato espressione della volontà del legislatore di ampliare l'operatività

---

<sup>52</sup> A questo proposito P. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 34 ss.

<sup>53</sup> A questo riguardo A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 95.

<sup>54</sup> Cfr. F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto*, IV ed., cit., p. 249; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità, uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 177.

della locuzione divieti probatori<sup>55</sup> fino ad includere figure derivanti da altri settori dell'ordinamento. Infatti è ormai superata “l'antica tesi che si basava su di una sorta di autonomia del diritto processuale penale in relazione ai vizi della prova, che quindi possono trovare la loro fonte in tutto il *corpus* normativo a livello di legge ordinaria o superiore.”<sup>56</sup>

### 1.2.2. *La prova illegale*

Le prove illegali o illegittime sono prove assunte trasgredendo le norme del codice processuale che disciplina la materia, spesso prove assunte in violazione di un divieto processuale. Il termine è utilizzato sia in ambito dottrinale che normativo<sup>57</sup>. Un'innovazione legislativa a riguardo è stata inserita con il decreto legge n. 259 del 22 settembre 2006 che, oltre a qualificare la prova con l'aggettivo illegale, dispone ogni metodo possibile per eliminare le possibili implicazioni conoscitive. Su uno sfondo concettuale che vede il settore probatorio inevitabilmente connesso ai principi costituzionali in quanto espressione dell'ideologia del legislatore<sup>58</sup>, occorre analizzare l'impatto di tale disposizione che propone una procedura per “la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti o formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”.

### 1.2.3. *La prova atipica*

La prova atipica è la prova non prevista come tale dal nostro ordinamento. Se, dunque, la definizione ne dà una distinzione netta rispetto alla prova illecita, nella pratica si deve riconoscere che il *discrimen* è spesso più sfumato. L'atto

---

<sup>55</sup> Ivi, Cap. III, 2.1. *I divieti probatori*.

<sup>56</sup> Cass., Sez. un. 24 settembre 2003, Torcasio, cit.; si riscontra analogo orientamento in Cass., Sez. III, 5 maggio 2004, *Cass. pen.*, 2005, p. 2679.

<sup>57</sup> A questo riguardo la prima massima Cass. Sez. I, 16 luglio 1973, D'Ali, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1975, p. 644.

<sup>58</sup> A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene, Napoli, 1990, p. 108.

più delicato sul piano probatorio, infatti, è quello acquisitivo. Questo contesto è il momento privilegiato in cui si verificano i tentativi di introdurre prove vietate dalla legge sotto le mentite spoglie delle diverse modalità acquisitive<sup>59</sup>. Ciò avviene soprattutto con prove innominate dove l'atipicità dei mezzi di prova e l'assenza di modalità acquisitive a riguardo codificate rende più difficile ravvisare violazioni a divieti di legge. Di qui la necessità di una lettura estensiva dell'art. 191 c.p.p. Ci si trova in un campo in cui non sono ammesse incertezze. Intanto "si può invocare la prova innominata nel momento in cui la stessa non sia lesiva della libertà morale della persona"<sup>60</sup>. Il riferimento alla violazione di legge viene effettuato in rapporto alla disciplina per prove analoghe. Solo così si fa in modo che le modalità acquisitive non vengano eluse attraverso modalità differenti nascoste dietro la fattispecie della prova atipica<sup>61</sup>.

#### *1.2.4. La prova incostituzionale*

Le prove incostituzionali sono prove acquisite violando le garanzie costituzionali. La Corte Costituzionale prende posizione sulle prove illecite, affermando il principio per cui "attività compiute in spregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte...a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito"<sup>62</sup>. La questione riguarda il rapporto tra i diritti individuali e la funzione conoscitiva degli elementi probatori da acquisire al processo. Si tratta di una scelta drammatica per l'interprete perché bisogna schierarsi tra alternative antitetiche, senza possibilità di compromesso. Da un lato di fronte ad una prova di sicura colpevolezza dell'imputato si può scegliere di ammetterla in giudizio, pur se formata attraverso atti illegittimi, in

---

<sup>59</sup> A questo riguardo M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, cit., p. 119.

<sup>60</sup> G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della verità e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *Scienza e casualità*, a cura di C. Seminara e S. De Maglie, Cedam, Padova, 2006, p. 151.

<sup>61</sup> A questo proposito, M. NOBILI, *Il nuovo diritto alla prova ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, II, Utet, Torino, 1990, p. 399.

<sup>62</sup> Corte cost., 2 dic 1970, n. 175, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322.

nome della repressione dei reati, dall'altro lato si può scegliere di schierarsi per quella sfera inviolabile di libertà del cittadino che, anche se colpevole, ha il diritto di vedersi garantita di fronte agli organi statali<sup>63</sup>. L'operatività dell'art. 191 c.p.p. viene integrata: oltre alla violazione dei divieti probatori viene a ricomprendere l'area di ciò che è violazione costituzionale. Il punto non chiaro a tale riguardo è il fatto che la Costituzione, in quanto fonte sovraordinata, è costituita da prescrizioni che dovrebbero poi essere attuate dalla legge ordinaria, ma risulta inidonea, nella visione tradizionale, a costituire divieti così perfetti che, se violati, possano essere ricondotti alla sanzione dell'inutilizzabilità. È problematico, infatti, ricomprendere la Carta fondamentale nell'espressione "legge" espressa nell'art. 191 c.p.p. Nonostante ciò, il riconoscimento della Carta come *self-executing* ha dato ai diritti in essa sanciti una forza tale da essere direttamente applicabili e quindi sanzionabili, indipendentemente dalla legge di attuazione<sup>64</sup>. L'inutilizzabilità derivante da prova incostituzionale svolge l'utile funzione di coprire eventuali lacune legislative nei casi di procedimenti lesivi di diritti costituzionali prodotti da condotte volte all'acquisizione di prove atipiche. Occorre ancora una precisazione in ambito di diritti fondamentali, la cui identificazione non è univoca ma è stata poi definita da una pronuncia<sup>65</sup> della Corte costituzionale stessa. Essa sostiene che "il diritto è inviolabile quando il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfazione di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante." Per concludere è rilevante osservare che l'art. 191 c.p.p. può essere interpretato come un tramite tra legge e Costituzione. I divieti di legge richiamati, se analizzati nella loro *ratio*, sono nient'altro che espressione di diritti costituzionali. Per questo "l'art. 191 c.p.p. si pone quale elemento di tutela dei principi generali dell'ordinamento, costituendo la trasposizione processuale

---

<sup>63</sup> A questo riguardo V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 64 ss.

<sup>64</sup> Cfr. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 341.

<sup>65</sup> Corte Costituzionale, 2 dicembre 1970, n. 175, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322.

delle esigenze d'inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto.<sup>66</sup>

#### 1.2.5. Regole di esclusione

Le regole di esclusione sono quelle regole che vietano al giudice di utilizzare determinati elementi conoscitivi per la decisione. Si ravvisa una regola di esclusione ogni volta che il giudice dispone una previsione di inefficacia di una prova.

Si possono, quindi, identificare le regole di esclusione con quelle che prevedono l'inutilizzabilità, sanzione che, stando a quanto previsto all'art. 191 c.p.p., consegue alla violazione dei divieti di acquisizione. L'esito di tutti i divieti di acquisizione, sia che siano riconducibili all'art. 191 c.p.p., sia che siano previsioni autonome volte a delineare fattispecie di inutilizzabilità autonome, è comunque determinare l'inefficacia del materiale raccolto e, di conseguenza, la sua estromissione dal momento decisionale del processo. La figura dell'inutilizzabilità<sup>67</sup> costituisce una novità nella tradizione dell'Europa continentale<sup>68</sup>, per cui si deve tenere presente l'influenza che ha avuto il sistema di *common law* a riguardo, attraverso il modello delle *exclusionary rules*<sup>69</sup>.

Qualunque inutilizzabilità determina una regola di esclusione, ma non ogni regola di esclusione determina inutilizzabilità. Infatti, le modalità acquisitive di alcune prove sono previste a pena di nullità<sup>70</sup>. La scelta di prevedere la nullità in

---

<sup>66</sup> F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. III, Utet, Torino, 2008, p. 217.

<sup>67</sup> Già se ne dibatteva in dottrina sotto la vigenza del codice del 1930, in seguito al dibattito sorto a fronte degli inconvenienti derivanti dalla scelta della nullità come forma di invalidità per gli atti probatori. Ivi, Cap. I, 1.1.1. Il paradigma della nullità (art. 184 c.p.p. del 1930).

<sup>68</sup> A questo riguardo A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 65 ss.

<sup>69</sup> Ivi, Cap. II, 3.2. Confronto tra regola di esclusione ed *exclusionary rule*.

<sup>70</sup> Trattasi di ipotesi di nullità di ordine generale derivanti dalla violazione di norme relative alla presenza del difensore, quindi il diritto di assistenza, ad esempio relativamente alle sommarie informazioni dell'indagato assunte dalla polizia ai sensi dell'art. 350 c.p.p. o della nullità intermedia relativa all'interrogatorio del pubblico ministero ai sensi dell'art. 364 c.p.p. oppure di nullità di ordine speciale che si trovano in statuizioni determinate, come in relazione a perquisizioni, ispezioni, sequestri negli uffici dei difensori ai sensi dell'art. 103 comma 3 c.p.p. o

rapporto ad atti di tipo probatorio ha creato non pochi problemi, soprattutto per l'affiancarsi delle due sanzioni, nullità e inutilizzabilità<sup>71</sup>. La differenza delle previsioni sta nel presupposto: la nullità riguarderebbe l'inosservanza di forme relativamente a prove ammissibili, mentre l'inutilizzabilità attiene alla violazione di veri e propri divieti probatori.

Ulteriore forma di regola di esclusione è quella che si concretizza attraverso un provvedimento del giudice che, dati certi presupposti, dichiara l'inefficacia di alcune prove. Un esempio è l'art. 42 comma 2 c.p.p. che precisa che la decisione di accoglimento dell'astensione o ricusazione del giudice deve esplicitare "se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia".

Le regole di esclusione italiane sono "stringenti e difficilmente eludibili dal giudice"<sup>72</sup> e volendo applicare una celebre distinzione di teoria generale<sup>73</sup> sono "regole" e non "principi". Per questo motivo o si applicano o non si applicano, non sono date posizioni intermedie, anche se questa caratteristica le rende rigide. Una regola di esclusione può essere disapplicata solo nel momento in cui si riscontri la configurazione di un'eccezione, per cui emerge che in quello specifico caso non occorre tutelare il valore a cui la regola è posta a tutela.

Le regole di esclusione non sono tutte assolute ma ne esistono anche di relative: vietano l'utilizzo di una prova solo nel procedimento riguardante un certo reato e non un altro oppure vietano l'uso di una prova nei confronti di una persona e non di un'altra.

---

relativamente alle testimonianze ai sensi degli artt. 199 comma 2 e 497 commi 2 e 3 c.p.p. Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 46.

<sup>71</sup> Ivi, Cap. III, 1.4. Differenze rispetto alla nullità.

<sup>72</sup> M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 29.

<sup>73</sup> R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, in *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 93: "Le regole sono applicabili nella forma del tutto o niente" invece, per quanto riguarda i principi, "quando si intersecano bisogna prendere in considerazione il peso di ciascun principio".

### *1.3. L'art. 191 c.p.p. : l'inutilizzabilità come risposta ad acquisizioni istruttorie contra legem*

L'art. 191 c.p.p. riecheggia l'art. 182 comma 1 del progetto preliminare del 1978 e richiama l'art. 62 comma 2 del progetto Carnelutti. Ci da indicazioni dei "divieti stabiliti dalla legge": tali non possono essere, dunque, la statuizioni del giudice o delle parti. Inoltre, sono limiti per la validità dell'elemento probatorio e una volta che vengano trasgrediti si traducono in situazioni invalidanti.

*Art. 191 c.p.p.*

*1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*

*2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.*

L'art. 191 comma 1 c.p.p. colpisce il materiale cognitivo formato male e di cui il giudice non può tenere conto. Tutto ciò tra non poche incertezze:

- la definizione dell'ambito operativo
- l'incertezza se la patologia si riferisca ai divieti di ammissione o anche ai casi di procedure acquisitive difformi dal modello legale
- la controversia se la legge di riferimento sia solamente quella penalprocessuale o anche di altro genere (penale, civile, amministrativa)

L'art. 191 comma 1 c.p.p. vale anche per i mezzi di ricerca della prova, mentre è più incerto che si adatti agli atti dell'indagine.

A meno che la disciplina non richiami l'art. 63 comma 2 c.p.p. enunciando un limite d'uso, la risposta è subordinata alla rigidità del *discrimen* che si assume tra i concetti di indagini e prove. Sarebbe impensabile, pur considerando il valore cognitivo di ciò che viene raccolto dagli inquirenti, che regole, magari legate alla Costituzione, vengano violate senza conseguenze rilevanti ed effetti sui frutti<sup>74</sup>.

Il punto fondamentale è che il giudice non ne faccia uso.

---

<sup>74</sup> Ivi, Cap. II, 1.2.4. La prova incostituzionale.

L'art. 191 comma 2 c.p.p. indica “in ogni stato e grado del procedimento”, quindi solo il giudicato può impedire la sanzione dell'inutilizzabilità.

Analizzando la figura dell'inutilizzabilità, possiamo attribuirle la pregevole utilità di fronteggiare le lacune che inevitabilmente lasciava lo schema tradizionale della nullità. Infatti, nel precedente ordinamento<sup>75</sup> in relazione ai divieti probatori, la tutela della sola nullità avrebbe consentito a questi ultimi di continuare a fruire di possibili sanatorie, mettendo così il giudice in condizione di poter giudicare, decidere e motivare attraverso elementi spuri.

La figura disciplinata dall'articolo in discorso non è un fenomeno facile da inquadrarsi. Pur sembrando ad una prima lettura quasi scontata, si presta, in verità, a molteplici soluzioni interpretative. L'invalidità è meglio definita nelle due forme nullità e inutilizzabilità, ormai ben distinte nel codice, eppure sfuggono alcuni profili. L'istituto dell'inutilizzabilità delineato dall'art. 191 c.p.p. è poliedrico, essendo *genus* che ricomprende più *species*. Il fenomeno dell'inutilizzabilità si traduce nella sanzione delineata dall'art. 191 c.p.p., che riunisce l'inutilizzabilità fisiologica e patologica, ma è da ricordare che il concetto di inutilizzabilità è più ampio. Esso ricomprende, infatti, anche il profilo di inutilizzabilità-effetto, oltre che sanzione, indotto dalla violazione di limiti probatori che non costituiscono divieti in senso pieno. La figura finale è la stessa, perché implica l'esclusione probatoria dell'elemento irrituale, ma le *species* sono differenti. Si possono integrare, infatti, anche forme atipiche, non legate alla violazione di divieti espliciti: ci sono, infatti, prescrizioni legislative in cui l'inutilizzabilità atipica dell'atto è rappresentata dall'oltrepassare limiti di fonti di varia natura, non per forza normative. L'attuazione dell'art. 191 c.p.p. dipende dal legislatore anche nei casi in cui questa sanzione si riferisce a violazioni che non integrano un divieto probatorio. Analizzando queste prescrizioni, si può sostenere che siano comunque riconducibili alla stessa disciplina: sia l'inutilizzabilità scaturente dal principio di separatezza tra le fasi processuali, sia l'inutilizzabilità scaturente da divieti probatori, non hanno motivo per discostarsi nel risultato finale. La prova illegittimamente acquisita è,

---

<sup>75</sup> Ivi, Cap. I, 1.1.1. Il paradigma della nullità (art. 184 c.p.p. del 1930).



dunque, il mezzo di prova o di ricerca della prova ammessa o assunta in seguito a trasgressioni di divieti legislativi oppure un atto di contenuto preprocessuale. Un'estensione quest'ultima che è dovuta al fatto che certe disposizioni pongono tra fase investigativa e dibattimentale sbarramenti simili a veri divieti, la cui inosservanza può essere assimilata alle fattispecie dell'art. 191 c.p.p.<sup>76</sup>

#### *1.4. Regole di esclusione, regole di assunzione e il principio del libero convincimento del giudice*

Per affrontare in modo consapevole il discorso sulle prove è d'obbligo qualche riflessione sul principio del libero convincimento del giudice che, in ambito processualpenalistico, ha come obiettivo quello di "escludere ogni predeterminazione legale del valore persuasivo delle prova".<sup>77</sup> Il momento a cui si riferisce è la valutazione, ma la figura non è così semplice. A livello storico la si deve calare in contesti anche molto diversi tra loro, per cui nell'analisi non si dovrebbe prescindere dai concetti storico-sociali-ideologici che condizionano la concezione del processo stesso. Libertà e legalità della prova sono parole che si sono scontrate come antitesi concettuali, cosicché da espressione di spirito liberale gli stessi istituti possono trasformarsi in contesti differenti a emblemi del totalitarismo. Giuristi come Cordero<sup>78</sup> tendono a identificare come esclusiva fase di riferimento del principio in discorso il momento dibattimentale; altre

---

<sup>76</sup> L'inutilizzabilità prevista è caratterizzata da una carenza di potere, nel momento di ammissione o di assunzione della fase istruttoria. Ad esempio lo si riscontra nell'art. 497 comma 3 c.p.p., che dispone l'impossibilità di utilizzazione di quegli atti d'indagine effettuati oltre il termine previsto entro cui il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale o chiedere l'archiviazione.

<sup>77</sup> A. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1515.

<sup>78</sup> "L'inutilizzabilità consegue ad un vizio del procedimento di ammissione ovvero di assunzione. Nel primo caso l'atto nasce invalido perché tale è quello da cui dipende: era una prova da non ammettere e i vizi dell'ammissione contaminano l'acquisizione. La seconda figura include...prove *in abstracto* ammissibili ma assunte in modi lesivi della libertà morale" F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., 1991, cit., p. 556.

voci della dottrina come Nobili<sup>79</sup>, invece, sostengono che l'estensione alle fasi di ammissione ed assunzione della prova sia una manifestazione patologica del principio in oggetto. Il rischio è che la giurisprudenza se ne avvalga per giustificare l'entrata in giudizio di prove illegittimamente acquisite. Nel passaggio dal codice previgente a quello attuale si nota una tendenza a equilibrare la razionalità del procedimento attraverso disposizioni più precise nella fase di raccolta, acquisizione e valutazione del materiale probatorio.

Il codice Rocco si poneva con un atteggiamento ottimistico in campo epistemico tanto che prestava indifferenza al metodo di raccolta del materiale probatorio attraverso ammissione e assunzione. Il libero convincimento del giudice era limitato solo dall'obbligo di motivazione, mentre i fatti venivano a conoscenza senza regole di esclusione. In questo modo si garantivano le libertà individuali, tuttavia non era una soluzione accettabile perché avrebbe dovuto essere garantita anche l'attendibilità del risultato probatorio.

Altro modo di concepire il principio è, invece, quello in cui l'organo giudicante è una giuria. In questo caso si considera difficilmente riconducibile la decisione a un percorso razionale ricostruibile. La prova viene vagliata in modo complessivo e momentaneo. Proprio questo fa prestare grande attenzione alle regole di ammissione ed assunzione della prova: siccome il percorso cognitivo del giudice non può essere facilmente ricostruito, ecco che occorre porre ad un vaglio attento gli elementi che potrebbero condizionare la decisione finale.

Analizziamo, invece, il principio del libero convincimento nel codice vigente, partendo dall'analisi dell'art. 191 c.p.p. Le disposizioni che riguardano il procedimento ammissivo e assuntivo della prova hanno implicazioni sulla libertà di valutazione del giudice. Questo si concretizza attraverso limiti di utilizzabilità e divieti. Per fare un discorso generale occorre innanzitutto ricordare che l'inutilizzabilità deriva da più cause. Un primo problema da affrontare è la separazione tra fase dibattimentale e predibattimentale; poi la non conformità alle prescrizioni legali per gli atti di ammissione dell'elemento

---

<sup>79</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il diritto delle prove ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento*, vol. II, cit., p. 387.

probatorio, come l'ammissione di documenti anonimi, non costituenti il corpo di reato, contro il divieto dell'art. 240 c.p.p e, infine, la non conformità alle prescrizioni di assunzione della prova. Se le inutilizzabilità derivano da violazione di divieti, sono sempre riconducibili all'art. 191 c.p.p., indipendentemente dall'esistenza di prescrizioni specifiche; invece, nel caso in cui siano frutto di una trasgressione di disposizioni riguardanti le condizioni di ammissione e assunzione della prova, è necessaria una previsione *ad hoc*. A differenza di quanto prevede l'art. 177 c.p.p., anche se non è espresso, ha senso ritenere che l'art. 191 c.p.p. si riferisca solo ai divieti probatori, per cui le altre cause di violazioni di regole positive non sono estensibili analogicamente. A fare da sfondo a questo discorso vi è l'esigenza di garantire la libertà individuale nel suo confrontarsi con il potere giudiziario e dall'altro lato la formazione della prova deve garantire la conoscenza epistemica più attendibile possibile. Il metodo auspicato, che cerca il più possibile di esplicitarsi nel vigente codice, è caratterizzato da una rivalutazione del procedimento acquisitivo come garanzia di attendibilità giurisdizionale, pur stemperando tutto ciò con norme volte a evitare perdite di conoscenza dovute a eccessivi formalismi. La ricerca della verità è concetto molto delicato, i filosofi greci insegnano che "non c'è verità se non si conosce tutto". Purtroppo una tale visione è impraticabile nell'ambito processuale. Si procede acquisendo elementi in modo progressivo, è una verità determinata e circoscritta. Le prove sono ammesse su istanza di parte come all'art. 190 c.p.p. dopo che la parte ne abbia mostrato la rilevanza. Al di là dei casi previsti dalla legge di acquisizioni d'ufficio, il punto è che esistono nel nostro sistema clausole di salvaguardia, come quella di cui all'art. 507 c.p.p., che ammette le prove che il giudice ritiene necessarie alla fine dell'istruzione dibattimentale. L'ordinamento va letto in modo complessivo e si nota l'elasticità del sistema che permette alla disciplina probatoria di essere coerente.

#### *1.4.1. I limiti della conoscenza giudiziale: esclusione e valutazione*

L'art. 191 c.p.p. contiene in sé il divieto d'uso del dato conoscitivo concretizzandosi in un ordine inibitorio all'organo giudicante. Il materiale su cui questo può riferire la sua decisione viene selezionato e derivano così conseguenti limiti giudiziali. Parlare dei limiti equivale a parlare dei poteri<sup>80</sup>. Il limite qui in oggetto è di acquisizione e di valutazione. Quando il legislatore pone criteri di valutazione legale della prova, nel caso in cui sono prescritti determinati requisiti è chiaro che la loro mancanza costituisce un divieto d'uso. Spesso si parla di divieto di conoscenza *ex ante* e divieto di valutazione *ex post*, ma a questo riguardo si deve tener presente che l'art. 191 c.p.p. estende la sua applicabilità in ogni stato e grado del procedimento. L'elemento probatorio può dunque essere estromesso dal processo anche in seguito alla presa di conoscenza del giudice. La riferibilità dell'art. 191 c.p.p. al momento sia acquisitivo sia valutativo è ribadita dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>81</sup> per cui non viene consentita al giudice la facoltà di un giudizio di inattendibilità dell'elemento probatorio in oggetto, ma, in mancanza di alcuni requisiti richiesti dalla legge, ne viene precluso l'utilizzo a priori.

Si può, quindi, escludere che l'applicazione dell'inutilizzabilità sia accostabile alla possibilità del dato probatorio di accedere alla conoscenza del giudice. Non avrebbe altrimenti senso la previsione dell'art. 63 comma 1 c.p.p. Le dichiarazioni autoincriminanti, infatti, accedono alla conoscenza del giudice anche se la previsione di inutilizzabilità è espressa. Esse, infatti, possono essere utilizzate contro soggetti differenti dal soggetto che rende le dichiarazioni<sup>82</sup>. Nell'ordinamento sono molti i casi in cui è espressa comminatoria della

---

<sup>80</sup> M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 641.

<sup>81</sup> Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina in *Cass. pen.* 1998, p. 1951: "la scelta interpretativa deriva da una distinzione tra l'atto che si esaurisce senza residui nel suo attuale compimento e quello che invece non ha mera funzione autoreferenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla sua successiva attività cognitiva cui esso è destinato, come è tipico della struttura plurifasica del procedimento probatorio nel quale sono distinguibili i momenti di assunzione e di ammissione del mezzo istruttorio dal momento della valutazione ope iudicis".

<sup>82</sup> Ivi, Cap. I, 1.2.2. Dichiarazioni autoindizianti (art. 304 comma 3 c.p.p. del 1930).

sanzione di inutilizzabilità per elementi pur conosciuti dal giudice<sup>83</sup>, così come si può affermare a riguardo delle prove che entrano in giudizio per accordo consensuale delle parti. In questo caso si discute la problematica della necessità di consenso di un solo imputato o tutti se il processo risulta cumulativo<sup>84</sup>. Tutto ciò risulta confermato dalla *ratio* sottesa alla disciplina delineata nell'art. 191 c.p.p. Questa si può individuare nella “volontà di rafforzare con presidi sanzionatori più efficienti la legalità della prova”<sup>85</sup>. Per poterla comprendere si devono superare i passati criteri d'interpretazione che ponevano il metodo legale di istruttoria non subordinata agli obiettivi gnoseologici del processo<sup>86</sup>.

#### *1.2.4. L'art. 191 c.p.p.: valenza assiologica e sanzionatoria*

Nel momento in cui si deve valutare la possibilità di utilizzare l'elemento probatorio raccolto, ciò che rileva è che non vi sia stata alcuna trasgressione di divieti legislativi. La regola di esclusione è sempre riconducibile ad una situazione patologica e la previsione di riferimento è senza dubbio l'art. 191 c.p.p. È indubbio che l'ampiezza interpretativa di tale articolo sia di notevole vastità sia nei casi che nelle implicazioni che ne possono derivare. La formulazione normativa non rientra sicuramente nei criteri di tassatività delle forme<sup>87</sup>. Il motivo di questa scelta è racchiuso nell'intrinseca funzione di garanzia assoluta dalla norma, che sfugge così a schemi troppo rigidi. L'art. 191 c.p.p. ha un significato strutturale che da un lato rappresenta la regola statica della norma costituita dalla funzione di garanzia e dall'altro una tutela dinamica che si qualifica in divenire. Le relazioni tra regole statiche e dinamiche sono

---

<sup>83</sup> Cfr. artt. 197 *bis* comma 5; 238 comma 2 *bis* e 4; 403 e 500 comma 3 c.p.p.

<sup>84</sup> M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 190.

<sup>85</sup> F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, cit., p. 176.

<sup>86</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 32.

<sup>87</sup> Ivi, Cap. III 2.1.3. La derogabilità.

presenti in ogni sistema normativo e spesso ne determinano l'equilibrio<sup>88</sup>. Analizzando la qualificazione negativa del modello legislativo la sanzione dell'inutilizzabilità stigmatizza “i risultati scaturenti dalla condotta processuale inosservante con un paradigma di disvalore che segnala l'inutilità delle violazioni e tende, quindi, a prevenire, con la minaccia della loro assoluta vanificazione, acquisizioni probatorie illegittime.”<sup>89</sup>”

Nonostante il *deficit* di tipicità dei divieti probatori e le incertezze derivanti dall'eccessiva genericità dell'art. 191 c.p.p., si può interpretare tale articolo con connotati di positività. La norma è generale per tutelare l'ambito probatorio nel modo più ampio possibile e può essere applicata a figure probatorie anche molto differenti. La specificazione dei divieti di legge deriva dalle disposizioni che regolamentano ogni singola prova o mezzo di prova. L'art. 191 c.p.p. è, dunque, applicabile non solo ai divieti probatori intesi in senso stretto ma anche quando mancano gli elementi che costituiscono i presupposti di esistenza di quella determinata figura probatoria<sup>90</sup>. L'art. 191 c.p.p. assolve alla funzione di regolamentare in modo generale il settore probatorio. Vi sono norme<sup>91</sup> in cui è espressamente prevista la sanzione dell'inutilizzabilità e altre<sup>92</sup> in cui, invece, viene previsto il divieto ma non le sanzioni, per cui sono ricondotte all'art. 191 c.p.p. Indipendentemente dalla dizione espressa nella disposizione, la valutazione della prova occorre sia subordinata alla presenza di tutti i requisiti operativi previsti dalla legge per la realizzazione di quella specifica figura probatoria.

---

<sup>88</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, p. 65.

<sup>89</sup> G. PIERRO, *Una nuova fattispecie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 151.

<sup>90</sup> Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, cit., p. 154.

<sup>91</sup> Cfr. artt. 271 comma 1, 195 comma 3 e 7, 203 c.p.p.

<sup>92</sup> Cfr. artt. 62, 197, 220 comma 2 c.p.p.

### 1.4.3. Regole di esclusione: ineffettività e interpretazioni

Le regole di esclusione nella cultura continentale sono state spesso accolte con sospetto. Questo è dovuto a motivi storici ed è sintomo di un'involuzione ideologica ma è indubbio il problema dell'atteggiamento di sofferenza a fronte della rinuncia al contributo informativo di prove vietate, colpite da inutilizzabilità. La volontà del legislatore si è senza dubbio orientata verso la realizzazione effettiva dei diritti soggettivi in sede processuale attraverso la previsione della sanzione dell'inutilizzabilità, che seleziona le sole prove legittime. In concreto, però, l'attuazione non è stata così lineare vista l'esigenza continua di indirizzi interpretativi volti a precisare e specificare il significato delle norme sul tema. La stessa formula legislativa è stata da alcuni criticata in quanto eccessivamente ampia, "aperta ad una pluralità di plausibili attribuzioni di significato"<sup>93</sup>.

A volte la dottrina, per limitare "gli effetti devastanti"<sup>94</sup> che l'inutilizzabilità fa conseguire sul piano della conservazione probatoria, ha preferito scegliere l'interpretazione dalla portata più restrittiva, una mossa a cui non può che corrispondere uno svilimento della portata della sanzione in oggetto.

La lettura della disposizione, che potrebbe essere interpretata in modo estensivo, si può dividere relativamente all'*an* e al *quomodo* della prova<sup>95</sup> e quando si deve delimitare l'operatività dei divieti della prova, capita che si avvalorino solo la prima categoria.

L'inutilizzabilità è inserita nel codice tra le patologie degli atti processuali. In dottrina c'è chi<sup>96</sup> ha ritenuto perciò l'invalidità come qualifica distintiva delle

---

<sup>93</sup> Così, A. SCILLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 214.

<sup>94</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 57.

<sup>95</sup> Ivi, Cap. III, 2.3. *An e quomodo*.

<sup>96</sup> M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 19.

regole di esclusione, dove altri<sup>97</sup> hanno invece identificato regole di condotta per il giudice piuttosto che sanzioni<sup>98</sup>.

#### *1.4.4. Il libero convincimento del giudice: una concezione realista*

Principi paritari nell'ordinamento sono il principio del libero convincimento del giudice e il principio della legalità della prova. Spesso il maggior rischio a riguardo è che, invece di operarsi un bilanciamento, il primo principio diventi mezzo per aggirare il secondo. Il convincimento del giudice deve essere un criterio funzionale, metodologico e valutativo della prova legittimamente raccolta e acquisita anche se nella pratica si assiste ad una tendenza volta a riunire qualsiasi dato, anche spurio, in nome della ricostruzione dei fatti, per un'ossessionata ricerca della verità<sup>99</sup>.

Il prodotto della riforma del 1988<sup>100</sup> è un sistema accusatorio fondato su regole precise che delineano e delimitano i momenti ammissivo e acquisitivo della prova e pone a presidio la sanzione dell'inutilizzabilità. A tutela della corretta condotta del giudice sussiste il dovere di motivazione così come trattato dalla Cassazione che ricorda "l'attribuzione esclusiva al giudice di merito del potere di valutazione della prova e dell'obbligo di esplicitare, nel modo più rigoroso e completo, la motivazione posta a base della decisione adottata, ancorando così il principio del libero convincimento alla necessità di indicazione specifica dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, al fine di evitare che il detto principio venga attuato per un uso arbitrario"<sup>101</sup>.

Per ciò che riguarda il rapporto tra prove e libero convincimento si sono alternate più teorie. La Cassazione ha sostenuto che per ciò che riguarda la valenza euristica delle prove non viene fatta distinzione tra le varie fasi

---

<sup>97</sup> Cfr. G. ILLUMINATI, voce *Giudizio*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2008, p. 750.

<sup>98</sup> Cfr. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 642.

<sup>99</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 121 ss.

<sup>100</sup> Ivi, Cap. I, 2.3. 1988: progetto preliminare e testo definitivo. Verso l'art. 191 c.p.p.

<sup>101</sup> Cass., Sez. VI, 30 marzo 1992, Macrì, in *Riv. pen.*, 1993, p. 775.



processuali cosicché le prove acquisite in dibattimento e quelle acquisite in fase istruttoria o tramite l'opera della polizia giudiziaria non si distinguono per valore: il giudice può, dunque, “utilizzare elementi probatori di qualsiasi specie alla condizione che siano idonei a dare la certezza della sussistenza di fatti rilevanti ai fini della decisione<sup>102</sup>” ovviamente tenendo conto dei divieti probatori che ormai sono il cardine di un procedimento probatorio che trova il fulcro nelle regole di esclusione.

Altra teoria propende maggiormente per un giudice che operi in modo consapevole conferendogli più potere in relazione alla valutazione delle prove “organizzandole e dando a ciascuna di esse, come pure al loro complesso, il peso e il significato ritenuti più opportuni”<sup>103</sup>.

### *1.5. Discussioni astratte e problemi sostanziali*

Dopo aver analizzato questioni teoriche è opportuno esaminare il quadro concreto che si deve affrontare, per quanto problematico. La questione è la seguente, se, cioè, sia opportuno escludere alcune prove, magari determinanti, solo perché male acquisite e se questa scelta porti o meno ad un'irragionevole impunità.

L'interprete si trova ad avere un ruolo importante a riguardo, pur avendo comunque il dovere di assecondare le scelte del legislatore senza eccessive forzature. La definizione finale dell'inutilizzabilità che ne deriva deve rispecchiare in ogni caso la *voluntas legislatoris*.

La questione relativa all'inutilizzabilità non è da ricercarsi negli effetti, quanto piuttosto nelle disposizioni che la riguardano e nelle forme previste. È la sanzione più severa che il codice prevede in ambito di prove, per questo deve essere delineata con attenzione. Questo non vuol dire che non possano essere stabilite anche delle eccezioni. Il panorama attuale è caratterizzato da una

---

<sup>102</sup> Cass., Sez. V, 30 novembre 1989, De Maria, in *Riv. pen.*, 1991, p. 326.

<sup>103</sup> Cass., Sez. I, 9 marzo 1992, Pagliuca, in *Riv. pen.*, 1993, p. 1177.

moltitudine crescente di regole di esclusione e criteri di valutazione<sup>104</sup>. La discrezionalità dell'interprete viene limitata da un rigoroso principio di legalità. Tale principio di legalità non ostacola, però, un contatto diretto con le fattispecie concrete dei singoli casi. Il giudice dovrebbe, infatti, verificare il reale apporto della prova inutilizzabile, soprattutto per ciò che riguarda l'opera di reperimento delle prove seguenti. In questo modo si riconnettono i due piani, quello astratto e quello concreto. La connessione dei due piani è considerato il punto nevralgico dell'applicazione dell'art. 191 c.p.p.

La soluzione proposta sembra l'unica coerente alla situazione, che consente un approccio all'inutilizzabilità in modo consapevole, non privo di limiti e delinea una sanzione che agisce solo quando necessario senza ledere il principio di legalità, anzi tutelandone il contenuto.

Il principio di legalità è un concetto complesso: non significa solo “fermo rispetto delle prescrizioni legislative”<sup>105</sup>, ma anche “tutela delle garanzie dei soggetti, tutela assicurata proprio dalle proposizioni della legge”. In questa situazione, la discrezionalità dona “concretezza piena alle regole codificate”, non elude le forme legali, ma ne valorizza il significato.

---

<sup>104</sup> Cfr. C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: deviazioni sostanzialistiche e itinerari della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 788.

<sup>105</sup> M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata, nel processo penale*, Aras Edizioni Universitaria, Fano, 2012, p. 310.

## 2. Costituzione e contraddittorio: non solo principio ma metodo epistemico di ricerca della verità esercitato in divenire

### 2.1. *Le prove raccolte anteriormente al dibattimento e la loro inutilizzabilità*

Nella Costituzione, come è noto, vi è la compresenza di più interessi anche tra loro contrapposti, tra i quali occorre operare un bilanciamento. A fianco delle garanzie previste per le parti e al principio del contraddittorio sussiste il principio contrapposto di non dispersione della prova raccolta prima del dibattimento. Alcune posizioni della Corte costituzionale<sup>106</sup> avevano lasciato ampi spazi per le dichiarazioni rese agli organi di polizia e al pubblico ministero a che fossero utilizzabili nella fase dibattimentale, pur ottenute nelle fasi anteriori del procedimento ed era stato chiaramente esplicitato il principio di non dispersione dei mezzi di prova.

Si deve tenere presente che i rapporti tra codificatore e Corte Costituzionale cambiano nel tempo. A riguardo il legislatore del 1997 dichiarò l'inutilizzabilità delle dichiarazioni prodotte in segreto, in nome del principio per cui la formazione del materiale probatorio debba avvenire in contraddittorio. In una sentenza del 1998, la numero 361, la Corte Costituzionale ritenne al contrario che, se le dichiarazioni, pur segrete, erano considerate attendibili, non vi era motivo per escluderne l'utilizzabilità. La tutela dell'altra parte si sarebbe risolta nella possibilità di fare contestazioni a chi l'avesse accusata.

Lo sfondo costituzionale cambia il 7 gennaio del 2000, giorno in cui entra in vigore il nuovo art. 111 Cost. che al comma quarto garantisce il principio del contraddittorio nella formazione della prova, cristallizzato nella sua più pura enunciazione<sup>107</sup>. Tale quarto comma conferisce esplicita valenza costituzionale

---

<sup>106</sup> Cfr. Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1932 e Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, *ivi*, p. 1961 ss.

<sup>107</sup> G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 5 ss.

al principio, mentre il comma quinto esplicita una deroga al predetto principio. Il contraddittorio è un mezzo e non un fine e la previsione di eccezioni rappresenta la modernità imposta dal contesto pratico di attuazione<sup>108</sup>. Le eccezioni diventano così un irrinunciabile elemento di equilibrio, volto a rendere il principio ragionevole. In tale tipo di ragionamento occorre chiarire il significato di contraddittorio. Un'interpretazione restrittiva del concetto porta a ritenere che l'elemento probatorio, perché sia idoneo ad essere utilizzato, debba formarsi attraverso il confronto delle parti, con esame incrociato in sede dibattimentale. Stante una visione di questo tipo non può che derivarne l'esclusione del materiale acquisito in segreto: le dichiarazioni rese in indagini segrete, una volta contestate a colui che in dibattimento abbia fornito una differente versione, non sarebbero utilizzabili ai fini della prova del fatto.<sup>109</sup> La definizione estensiva di contraddittorio invece ricomprende, oltre ciò che è stato formato con l'esame incrociato delle parti nel corso del dibattimento, anche la dichiarazione antecedente.

## *2.2. I commi quarto e quinto dell'art. 111 della Costituzione*

L'art. 111 Cost. comma 4 e 5:

“Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.”

L'art 111 comma 4 Cost. fa assurgere il principio del contraddittorio a criterio cardine del sistema attraverso un'enunciazione chiara ed espressa. Esso diventa

---

<sup>108</sup> P. TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del “giusto processo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 272.

<sup>109</sup> P. FERRUA, *L'avvenire del contraddittorio*, in *Critica dir.*, 2000, p. 25.

principio costituzionale cristallizzato e si deve svolgere davanti “al giudice”, come ci esplica la norma stessa. Questo significa che il giudice davanti a cui si svolge il contraddittorio deve essere anche il giudice della decisione. Oltre all’esplicitazione del principio sono dettate anche le modalità strumentali perché si realizzi e diventi effettivo. Il contraddittorio diventa metodo di conoscenza ed è un mezzo per garantire la legalità della prova con l’eccezione di ciò che è previsto dal comma quinto. Questo viene sostenuto dalla Corte Costituzionale che afferma che “da tale principio con cui il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi”<sup>110</sup>. Il riferimento alla sola colpevolezza dell’imputato pare sottolineare che l’inutilizzabilità è sanzione applicabile solo nel caso in cui gli elementi emersi siano *contra reum*. Potendosi configurare l’inutilizzabilità come tutela per la parte debole del processo la prova illegittima dovrebbe essere comunque utilizzabile a favore dell’imputato<sup>111</sup>.

Confrontando ora le dizioni nei due commi in oggetto si notano due locuzioni molto simili. Il comma quarto, al secondo periodo, recita “la colpevolezza non può essere provata”, mentre il comma quinto recita “provata condotta illecita”. Il termine “provata”, dunque, ricorre. Nel quinto comma dell’art. 111 Cost. si tratta di considerare il caso in cui l’assenza di contraddittorio porti alla consequenziale “provata condotta illecita”, volta all’elusione del contraddittorio, che è indipendente dall’autore, dunque non è riconducibile solo all’imputato.

Questo termine “provata” in un’esegesi coerente dovrebbe avere la stessa soluzione ermeneutica. È anche vero che, a seconda delle accezioni e del contesto, i termini possono avere variazioni interpretative. In questo caso a differenziare il significato è l’oggetto di riferimento, il cosiddetto *thema probandum*. Nel comma 4 è la colpevolezza dell’imputato, mentre nel comma 5 è la condotta illecita, riferita a quelle norme processuali relative alle modalità

---

<sup>110</sup> Corte Cost., 26 febbraio 2002, n. 32, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3331.

<sup>111</sup> Ivi, Cap. III, 3.3.3. La prova illegittima *pro reo*: problemi di utilizzabilità.

acquisitive della prova che possono rendere utilizzabili gli elementi raccolti in assenza di contraddittorio lecitamente o non lecitamente.

### 2.3. *Le deroghe*

Le regole del contraddittorio per la raccolta del materiale probatorio sono derogabili nel caso di accertata impossibilità di natura oggettiva. La dialettica “per la prova” può essere impossibile da attuare e in questo caso la prova unilateralmente acquisita ha significanza<sup>112</sup>. I casi rientranti in questa situazione sono caratterizzati da una forza maggiore, forza di eventi che escludono il coinvolgimento volontario e soggettivo. A titolo di esempio si può citare l'impossibilità sopravvenuta per morte di una persona informata sui fatti, durante il processo, prima del dibattimento: in questo caso si pone il problema dell'utilizzo del materiale raccolto se il soggetto era già stato sentito nella fase delle indagini preliminari. Altri atti nascono già come irripetibili, ad esempio i rilievi in sede di sopralluogo. L'elemento determinante perché si integri la deroga delle regole è dunque la volontà cosciente. La Corte Costituzionale si è esposta in tal senso con la pronuncia n. 440 del 2000, con un mutamento di opinione, tra l'altro, rispetto ad un precedente orientamento espresso nella sentenza 479 del 1994, ritenendo che la scelta del prossimo congiunto di rifiutarsi di deporre non è assimilabile a impossibilità oggettiva e siccome è legata ad atto volontario, non consente che vengano utilizzate in dibattimento le dichiarazioni precedentemente rese.

La previsione di questa deroga ha senso se la si considera nella sua *ratio*, vale a dire per evitare la dispersione della prova. Si è ritenuto che “l'irripetibilità giustifica l'utilizzazione di una prova formata senza contraddittorio perché impone di assegnare rilevanza all'evenienza stessa che il fatto probatorio si sia

---

<sup>112</sup> “Quanto alla *ratio*, è stato sostenuto che l'irripetibilità giustifica l'utilizzazione di una prova formata senza contraddittorio perché impone di assegnare rilevanza all'evenienza stessa che il fatto probatorio si sia verificato” A. NAPPI, *Nell'attuazione del giusto processo il nodo delle dichiarazioni irripetibili*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 28, p. 71.

verificato”<sup>113</sup>. È pur vero che l'impossibilità di ripetere la prova non conferisce un crisma di attendibilità all'elemento raccolto in modo unilaterale, così da poterla eventualmente ritenere priva di valore euristico<sup>114</sup>.

#### 2.4. Non ripetibilità degli atti

Già nella fase delle indagini, grazie al notevole sviluppo scientifico e tecnologico, è possibile per gli organi di polizia raccogliere una grande quantità di dati. Ci sono momenti in cui la difesa ha poche armi a disposizione, come in sede di sopralluogo dove, ai sensi dell'art. 356 c.p.p., il contraddittorio è limitato ed eventuale. Se le indagini sono contro ignoti, il contraddittorio è addirittura inimmaginabile. È importante, però, che la non ripetibilità dell'atto non sia mezzo di elusione del principio del contraddittorio. Interessante a riguardo è una sentenza delle Sezioni Unite del 2006<sup>115</sup>. L'elemento probatorio viene definito ripetibile solo nel caso in cui l'assunzione posteriore nel tempo sia idonea a garantire l'originalità e veridicità dell'atto in oggetto, per cui deve manifestarsi un'utilità nell'accertamento di fatti. È chiaramente una concezione sempre meno naturalistica e sempre più giuridica. In questo modo si riduce il campo degli atti ripetibili assumibili unilateralmente senza contraddittorio. La non ripetibilità oggettiva “attiene non alla causa dell'impossibilità di ripetizione, bensì alla natura dello strumento probatorio. In tale nozione rientrerebbero, dunque, soltanto quelle prove che, per definizione, vengono acquisite in assenza di contraddittorio, ad esempio le intercettazioni.”<sup>116</sup>

Anche in relazione agli atti non ripetibili, il contraddittorio è tenuto ad esplicitarsi il più possibile nel momento della fase acquisitiva. L'acquisizione unilaterale è ipotizzabile solo in casi a tal punto urgenti da rendere impraticabile la dialettica.

---

<sup>113</sup> A. NAPPI, *Nell'attuazione del giusto processo il nodo delle dichiarazioni irripetibili*, cit., p. 73.

<sup>114</sup> Le impossibilità di ripetizione possono essere distinte tra prevedibili e imprevedibili.

<sup>115</sup> Cass., Sez. un., 18 dicembre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007, p. 86.

<sup>116</sup> G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 440.

In ogni caso deve essere garantita per quanto possibile la facoltà di controllo *ex post*. Le modalità devono essere il più possibile conformi a quanto stabilito dalla legge, sia che si tratti di copie di impronte, piuttosto che di effettuazione di copia clone di un computer.

### 3. Qualche breve considerazione sul processo penale statunitense: *exclusionary rule* e sua destrutturazione

Sul piano comparatistico l'esperienza americana offre punti di riflessione sul tema. La teoria dell'inutilizzabilità derivata, infatti, è stata influenzata dalla celebre teoria del *poisonous tree*. In riferimento ad atti incostituzionali che portavano all'acquisizione di elementi probatori, tale teoria escludeva in modo categorico ogni eventuale efficacia processuale diretta o indiretta, quindi anche nei confronti di reati o soggetti inizialmente non oggetto di persecuzione giudiziaria investigativa. L'utilizzabilità era consentita dalla Corte Suprema solo nel caso della *independent source*, quindi di prove ottenute in modo autonomo rispetto al mezzo illecito o incostituzionale. Le prove non dovevano avere alcun nesso causale con tali atti illeciti. La storia americana vede alternarsi momenti connotati da ideologie differenti, quindi dal garantismo degli anni Sessanta si passa a orientamenti più ispirati a conservatorismo e maggiormente volti alla repressione del crimine. Questo è causato dalle tendenze che nel dato momento dominano la Corte e dagli orientamenti dei componenti. Gli effetti per così dire a cascata della teoria dei frutti dell'albero avvelenato sono oggi minati da una tendenza più rigorosa e contenitiva in tal senso. Nell'attuale momento storico, infatti, sempre più diffuse sono le eccezioni finalizzate a garantire l'utilizzabilità di certi elementi probatori. Questo atteggiamento restrittivo viene spesso giustificato dalla buona fede eventuale di chi ha perpetrato l'illecito pur violando diritti garantiti da Costituzione o viene sottolineata l'inevitabilità dell'acquisizione.



### *3.1. Introduzione alle esigenze comparative come proposta di metodo di confronto*

Il paese con cui si effettua la comparazione è caratterizzato da un sistema processuale in cui si dà una notevole rilevanza alla forma, dal momento che la legalità dell'azione ha ruolo prioritario rispetto all'etica del risultato. In ogni sistema, infatti, si ripropone l'annosa questione tra esigenze cognitive e garanzie dell'individuo, che è la base del processo penale. Ci si chiede se verità e giustizia possano convivere. In alcuni casi è pur vero che le regole di esclusione allontanano il giudice dalla verità ma di certo si ottiene una maggiore giustizia della decisione, rispettosa delle garanzie individuali. L'esigenza e lotta per la verità, per quanto suggestiva, non può essere invocata in modo assoluto in quanto i valori e i principi garantisti sono positivamente consacrati nelle Carte costituzionali come inviolabili. Un adeguato bilanciamento costituzionale porta a escludere valenza giuridica a qualsivoglia ricerca e acquisizione probatoria illegittima e posta in violazione dei diritti costituzionali della persona.

I presupposti per una giusta decisione possono essere riassunti così:

- disciplina legale del processo
- rispetto di forme e regole procedurale fissate dalla legge
- congruenza di ricostruzione del fatto attraverso le prove legittime<sup>117</sup>

Partendo da queste premesse si può analizzare in modo comparatistico il concetto di regola di esclusione confrontando il sistema italiano con quello statunitense. Il passaggio tra Costituzione e regole di esclusione è ora messo in evidenza ma le implicazioni possono concretizzarsi in modo diverso.

Innanzitutto il processo di *common law* ha la caratteristica distinzione tra giudice e giuria e una separazione tra le fasi processuali. Questo fa sì che si realizzi una vera inconoscibilità per la giuria del materiale illegittimamente acquisito in quanto espunto dal giudice, investito della funzione di garantire la

---

<sup>117</sup> Un procedimento simile è stato proposto da J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 84.

legalità dell'*iter* processuale. In tal modo la giuria non è condizionata neppure di fatto dagli elementi probatori vietati. Questa è senz'altro la prima grande differenza tra i due sistemi: “un conto è non poter prendere visione di alcune prove e dunque ignorare; un conto è conoscerle ma doverle ignorare ai fini della decisione”<sup>118</sup>.

### 3.2. *Confronto tra regola di esclusione ed exclusionary rule*

Nella disciplina italiana in ambito probatorio non si può disconoscere l'influenza della fonte di ispirazione statunitense, costituita dalla regola di esclusione del processo penale. Le due discipline, se oggettivamente confrontate, non coincidono: ci sono caratteristiche divergenti, come il profilo delle eccezioni apportabili o la loro applicabilità in fasi specifiche del procedimento. La matrice di riferimento è comunque analoga e non può essere negata, tanto più per il fatto che si trova applicata in entrambi i casi in un contesto con caratteristiche simili: un ordine isonomico di stampo accusatorio, improntato alla razionalità dialettica, che ha come elemento distintivo una concezione della prova appunto dialettico-argomentativa. Non vale come elemento di diversità ontologica delle due figure il dato che il processo statunitense sia caratterizzato da un processo con giuria. Infatti, l'analisi è ora concentrata non alla comparazione tra i sistemi ma tra gli analoghi specifici istituti delle regole di esclusione a proposito dei quali la garanzia è volta piuttosto a rendere più efficace la tutela dell'imputato.

La *ratio* si può definire comune nelle finalità sostanziali, per cui regole di esclusione ed *exclusionary rule* si considerano strumenti attuativi di un sistema di legalità in negativo: limitano gli elementi legittimamente utilizzabili dal giudice ai soli risultati con valore persuasivo, ponendo regole severe per la loro

---

<sup>118</sup> M. PAPA, *Brevi spunti sulle rules of evidence*, in *Il processo penale degli Stati Uniti d'America* a cura di E. Amodio, C. Bassiouni, Giuffrè, Milano, 1988, p. 364.

ammissione ed acquisizione. Lo scopo fondamentale e primario della *exclusionary rule* è “l’esclusione della prova che costituisce un efficace deterrente contro perquisizioni irragionevoli”<sup>119</sup>: si riconosce che l’esclusione acquista rilevanti valenze di indirizzo all’effettivo rispetto della legalità<sup>120</sup> e si auspica che la norma si erga a tutela di un dettato costituzionale ormai ridotto a pura “*form of words*”<sup>121</sup>.

### 3.3. *La teoria dei frutti dell’albero avvelenato*

La teoria dei frutti dell’albero avvelenato è l’icastica espressione coniata da un giudice della Corte Suprema americana, Justice Frankfurter, nel caso *Nardone vs. Unites States* del 1939. Tale teoria escludeva l’utilizzabilità non solo dei risultati probatori acquisiti con condotte lesive di diritti costituzionalmente protetti, ma anche di quelli derivati da essi e definiti significativamente “frutti avvelenati”<sup>122</sup>. L’origine della teoria risale al 1920, anno in cui la Corte Suprema definì l’inutilizzabilità derivata come strumento per rafforzare le regole di esclusione con la sentenza *Silverthorne Lumber co. v. United States*. La *ratio* dell’esclusione di ogni elemento prodotto da atti viziati è la difesa dei diritti fondamentali costituzionalmente sanciti. Ma sono state introdotte diverse eccezioni perché il percorso giurisprudenziale ha poi limitato la portata di tale teoria. Nel momento stesso in cui la teoria dei frutti dell’albero avvelenato andava a nascere, la Corte Suprema enunciò dei limiti cui la teoria sarebbe stata soggetta. Nella sentenza del 1920 i giudici affermarono che l’inutilizzabilità non avrebbe riguardato le prove acquisite in modo indipendente. Successivamente, nella sentenza del 1939, la Corte precisò che, anche al di fuori dell’esistenza di

---

<sup>119</sup> *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

<sup>120</sup> Cfr. R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 11.

<sup>121</sup> *Elkins v. United States*, 364 U. S. 206 (1960).

<sup>122</sup> A questo riguardo M. SCAPARONE, *Common law e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 26 ss.

una *independent source*, un'attenuazione del nesso logico-causale della prova poteva evitare il contagio del vizio. Negli anni Ottanta alla teoria dei frutti dell'albero avvelenato sono stati apposti limiti ulteriori. Con la sentenza *Nix v. Williams* del 1984 ha trovato esplicitazione la teoria della scoperta inevitabile allorché attraverso procedure legittime sarebbe stato inevitabile l'emergere di quei dati elementi probatori. Dunque, se l'accusa è in grado di dimostrare un metodo alternativo e legittimo di acquisizione della prova in oggetto, la teoria dei frutti dell'albero avvelenato non opera. Altre due sentenze del 1984, *United States v. Leon* e *Massachusetts v. Sheppard*, hanno introdotto la *good faith exception*, l'eccezione di buona fede. Questa teoria nacque da casi specifici nei quali la polizia aveva effettuato perquisizioni con mandati che successivamente si rivelarono invalidi. In questo caso la polizia aveva operato in buona fede, facendo affidamento su quell'atto poi dichiarato invalido. In tale situazione i giudici hanno ritenuto che l'esclusione della prova dal giudizio fosse una sanzione eccessiva. Un ulteriore passo giurisprudenziale che tende a scalzare la teoria dei frutti dell'albero avvelenato tra le più recenti pronunce è rappresentato da una sentenza del 2006, *Hudson v. Michigan*, nella quale si afferma che una perquisizione illegittima in quanto contraria al IV Emendamento dà vita ad un sequestro utilizzabile<sup>123</sup>.

### 3.4. *Il contesto di inserimento dell'exclusionary rule*

I principi che informano la raccolta dei mezzi di prova sono alla base del *corpus* di garanzie di cui è dotato il cittadino nei confronti dello stato e delle forze investigative. Le regole di legittimità vanno lette in relazione alle conseguenze riguardanti l'efficacia probatoria in giudizio e il IV emendamento della Costituzione americana è diventato l'emblema di questo tipo di garanzie, grazie anche all'opera giurisprudenziale della Corte Suprema. Le prove derivanti da atti illegittimi delle forze investigative sono "inammissibili al processo". Questo

---

<sup>123</sup> A questo riguardo C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 353 ss.

principio è noto come “*exclusionary rule*” e venne elaborato già nel 1914 attraverso la sentenza *Weeks vs. United States*<sup>124</sup>.

Tale *exclusionary rule*<sup>125</sup>, anche se non è direttamente riscontrabile nella Costituzione, si ritiene ormai pacificamente emanazione diretta costituzionale.

Il timore a cui è sottesa tale tipo di tutela è la possibilità che si affermino tecniche investigative illegittime, tali da sovvertire le garanzie presenti in Costituzione. È opinione comune che l’esclusione della prova sia il migliore deterrente per perquisizioni irragionevoli. Le funzioni cui viene ricondotta l’*exclusionary rule* sono dunque: funzione profilattica, funzione di controllo dell’effettiva legalità, salvaguardia dell’integrità giudiziale.

Il concetto di *exclusionary rule*, il suo ruolo e la sua disciplina sono stati a lungo terreno fertile di dibattito. Infatti, accanto ai nobili fini, è pur vero che si sono affiancate visioni più restrittive sul ruolo di questo principio. Critiche sostenute hanno ritenuto che l’esclusione processuale fosse eccessivamente restrittiva per l’attività delle forze dell’ordine che venivano così ostacolate nel loro lavoro e che questo rafforzamento del IV emendamento attraverso la *rule* non rivestisse quel ruolo di effettiva deterrenza contro le condotte irrituali degli organi di polizia come ci si aspettava.<sup>126</sup> La stessa Corte Suprema, sotto la presidenza di Burger, ha ridimensionato l’interpretazione della *rule*, considerata non più come concretizzazione del IV Emendamento, ma come un espediente creato dalla giurisprudenza e niente di più.

La questione dell’*exclusionary rule*, si ricollega a quella dei mezzi probatori derivati. Ci sono tanti casi dubbi che si trovano in situazioni di confine, il ritrovamento di una prova a seguito di una confessione irrituale, la confessione avvenuta in seguito ad un arresto illegittimo. La prova illecita è il primo prodotto dell’attività irregolare delle forze di polizia. Il problema dell’applicabilità dell’*exclusionary rule* a tante fattispecie è stato dunque molto

---

<sup>124</sup> *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>125</sup> E. AMODIO, M. C. BASSIOUNI, (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 104 ss.

<sup>126</sup> A questo riguardo W. LA FAVE J. ISRAEL, *Criminal Procedure*, V ed., *Hornbook Series*, II ed., St. Paul, Minnesota, 1992, p. 108.

discusso, perché non è facile evidenziare il rapporto causa-effetto tra il mezzo probatorio irregolare usato dalle forze di polizia e l'atto illecito. Per garantire l'effettività costituzionale del IV Emendamento, la Corte Suprema aveva ritenuto che qualsiasi irrivalenza che portasse l'atto in oggetto ad essere illegittimamente acquisito fosse inutilizzabile e questo con un connotato di assolutezza ma occorreva a tale punto stabilire fino a che punto sussistesse l'estensione agli atti derivati, ai cosiddetti frutti dell'albero avvelenato costituiti dall'atto illegittimo che permette ulteriori acquisizioni probatorie. Sono state teorizzate attenuazioni a questa rigida concezione: il semplice fatto che la prova non sarebbe venuta alla luce senza l'intervento irregolare delle forze di polizia non era più elemento bastevole a far ritenere l'applicabilità dell'*exclusionary rule*.

Capitò infatti il caso *Wong Sun vs. United States*, 371 U.S. 471 del 1963 in cui un soggetto, illegittimamente arrestato fu rilasciato, ma in seguito si rese egli stesso disponibile alla confessione in seguito a tale esperienza. Pur potendo sostenere che ciò non si sarebbe verificato senza il comportamento iniziale illegittimo delle forze di polizia, si ritenne comunque la confessione utilizzabile. Si rinviene in casi di questo tipo la "*attenuated connection*".

Infatti, pur essendoci istanze legalitarie da tutelare, esse si devono bilanciare con le legittime esigenze delle forze dell'ordine. E questo dovrebbe essere il criterio di indirizzo per le corti.

Così non si applica la teoria dei frutti dell'albero avvelenato quando la prova illegittimamente acquisita sia derivante da una fonte indipendente. Non vengono intaccati gli elementi reperiti *aliunde* anche qualora essi siano reperiti attraverso un indirizzo derivante da un precedente atto irregolare senza il quale non si avrebbe avuto accesso a tale "*independent source*". Eccezione al principio sancito dalla teoria del "*fruit of the poisonous tree*" è l'esclusione di quegli elementi probatori che avrebbero comunque potuto essere raccolti attraverso procedure lecite. Tale interpretazione del principio deve combinarsi con la

buona fede degli organi di polizia, di modo che non si espliciti in un incentivo a pratiche irrituali nei mezzi di indagine<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., p. 15.

## Capitolo III

### Il concetto di inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita: il piano oggettivo

#### 1. I caratteri dell'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita

##### *1.1. Il quadro situazionale*

L'inutilizzabilità è una sanzione che il nostro ordinamento prevede per la violazione di regole di esclusione di determinati elementi probatori. Il divieto può essere sia esplicito sia consequenziale a modalità inadeguate rispetto a quelle previste per l'assunzione, avvenute perciò in violazione dei divieti previsti dalla legge.

L'art. 191 c.p.p. esplicita la regola secondo cui le prove *contra legem* sono inutilizzabili; occorre però interrogarsi sull'effettività della vocazione funzionale dell'inutilizzabilità della prova.

Si possono individuare più fasi:

- Nell'originario disegno del codice il problema della prova illegittimamente acquisita si presentava come legato al discorso sui limiti dell'uso degli elementi conoscitivi emersi nel corso delle investigazioni. In connessione è opportuno tenere presente l'art. 526 c.p.p., che vieta al giudice di giudicare attraverso prove diverse da quelle acquisite in dibattimento.
- Il concetto di inutilizzabilità fisiologica delle prove si è visto depauperato del proprio ruolo in seguito al venir meno di quelle norme volte ad assicurare la separazione tra indagini preliminari e giudizio.



- Riforma dell'art. 111 Cost: il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. Si vedono porsi le premesse per un possibile riequilibrio tra il momento investigativo e quello dibattimentale.

L'attuale ideologia di fondo dell'inutilizzabilità delinea un rinnovato concetto di conoscenza giudiziaria che pone in luce che il valore euristico probatorio non è illimitato: esso aspira ad una verità il cui risultato conta quanto le modalità acquisitive con cui lo si raggiunge<sup>128</sup>. Il rapporto tra individuo e autorità cambia e l'obiettivo della legalità probatoria che si pretende ha il fine di limitare e non di ampliare il potere di chi lo esercita<sup>129</sup>.

### *1.2. L'unicità del concetto di inutilizzabilità*

L'art. 191 c.p.p. esprime una nuova ideologia probatoria ed è indubbio che il fatto che vi sia un titolo apposito volto a delineare le “disposizioni generali” sia sintomo di una visione sistematica ormai affermata. È interessante precisare che la legge delega non ha prestato molta attenzione ai principi di base in tema di prova, né alle caratteristiche dei vari mezzi<sup>130</sup>. Questa unitarietà si contrappone all'accentuata e contraria frammentarietà del codice del 1930. Si vuole assecondare una concezione dialettica per cui l'acquisizione di un dato conoscitivo è valido in un ambito specifico, “rilevando le modalità di formazione, i soggetti che potranno intervenire, la qualità giurisdizionale della procedura”<sup>131</sup>.

Il trattamento dei vizi delle prove è determinato dalla volontà del legislatore, che predispone sanzioni per la violazione di divieti o inosservanza di limiti di utilizzabilità. La violazione di un divieto fa conseguire l'inutilizzabilità

---

<sup>128</sup> Sul tema G. DE LUCA, *La cultura della prova ed il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Studi in onore di Giuliano Vassalli, cit., p. 190.

<sup>129</sup> A tale proposito F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Cedam, Padova, 2003, p. 2.

<sup>130</sup> Cfr. V GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, Cedam, Padova, 2006, p. 289.

<sup>131</sup> M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 11.

sanzione, mentre l'inosservanza di un limite fa seguire l'inutilizzabilità effetto. L'unicità di tale sanzione si combina con una caratteristica poliedricità, che rivela l'istituto adattabile ad un ampio ventaglio di situazioni e per questo l'art. 191 c.p.p. si rende "insofferente ad ogni forma di inquadramento di natura dogmatica"<sup>132</sup>.

Se a monte troviamo più specie, ecco che a valle il concetto di inutilizzabilità è unico. Rientrano in esso:

- l'atto imperfetto a volte idoneo a far scaturire effetti, come indagini preliminari deficitarie dei requisiti normativi, pur utilizzabili in certi contesti, a titolo di esempio l'art. 360 comma 5 c.p.p.
- atti invece in sé perfetti ma in concreto ininfluenti, come avviene in caso di inutilizzabilità fisiologica di atti delle indagini ripetibili.
- atti perfetti ma utilizzabili in via relativa. Ne è un esempio l'art. 430 comma 1 c.p.p., che dispone che gli atti di indagine venuti ad esistenza dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio siano utilizzabili ma solo per ciò che riguarda le richieste del pubblico ministero al giudice dibattimentale.
- atti perfetti ma sottoposti a limiti di utilizzabilità, così gli atti di cui all'art. 729 c.p.p.
- atti la cui imperfezione è tale in nome di una posteriore valutazione del giudice che porta uno sbarramento all'utilizzabilità, ad esempio quanto richiamato dall'art. 42 c.p.p.

Il terreno applicativo dell'art. 191 c.p.p. è indubbiamente l'ambito dibattimentale e il conseguente momento decisorio, in relazione al quale identifica i criteri volti alla disgregazione dell'elemento probatorio, irrecuperabile una volta ritenuta illegittima e irrispettosa delle garanzie. Questo è riscontrabile al momento della nascita dell'inutilizzabilità che poi, nel passaggio al progetto definitivo del codice, si rende applicabile anche oltre l'ambito meramente decisorio, venendo così a permeare l'intero procedimento, ogniqualvolta si venga a verificare la violazione di un divieto.

---

<sup>132</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 1.

### *1.3. Il concetto di inutilizzabilità nel nostro ordinamento*

Il processo accusatorio che caratterizza l'intero ordinamento fa assurgere il principio del contraddittorio a criterio base per giudicare se una prova è ammissibile o no. Esaminando il tessuto normativo è interessante mettere in luce su quali basi testuali si impedisce il passaggio al dibattimento degli elementi raccolti dall'accusa senza contraddittorio. Per qualificare i divieti relativi all'inutilizzabilità fisiologica, si può dividerli in relazione alla loro "attinenza a singoli atti di indagine... o a specifici atti di acquisizione dibattimentale"<sup>133</sup>.

Gli articoli del primo gruppo sono attinenti a singoli atti di indagine: la rilevanza probatoria del materiale raccolto attraverso l'attività investigativa viene in alcuni casi delineata in confini specifici<sup>134</sup>, mentre in altri si trovano disposizioni volte ad esplicitare semplicemente la funzionalità di tali atti.

- Art. 351 e 362 c.p.p. in base ai quali "le sommarie informazioni testimoniali sono assunte dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini dell'indagine"

- Art. 361 c.p.p.: al primo comma esplicita come il pubblico ministero possa individuare persone o cose solo se "è necessario per l'immediata prosecuzione delle indagini".

- Art. 514 ss. c.p.p.: le disposizioni riguardanti l'acquisizione dibattimentale rilevano una tendenza a considerare irrilevante dal punto di vista probatorio gli elementi che sono stati prodotti in assenza di contraddittorio. L'art. 514 c.p.p. vieta la lettura degli atti che non sono stati espressamente dichiarati leggibili<sup>135</sup>, tanto che "la proibizione della lettura si risolve nel divieto d'ammissione di una prova, la quale, pur essendo stata materialmente formata, non esiste per il processo."<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pp. 119-120.

<sup>134</sup> Cfr. art. 350 commi 5, 6 e 7 c.p.p. o art. 430 comma 1 c.p.p.

<sup>135</sup> Cfr. E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, cit., p. 180 ss.

<sup>136</sup> F. CORDERO, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 311.

- Art. 606 comma 1 lett. c: viene aggiunta l'inutilizzabilità alle altre più consuete figure di sanzioni processuali (nullità, inammissibilità, decadenza). La rilevanza di ciò, oltre ad identificare uno specifico vizio dell'atto in considerazione, sta nel fatto di costituire un divieto per l'autorità giudicante di tenere conto degli elementi probatori illegittimi. L'inosservanza di tale divieto, dunque, concretizza un vizio di motivazione della sentenza, sindacabile anche in Cassazione. È pur vero che il vizio sta non nell'atto ma nell'utilizzazione di quest'ultimo<sup>137</sup>.

L'art. 191 c.p.p. deve essere letto, dunque, in connessione con l'ordinamento tutto, che prevede poi disposizioni specifiche per ogni singolo mezzo di prova, limitandosi ad esplicitare un divieto probatorio o prevedendo espressamente l'inutilizzabilità come sanzione conseguente alla violazione del divieto in oggetto.

Passiamo ora ad analizzare nello specifico queste due disposizioni generali riguardanti l'inutilizzabilità della prova previste nel codice di procedura penale e precisamente l'art. 191 c.p.p., inserito tra le disposizioni generali riguardanti le prove, già citato e centro del lavoro qui in oggetto e l'art. 526 c.p.p., che stabilisce il divieto di utilizzazione di prove diverse da quelle acquisite in fase dibattimentale per la decisione<sup>138</sup>.

Tra le due norme cambia il concetto di inutilizzabilità, dal momento che nell'art. 526 c.p.p. non si fa riferimento ad un vizio di modalità acquisitiva come nell'art. 191 c.p.p., bensì alla circostanza in cui si volesse utilizzare nella fase dibattimentale un elemento probatorio acquisito in una sede diversa, in contrasto con i generali principi del modello accusatorio del processo penale.

A queste regole generali si affiancano molte altre norme specifiche e relative a singoli casi di inutilizzabilità, a vizi degli atti probatori, in violazione di determinate modalità di acquisizione piuttosto che in caso di divieti sottesi alla disciplina di istituti differenti, ma portatori di interessi che il legislatore ha ritenuto meritevoli di tutela.

---

<sup>137</sup> Ivi, Cap. III, 3.4.3. *La Cassazione*.

<sup>138</sup> L'art. 526 c.p.p. recita "il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento".

La struttura procedimentale riguardante il settore della prova è stata riconsiderata dalla legge 63 del 2001, ma già nella disciplina del 1988 le prove utilizzabili per antonomasia erano quelle formatesi nel dibattimento, costituitesi nel contraddittorio delle parti. Si prevedeva, inoltre, l'entrata in giudizio anche di elementi raccolti nelle fasi antecedenti, ma solo se entravano in dibattimento in seguito a un progetto acquisitivo legittimo. La legittima acquisizione è chiaramente un requisito generico. Necessita di essere integrata con norme specifiche.

- art. 431 comma 1 c.p.p., che prescrive l'elenco tassativo degli atti di indagine che vengono a costituire parte del fascicolo dibattimentale.

- art. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p., che prevedono, attraverso il consenso delle parte, l'integrazione del fascicolo del dibattimento con atti che altrimenti sarebbero stati esclusi.

- artt. 500, 511-513 c.p.p., che regolano le letture, le contestazioni e regolamentano l'acquisizione degli atti precedentemente raccolti per confluire nella fase dibattimentale.

Il momento valutativo riguardante il materiale probatorio è circondato da cautele. L'art. 191 c.p.p. e l'art. 526 c.p.p. si coordinano per garantire l'inutilizzabilità della prova illegittima. Il secondo comma dell'art. 191 c.p.p. vuole poi evitare lo stabilizzarsi di elementi illegittimi. Pur essendo disposizioni evidenti, apparentemente superflue, esse rivestono un importante ruolo per evitare degenerazioni del principio del libero convincimento del giudice. Può succedere che gli atti viziati conseguiti in sede di indagini preliminari o udienza preliminare possano rientrare nella previsione dell'art. 491 comma 2 c.p.p., "questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento". In situazioni di questo tipo l'organo giudicante potrebbe ritenere rilevabile l'irregolarità solo entro dati termini *in limine litis* o prima della fine del dibattimento a seconda del momento di nascita dell'atto, se *ab origine* o se prova costituita nella fase dibattimentale. Sembrerebbe quasi che l'art. 491 c.p.p. possa coordinarsi come attribuzione di valore alla scelta delle parti di non sollevare la questione e stabilizzarla. Una lettura di questo tipo porterebbe senza

dubbio fuori strada. Non avrebbe senso, infatti, far rientrare nelle questioni concernenti il fascicolo per il dibattimento citate dall'art. 491 c.p.p. le acquisizioni illegittime avvenute in sede di indagini preliminari. Infatti, la semplice presenza nel fascicolo per il dibattimento senza la lettura non è di per sé acquisizione. Quindi poiché nessun termine preclusivo è fissato per eccepire l'illegittimità della lettura, gli eventuali vizi sono sempre rilevabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Occorre poi che le norme siano interpretate in modo consono e coerente con il sistema. Ad esempio l'art. 526 al comma 1 *bis* c.p.p. pare stabilire in modo inderogabile la regola di esclusione. L'art. 526 c.p.p., infatti, viene considerato "norma di sintesi dell'inutilizzabilità fisiologica e patologica"<sup>139</sup>. È un'interpretazione della disposizione che tende forse a contrastare con la volontà del legislatore: ci si deve, infatti, interrogare riguardo alla *ratio* sottesa alla sanzione dell'inutilizzabilità. Questa è individuabile nella garanzia di confrontarsi con l'accusatore, quindi a tutela del contraddittorio in senso soggettivo. Pertanto non avrebbe senso non ammettere l'atto che viola il contraddittorio tra le prove nel momento in cui il soggetto stesso per cui è apprestata la tutela, vi pone rinuncia. Quindi non è detto che il materiale probatorio raccolto unilateralmente eludendo il contraddittorio sia inutilizzabile. La parte, per una scelta difensiva, potrebbe accettare di vedere ammesse le dichiarazioni *contra se*. Non si può infatti escludere a priori che la parte non abbia interesse all'acquisizione e, se l'inutilizzabilità non fosse in alcun modo disponibile dalla parte, quest'ultima, dopo essersi vista privata della possibilità di confrontarsi e chiedere precisazioni con l'accusatore, si vedrebbe anche preclusa la possibilità di acquisire le dichiarazioni di cui eventualmente abbia interesse.

Con il che si può concludere che l'art. 526 comma 1 *bis* c.p.p. vada letto come prescrizione di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese non in contraddittorio, salvo che l'imputato rinunci alla sua tutela in tal senso e dia il proprio consenso

---

<sup>139</sup> N. GALANTINI, voce "Inutilizzabilità" (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 695 ss.

all'ammissione della prova. Questa interpretazione è idonea a inserire in modo coerente tale articolo nel contesto sistematico e costituzionale di cui è parte integrante.

#### *1.4. Differenze rispetto alla nullità*

- L'inutilizzabilità è una sanzione che riguarda esclusivamente gli elementi probatori e non si riferisce ad altri tipi di vizi di altri atti.
- L'inutilizzabilità si riserva i profili inerenti all'ammissione della prova e la nullità la violazione delle forme degli atti<sup>140</sup>. Trattandosi di due norme a carattere generale non consentono il ricorso al principio di specialità e per questo non sussiste alcun ostacolo al concorrere delle due discipline<sup>141</sup>.
- L'inutilizzabilità genera un'esclusione del materiale cognitivo in oggetto che è definitiva e insanabile. Caratteristica peculiare dell'art. 191 c.p.p. è, infatti, l'insanabilità che segna così il *discrimen* rispetto alla figura della nullità, ipotesi spesso oggetto di possibile sanatoria. Da qui si potrebbe sostenere l'indipendenza dell'inutilizzabilità rispetto alla nullità. È pur vero che a tale posizione si potrebbe ribattere sostenendo che ciò non può mai valere per quanto riguarda le nullità di tipo assoluto, che non sono mai sanabili. In verità al di là di questo elemento che sembrerebbe assimilare le due figure, occorre considerare le ulteriori differenze che individuano tendenze ben differenti. Innanzitutto l'elemento di prova soggetto al regime della nullità può essere rinnovato dove ciò sia possibile e necessario, al contrario dell'elemento inutilizzabile, siccome la violazione del divieto probatorio rende inaccettabile, oltre che non possibile giuridicamente, la rinnovazione dell'atto in quanto ciò significherebbe trasgredire di nuovo alle disposizioni legislative in oggetto.

---

<sup>140</sup> Cfr. *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, G.U. Serie Generale n. 250 del 24-10-1988, Suppl. Ordinario n. 93., p. 61.

<sup>141</sup> F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto IV ed.*, cit., p. 246.

Differenze tra le due figure sono rilevabili sia sul piano strutturale che su quello effettuale. Lo schema legislativo precedente era caratterizzato da un sistema che riuniva in un unico vizio la prova inammissibile e quella male acquisita. Il legislatore, elaborando nuove figure che distinguono l'inutilizzabilità nell'*an* e nel *quomodo* della prova<sup>142</sup> (ravvisiamo dunque uno stacco tra un vizio di difformità rispetto al modello legale di ammissione o di assunzione), pone un superamento e codifica così una nuova disciplina dell'elemento probatorio.

Il progetto preliminare aveva un'originaria simmetria tra l'art. 191 c.p.p., prova invalidamente ammessa, e l'art. 177 c.p.p., prova invalidamente assunta, sottoposta al regime delle nullità. Sono poi state operate correzioni che, però, non hanno cambiato la tendenza di adottare in via ordinaria la sanzione più lieve per quanto concerne i vizi relativi al *modus procedendi*, anche se hanno riconosciuto l'esistenza di divieti probatori che trovano sistemazione nella fase di assunzione del procedimento probatorio. Se violati, ne consegue l'inutilizzabilità, che può essere generale o speciale a seconda che venga individuata attraverso norme di *genus* o disposizioni specifiche.

La mancanza, in alcuni casi, di indicazioni normative certe, può far sorgere dubbi. A quali divieti si commini effettivamente la sanzione dell'inutilizzabilità piuttosto che della nullità non è chiaro, "poiché alcune scelte del legislatore non appaiono sempre ispirate a chiari criteri dogmatici e potendosi, peraltro verificare ipotesi di comminatoria di inutilizzabilità per violazioni formali che avrebbero, secondo i principi generali, maggiormente giustificato il ricorso alla diversa categoria delle nullità".<sup>143</sup>

Viene, dunque, semplicemente esclusa la prova dal processo, restando la decisione affidata alla valutazione del materiale residuo.

Nel testo definitivo del codice ci si avvia verso la "previsione espressa sia delle cause di invalidità degli atti che delle conseguenti sanzioni processuali<sup>144</sup>", ove i vizi relativi all'assunzione sono generalmente riconducibili alla nullità, che può

---

<sup>142</sup> Ivi, Cap. III, 2.3. *An e quomodo*.

<sup>143</sup> E. GIRONI, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro italiano*, 2000, II, c. 222.

<sup>144</sup> Art. 2 n. 7 legge delega.



essere ricavabile dai principi generali così come può essere indicata in modo espresso, a parte certi divieti probatori riguardanti le modalità esecutive dell'atto, ma sanzionati espressamente o indirettamente con l'inutilizzabilità. L'art. 191 c.p.p., infatti, muta a livello di formulazione: ci sono cambiamenti tra il testo preliminare e quello definitivo. Il termine ammissione viene modificato in acquisizione: ciò significa che “la disciplina contenuta nel titolo I del libro III è, almeno tendenzialmente, rivolta a regolare anche l'attività della fase investigativa e non solo quella della fase della decisione<sup>145</sup>” e inoltre l'inutilizzabilità è riferibile anche nei casi di inosservanza di divieti probatori posti in fase di assunzione<sup>146</sup>.

È chiaro che l'introduzione dell'inutilizzabilità come vizio-sanzione in riferimento agli atti probatori illegittimi deve essere raccordata con la sanzione della nullità che non è mai stata totalmente espunta dal contesto riguardante la prova che ha ad oggetto atti viziati, come si legge all'art. 185 comma 4 c.p.p. in cui vengono indicate espressamente le “nullità concernenti le prove”.

Anche se in modo molto ristretto e sebbene le nullità siano ipotesi ormai contenute, è d'uopo notare che la sanzione prevista ai sensi dell'art. 177 ss. c.p.p. sia ancora riferibile e operante nel settore probatorio. Facendo riferimento alla Relazione al progetto preliminare, si può delineare sommariamente questa distinzione: l'inutilizzabilità appare “fenomeno tipico conseguente all'ammissione di prove vietate”, mentre la nullità è “riservata alla violazione delle forme degli atti processuali”. Già la dottrina<sup>147</sup> aveva delineato una distinzione teorica differenziando il fatto che l'invalidità si riferisse all'*an* e quindi ad un potere posto in essere dall'azione dell'organo di polizia procedente, non riconosciuto dalla legge o al *quomodo* e quindi acquisita trasgredendo alle disposizioni di legge riguardanti la modalità costitutive. Certo è che, analizzando il codice, si trova alcune volte richiamata la sanzione della nullità non solo riguardo a modalità assuntive, bensì anche in seguito ad atti probatori tutelati da divieti probatori. È incontestabile che ci siano difficoltà interpretative.

---

<sup>145</sup> *Rel. Codice*, cit., p. 412.

<sup>146</sup> *Ivi*, 2.3. 1988: progetto preliminare e testo definitivo. Verso l'art. 191 c.p.p.

<sup>147</sup> Cfr. G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate*, cit., p. 444.

Non basta, infatti, che si ricerchi la sussistenza di un esplicito divieto probatorio per assicurare la riconducibilità all'art. 191 c.p.p. e delimitarne in questo modo l'applicabilità. Esistono, infatti, divieti probatori inespressi o formulati sotto un'apparente prescrizione permissiva. Inoltre mancano criteri chiari per identificare gli elementi essenziali dei limiti probatori stessi. In conclusione ci sono norme riguardanti la forma dell'atto probatorio e dettate come divieto e ciononostante sanzionate con la dizione legislativa della nullità e altre disposizioni sulle modalità assuntive che sanzionano la violazione di queste ultime a mezzo dell'inutilizzabilità.<sup>148</sup>

La nullità continua a poter incidere, anche se debolmente, sul piano probatorio. La regolamentazione appare agli artt. 177 ss. c.p.p. Le nullità probatorie si manifestano in tipi differenti: possono essere generali, come all'art. 178 lett. b) e c) c.p.p. o speciali. Possono poi essere assolute, come all'art. 179 c.p.p., relative, come all'art. 181 c.p.p. e intermedie, come all'art. 180 c.p.p. La figura dell'inutilizzabilità è disciplinata in modo analogo dal punto di vista delle struttura legislativa, ma questo non aiuta a segnare con chiarezza il confine tra le due sanzioni. Confrontando nullità e inutilizzabilità si ravvisano non poche problematiche. Innanzitutto l'art. 185 comma 1 c.p.p. recita: "la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo". A livello probatorio non è così semplice derivarne il quadro conseguente. Si dovrebbe verificare una sorta di invalidità a cascata degli elementi probatori. Se gli atti susseguenti sono tutti della stessa natura, in questo caso probatoria, allora il discorso è coerente e plausibile. Se, però, dall'atto probatorio discende un provvedimento di altra natura, fondatosi anche sull'atto invalido, questo crea più difficoltà. In ogni caso, se si accerta la totale dipendenza del secondo atto dal primo, allora il provvedimento in oggetto deve risultare anch'esso nullo. Tuttavia il vizio in oggetto potrebbe essere sottoposto ad inutilizzabilità, figura non così ben raccordata con la nullità. Viene in questo caso a sentirsi il bisogno di un'equiparazione tra gli effetti massimi della prima sanzione e le conseguenze

---

<sup>148</sup> N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 665.

della seconda; non potendo estendersi al provvedimento la qualifica di inutilizzabile, si dovrà ritenere tale provvedimento affetto da nullità, in questo caso di tipo assoluto, poiché se ne esclude sanatoria. L'inutilizzabilità pare dotata del potere di capovolgere la perfezione-efficacia dell'atto<sup>149</sup>. Non esistono sanatorie né sono ipotizzabili effetti precari. L'inutilizzabilità è categorica e non sono riferibili le normali figure in tema sanzionatorio. I parametri per applicare le sanzioni agli atti probatori sono, dunque, in certi casi di confine, assai problematici, tanto da far risultar concorrenti fra loro l'inutilizzabilità e la nullità, ma essendo la prima più resistente si tende a considerarla assorbente la nullità. Anche la giurisprudenza<sup>150</sup> ha affermato in tema di intercettazioni telefoniche che l'inutilizzabilità ha una funzione prevalente rispetto alla nullità.

### *1.5. Il rapporto tra l'atto viziato e l'atto probatorio successivo*

Problema rilevante è l'influenza che può avere l'elemento probatorio inutilizzabile sulle prove acquisite successivamente. Ci si chiede, dunque, se nel nostro ordinamento possa trovare terreno fertile la teoria dei frutti dell'albero avvelenato, teoria nata per opera della giurisprudenza statunitense<sup>151</sup>. La dottrina si divide in fronti opposti. Considerando prove nate da una trasgressione di regole di esclusione, le due posizioni in oggetto legavano l'efficacia degli elementi probatori in oggetto all'individuazione di una connessione indubbiamente vincolante o, dall'altra parte, di una connessione invece occasionale tra le prove<sup>152</sup>. Il contesto in cui si inserisce la suddetta *querelle* deve considerare la particolare estensione assunta dal concetto di inutilizzabilità e la diversificazione dei divieti probatori in base alla loro *ratio* e in base alla fase

---

<sup>149</sup> A questo riguardo G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 19 e p. 24.

<sup>150</sup> Cass., Sez. I, 25 marzo 1991, D'Errico, in *Cass. pen.*, 1992, p. 141.

<sup>151</sup> Ivi, Cap. II, 3.3. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato.

<sup>152</sup> Ivi, Cap. V, 1.5. Una metafora esemplificativa: i frutti dell'albero avvelenato e le problematiche in oggetto.

processuale. Se nel precedente ordinamento le molte locuzioni impiegate, anche in modo variabile in contesti diversi, portavano ad interpretazioni restrittive, la nuova disciplina pare avere portato in questo ambito maggiore chiarezza, innanzitutto non restringendo l'operatività al solo campo decisorio. Per quanto riguarda il problema della connessione tra la prova ritenuta inutilizzabile e le prove reperite conseguentemente a quest'ultima, non troviamo alcun conforto né delucidazione nel dato testuale dell'art 191 c.p.p., poiché è formulato in modo tanto generico da giustificare interpretazioni antitetiche tra loro.

Ci sono rinvii che indicano casi specifici di inutilizzabilità o utilizzabilità rispetto a un preciso scopo. Questo potrebbe significare che il legislatore, dopo aver fissato un divieto espresso di utilizzabilità, espliciti poi le singole eccezioni, vedi, ad esempio, l'art 360 comma 5 c.p.p. Ma sarebbe riduttivo risolvere il problema in questi termini.

Una delle tesi proposte<sup>153</sup> nega una dipendenza giuridica tra la prova illegittima e la susseguente affermando semplicemente un legame dato dall'atteggiamento psicologico dell'inquirente. Questo perché non vi è norma che imponga all'accusatore di rendere note le fonti dell'intuizione che ha dato il via alle indagini. Contrariamente a ciò, è pur vero che, in un contesto in cui elementi magari non elevati a rango di prova possono influenzare i provvedimenti e la decisione del giudice, non si può non considerare la motivazione del provvedimento con cui l'autorità giudiziaria dispone atti specifici.

Secondo la teoria corderiana non soggiace a valutazione normativa l'idea-guida dei passi investiganti e questo non viene inficiato dal fatto che i fattori innescanti dell'idea investigativa siano noti avendoli enunciati l'indagante. “Ad esempio, il pubblico ministero dispone una perquisizione nel luogo e sulle persone indicategli da discorsi abusivamente intercettati al telefono e svela quest'ascendente nei motivi del decreto, atto suicida dal punto di vista

---

<sup>153</sup> “Tra i vari frammenti del contesto istruttorio intercorre un semplice nesso psicologico” F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi*, cit., p. 171.

disciplinare e penalistico (art. 617 c.p.p.), i reperti però sono acquisibili, qualora nessuna norma lo vieti”.<sup>154</sup>

Critiche severe a tale teoria giungono dal fronte opposto, da parte di chi, più garantista, ritiene che la perquisizione illegittima vizierebbe il sequestro determinando l’inutilizzabilità della cosa sequestrata; nessun dubbio, infatti, che questa sia stata ‘ottenuta’ grazie ad una violazione della legge. E analogamente non sarebbe utilizzabile in chiave probatoria la testimonianza ‘ottenuta’ in spregio alla legge che sanziona penalmente la rivelazione di un segreto<sup>155</sup>.

### *1.5.1. Individuazione del problema*

L’inutilizzabilità si applica a fronte della violazione di un divieto probatorio ai sensi dell’art. 191 c.p.p. Quando si verifica la raccolta di una prova successiva ad un’altra ed a questa dipendente, si rinviene la violazione in quella che ha provocato l’inutilizzabilità della prova antecedente.

La prova inutilizzabile è un guscio vuoto, che non contiene più nulla. Il problema che si pone è l’astratta irrilevanza della prova, ma concreta fruibilità dei suoi contenuti.

Potrebbe dunque accadere che la prova sia considerata.

Il divieto di acquisire una prova ha funzione preventiva, volta ad evitare che essa possa arrivare nella disponibilità di chi potrebbe tenerne conto: questo sia se vietata di per se stessa e quindi viziata nell’*an*, sia se costituita attraverso modalità non consentite e quindi viziata nel *quomodo*<sup>156</sup>.

In verità si potrebbe sostenere che la mera acquisizione senza successivo uso non provoca pregiudizio alla legalità processuale per cui la prova inutilizzabile raccolta ma rimasta latente nei fascicoli può essere considerata *tamquam non esset*.

---

<sup>154</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 171.

<sup>155</sup> Le motivazioni e giustificazioni addotte a sostegno delle teorie abbozzate sono delineate nel capitolo dedicato all’analisi dei conflitti di dottrina. Ivi, Cap. V.

<sup>156</sup> Ivi, Cap. III, 2.3. *An e quomodo*.

Per questo sarebbe illogico punire con la sanzione dell'inutilizzabilità la mera acquisizione di una prova vietata ma considerare legittime le prove derivanti da un suo utilizzo effettivo. In tal modo, infatti, verrebbe vanificata la *ratio* sottesa ai divieti probatori, la cui violazione rimarrebbe in concreto impunita e non vi sarebbe alcuna reale tutela.

La risposta che propone il codice è l'art. 191 c.p.p., che esemplifica un vizio che rende totalmente inservibile la prova in seguito ad un divieto di acquisizione violato. Se l'inutilizzabilità non incidesse sull'efficacia probatoria delle prove susseguenti, tale proibizione sarebbe del tutto vana.

Resta da stabilire, a questo punto, attraverso quale giustificazione teorica sostenere la connessione e trasmissione del vizio<sup>157</sup>.

#### *1.5.2. La propagazione dell'inutilizzabilità*

La propagazione dell'inutilizzabilità da un atto a quello successivo è derivante da un rapporto di dipendenza. La risposta a tale questione è variabile perché dipende dal collegamento che c'è tra l'atto viziato e l'atto probatorio in oggetto, tanto che voci della dottrina hanno proposto la convenienza di soluzioni misurate ai singoli casi per selezionare i divieti in base agli interessi che tutelano e in base al momento processuale in cui ci si trova. La prova acquisita secondo le prescrizioni di legge ma dipendente da atto viziato verrebbe ad avere la sorte determinata dal tipo di divieto violato in prima istanza, poi avendo i divieti varietà di *ratio*, le soluzioni possono variare<sup>158</sup>.

Altre importanti voci dottrinali<sup>159</sup> si sono schierate per la tesi in base a cui il nesso tra i due atti in questione, quello viziato e quello ad esso dipendente, sarebbe occasionale, psicologico e non potrebbe dunque verificarsi alcun tipo di propagazione. Anche la Cassazione pare avvalorare questa tesi sostenendo che

---

<sup>157</sup> Sono state proposte più soluzioni e in seguito analizziamo quelle ritenute più interessanti.

<sup>158</sup> A questo riguardo N. GALANTINI, voce "Inutilizzabilità" (*dir. proc. pen*), in *Enc. dir.*, cit., p. 704.

<sup>159</sup> F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 141.

“il principio fissato nell’art. 185 comma 1 c.p.p. secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo non trova applicazione in tema di inutilizzabilità, riguardando quest’ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non altre la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite”<sup>160</sup>. Questa visione astratta trascura, però, le differenze tra i rapporti che possono verificarsi tra gli atti. Ci sono casi in cui il primo atto si configura come presupposto per l’esistenza dell’atto successivo per cui il nesso causale è molto forte. Per questo motivo si può ritenere che la valutazione debba riguardare la connessione che sussiste tra i due atti. In presenza di un forte legame è senz’altro più difficile considerare il vizio iniziale irrilevante per l’ordinamento<sup>161</sup>. Ciò si traduce in una valutazione che necessita di essere effettuata caso per caso e il problema è pertanto non definibile in una generalizzazione. La funzione delle regole probatorie è quella di garantire il più possibile la veridicità della costruzione della conoscenza processuale<sup>162</sup>. L’inutilizzabilità derivata sbarra le acquisizioni delle prove illegittime di modo che se ne consenta il riutilizzo e possibili recuperi di elementi illegittimi. Come nel caso paradigmatico del peculiare rapporto tra perquisizione e sequestro<sup>163</sup>, l’elemento probatorio derivante da altro dato illegittimo sarà inutilizzabile.

### *1.5.3. Atti probatori a compimento libero o a compimento vincolato*

La rilevanza della questione sull’inutilizzabilità derivata si estrinseca nella sua applicazione pratica. A questo proposito è interessante analizzare alcuni casi paradigmatici che consentono di evidenziare le peculiarità e i limiti dell’istituto.

---

<sup>160</sup> Cass., Sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, *Cass. pen.*, 1999, p. 1569.

<sup>161</sup> F. R. DINACCI, *L’inutilizzabilità*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. III, Utet, 2008, p. 228.

<sup>162</sup> G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 79.

<sup>163</sup> Ivi, Cap. V, 1.1.1 Introduzione al problema del rapporto tra perquisizione e sequestro: momenti di unione e di diversità.

I primi due esempi rappresentano attività d'indagine, l'una liberamente esperibile dal pubblico ministero, l'altra vincolata alla previa emissione di un provvedimento motivato, mentre il terzo, la connessione tra perquisizione e sequestro<sup>164</sup>, è la fattispecie in cui tradizionalmente il dibattito sull'inutilizzabilità.

La prima ipotesi è quella in cui, durante un interrogatorio viziato, l'indagato fornisce il nome di alcune persone informate sui fatti, che vengono puntualmente sentite dalla polizia giudiziaria. In questo caso la risposta potrebbe essere quella di aderire all'ottica dell'invalidità derivata e considerare che le dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti siano inutilizzabili per derivazione. In verità questa soluzione è molto discussa in dottrina tanto che anche alcuni sostenitori dell'invalidità derivata hanno negato la connessione<sup>165</sup>. Occorre mettere in evidenza le categorie degli atti probatori a compimento libero o a compimento vincolato. Applicando questa suddivisione si può rilevare che l'assunzione di informazioni viene classificata fra gli atti probatori a compimento libero, per cui ne consegue che per l'esperimento non è richiesto dalla legge alcun presupposto o motivazione.

In questo caso l'interrogatorio sarebbe solo stato l'occasione per cui si è potuta verificare questa attività investigativa, senza esserne la "condizione"<sup>166</sup>.

Secondo alcuni<sup>167</sup> il vizio non si trasmetterebbe per il fatto che "la prova inutilizzabile è stata determinante solo in via di fatto".

Altra ipotesi interessante è quella in cui un'intercettazione ambientale viziata, nel corso della quale emerge il numero di un'altra utenza telefonica, fa conseguire risultati inutilizzabili dalle seguenti captazioni.

In questo caso l'atto probatorio in oggetto è un'intercettazione che rientra nella categoria degli atti probatori a compimento vincolato: in questo caso è prevista

---

<sup>164</sup> La problematica relativa alla connessione tra perquisizione e sequestro viene solo accennata ai fini esemplificativi dell'istituto oggettivamente esaminato. Per approfondimenti sulle questioni di dottrina Ivi, Cap. V, 1.1.2. Il dibattito della dottrina sul rapporto tra perquisizione e sequestro.

<sup>165</sup> Così, C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., p. 257.

<sup>166</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 159.

<sup>167</sup> G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 534.



dalla legge una motivazione che deve fondarsi su prove. Fra la prima intercettazione e la seguente si instaura così un rapporto di “dipendenza” che, a differenza del caso precedente, è di tipo giuridico<sup>168</sup>, quindi ne deriva la propagazione del vizio.

Il discorso si fa più complesso in relazione alla trasmissione del vizio dell’inutilizzabilità, oltre che fra le prove, anche al conseguente provvedimento decisorio<sup>169</sup> che è fondato su prove viziate: in tal modo si riterrebbe viziata tanto l’intercettazione quanto il decreto autorizzativo.

L’ultima ipotesi è quella per cui, durante una perquisizione illegittima, vengono rinvenute prove reali, immediatamente sequestrate. A questo riguardo si deve affrontare la delicata questione del rapporto fra perquisizione e sequestro<sup>170</sup>, considerata un vero classico dell’inutilizzabilità derivata<sup>171</sup>. Il punto dolente resta la ricerca di un rapporto di “dipendenza”, così come vuole l’art. 185 c.p.p., anche in riferimento alla questione se i due mezzi di ricerca della prova siano giuridicamente connessi per mezzo dell’art. 252 c.p.p.<sup>172</sup> o meno, anche se, a questo riguardo, la giurisprudenza non è univoca<sup>173</sup> e ancor meno la dottrina<sup>174</sup>.

#### *1.5.4. Filoni interpretativi sulla trasmissione del vizio*

Il discorso in oggetto sull’inutilizzabilità derivata e la trasmissione del vizio da un atto al successivo legato da connessione è riassumibile in due filoni contrapposti: il primo sostiene che fra le prove sussista un rapporto di

---

<sup>168</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 311.

<sup>169</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 160

<sup>170</sup> Ivi, Cap. V, 1.1.1. Introduzione al problema del rapporto tra perquisizione e sequestro: momenti di unione e di diversità.

<sup>171</sup> Cfr. M. D’ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 174.

<sup>172</sup> Art. 252 c.p.p. “Le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l’osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260”.

<sup>173</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1125; nello stesso senso, sebbene con conclusioni opposte, che conducono all’inutilizzabilità delle cose sequestrate, Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1994, p. 116.

<sup>174</sup> Il lavoro in oggetto dopo un’analisi delle varie posizioni, si propone di esemplificare la soluzione ritenuta più coerente con l’analisi effettuata. Ivi, Cap. V, 2.3. Il sequestro derivante da perquisizione illegittima: una possibile risposta.

dipendenza equivalente a quello ex art. 185 comma 1 c.p.p. e che l'inutilizzabilità di una prova possa propagarsi a quelle successive; l'altro, al contrario, ritiene che si tratti solo di legami fattuali o psicologici e che le prove successivamente rinvenute siano comunque utilizzabili. La giurisprudenza<sup>175</sup> spesso ha sostenuto che l'art. 185 c.p.p. non è analogicamente applicabile in materia di inutilizzabilità, nell'intenzione di preservare il più possibile l'integrità del procedimento probatorio.

In verità questa non è assolutamente una soluzione definitiva, anzi si è ben lungi dal risolvere la problematica. La dottrina, oltre che dividersi sulle due posizioni estreme presentate, si frastaglia e ci sono altre vie che vengono proposte. Una soluzione suggestiva è quella secondo cui è inutile la creazione di un istituto analogo alla nullità derivata, da cui dover ereditare le regole e i restrittivi presupposti: l'inutilizzabilità, infatti, sarebbe essa stessa caratterizzata da una tensione a "proiettarsi in avanti"<sup>176</sup>.

Lo scenario esemplificato dalla dottrina è vasto ma relativamente a queste considerazioni è interessante citare altre due correnti interpretative, che poggiano su tale convinzione.

Alcuni sostengono che l'inutilizzabilità non ha senso se non considerata in connessione con gli atti successivi, tanto che è "implicito per definizione che il difetto si propaghi"<sup>177</sup>, come peculiarità propria dell'istituto.

Il fenomeno di propagazione, riferibile all'art. 191 c.p.p., sembra conseguente alla violazione di un "doppio divieto": prima il divieto di acquisire la prova, poi quello di usarla, se acquisita nonostante il primo divieto.

La teoria presenta punti di interesse, perché il contagio può estendersi anche fra gli atti istruttori non motivati. Nonostante ciò, l'idea del "doppio divieto" è stata oggetto di osservazioni critiche, che ne hanno impedito l'accoglimento.

In primo luogo, il nostro codice pare aver costruito l'inutilizzabilità quale vizio che agisce sull'elemento probatorio, prima che come divieto di farne uso: l'art. 191 comma 2 c.p.p., ritenendo che l'inutilizzabilità sia "rilevabile anche

---

<sup>175</sup> Cass., Sez. III, 10 febbraio 2004, n. 183, Mache e altri, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3945.

<sup>176</sup> Così, testualmente, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., p. 651.

<sup>177</sup> F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 253.

d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento”, sembra riferirsi ad una caratteristica intrinseca della prova, come se vi fosse una qualità negativa della stessa, che si rivela nel momento della violazione di un divieto di acquisizione. Questa invalidità, quindi, sorge ed è rilevabile indipendentemente dall'effettivo uso della prova<sup>178</sup>.

La teoria del doppio divieto afferma che l'impossibilità di utilizzare una prova non è causata dal divieto di usarla, ma dall'effetto del vizio da cui è colpita, teso a privarla del valore conoscitivo. In questo modo si verifica la forzatura di un passaggio logico che, invece, può essere chiaramente esemplificato con un rapporto di causa-effetto: l'effetto è che la prova non può essere usata, perché il vizio che l'affligge ne neutralizza l'efficacia dimostrativa<sup>179</sup>.

La seconda teoria rifiuta il concetto di invalidità derivata, pur sostenendo il contagio tra elementi probatori<sup>180</sup>. La differenza si ritrova nell'eziologia della propagazione. Non si tratta, come nel caso analizzato in precedenza, dell'inosservanza di un divieto d'uso, bensì del criterio che si fonda sul “perpetuarsi della violazione”.

In generale si sottolinea che è la prova inammissibile e non quella solo male assunta a far nascere l'inutilizzabilità, “la cui capacità di riprodursi sarebbe direttamente proporzionale all'ultrattività dell'offesa agli interessi tutelati”<sup>181</sup>.

In sostanza si può dire che la propagazione del vizio, secondo questa teoria, non si attaglia più al riferimento dell'art. 185 c.p.p., bensì si afferma che l'uso della prova inutilizzabile perpetua l'efficacia di un'attività probatoria illegittima.

La logica che regge il discorso è la seguente: se una prova è acquisita attraverso l'inosservanza di un divieto probatorio e successivamente viene utilizzata per raccogliere altri elementi probatori, allora l'illegittimità che già si era verificata viene ulteriormente a costituire vizio, forse anche in modo aggravato<sup>182</sup>. Particolarità di questa teoria è che, secondo il ragionamento presentato,

---

<sup>178</sup> A questo riguardo M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., p. 17.

<sup>179</sup> Cfr. F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 92.

<sup>180</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 83.

<sup>181</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 91.

<sup>182</sup> A questo riguardo N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit., p. 3953.

l'inutilizzabilità si può propagare anche a prove effettivamente conformi alle modalità previste dalla legge. Interpretando in modo fedele l'art. 191 c.p.p., invece, l'inutilizzabilità si applica solo nei casi in cui si ravvisa l'inosservanza di regole processuali relative alla fase di ammissione-acquisizione della prova, tali da configurare violazione di divieti probatori.

La logica complessiva di questa teoria regge ma non è stata sufficiente ad imporsi, così come la teoria precedente. Entrambe le teorie, infatti, disattendono il dato codicistico, senza alcun tentativo di conciliazione interpretativa. Per questo la tesi più discussa rimane quella dell'invalidità derivata che cerca di legarsi all'art. 185 c.p.p.

In conclusione non è facile dipanare la questione. Le soluzioni proposte rispondono ad esigenze ermeneutiche e ciò comporta che l'inutilizzabilità viene delineata o ricalcando le norme relative alla nullità e, quindi, con tutte le difficoltà concrete che ne conseguono o elaborando teorie che, per quanto coerenti al loro interno, si allontanano sensibilmente dal dato normativo posto nel codice.

### *1.6. Fase investigativa e fase decisoria. Riflessioni conclusive sul tema*

È indubbio che le modalità costitutive di una prova incidano sulla sua utilizzabilità. Nonostante ciò, è noto che l'orientamento maggioritario della dottrina spesso ha visto prevalere la sua opinione sostenendo che l'ambito di operatività dell'art. 191 c.p.p. riguarda solo il "metabolismo decisorio" e che l'irrilevanza probatoria si limiti a qualificare "le prove di cui il giudice non può tenere conto"<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, cit., p. 630.

Secondo alcuni<sup>184</sup> la potenziale connessione fra una prova inutilizzabile e quelle seguenti avrebbe un ruolo solo per gli inquirenti. L'assenza legislativa di disposizioni espresse che prescrivano l'inutilizzabilità di certe prove esprimerebbe una *voluntas legis* di astenersi relativamente alle modalità di raccolta di quel materiale probatorio.

Il lavoro qui proposto, invece, riconosce l'assenza di disposizioni in tal senso ma non le ritiene necessarie, potendosi rinvenire lo strumento di tutela in altra sede. Nello specifico ci si riferisce all'art. 191 c.p.p. che prescrive chiaramente cosa consegue alla violazione di un divieto di acquisizione.

Il punto di partenza su cui focalizzarsi è senza dubbio l'articolo citato che delinea le prove che non possono essere utilizzate e l'inutilizzabilità. La Relazione al progetto preliminare esplicitava: “i risultati della prova non sono in alcun modo utilizzabili in ogni stato e grado del procedimento, quale che sia il comportamento della parte interessata”<sup>185</sup>.

Al di là delle questioni di semantica<sup>186</sup>, l'aggettivo “inutilizzabile” è privo di qualsiasi cripticità e il suo significato è *in re ipsa*: l'inutilizzabilità “sta ad indicare che un determinato oggetto è escluso da qualsiasi possibilità d'impiego funzionale”<sup>187</sup>, la prova affetta da questo vizio non è utile al procedimento, non serve a nulla.

Per concludere, si può sostenere che l'effetto dell'inutilizzabilità non possa “essere riduttivamente limitato al piano decisorio: la previsione generale del vizio (art. 191 c.p.p.), le indicazioni fornite in sede di lavori preparatori e le disposizioni normative inducono, infatti, a ritenere validamente sostenibile il ruolo dell'inutilizzabilità in fase preliminare in relazione anche a provvedimenti di natura non decisoria”<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 141.

<sup>185</sup> G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 559.

<sup>186</sup> La scelta di designare questo vizio della prova con la parola inutilizzabilità, come già ricordato, è stata duramente criticata, definendola un “misfatto linguistico”, una “storpiatura lessicale”, eppure tale vocabolo possiede l'immediatezza del linguaggio comune ed esprime in modo diretto l'effetto dell'inutilizzabilità. Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 67.

<sup>187</sup> A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 481.

<sup>188</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 85.

Il significato della norma è quello immediatamente percepibile, cioè di completa inservibilità del dato conoscitivo viziato.

Per questo un esplicito divieto d'uso investigativo sarebbe superfluo: l'azzeramento della funzione gnoseologica, cui è sottoposta la prova invalida, è tale che essa neanche è considerata idonea per reperire informazioni utili per proseguire la ricerca di elementi ulteriori.

Ritenere che l'inutilizzabilità non incida sull'uso investigativo comporta irragionevoli derivazioni: infatti non si salva solo l'impiego orientativo delle intercettazioni effettuate senza motivazione al di fuori della procura, ma anche quello delle prove ottenute tramite la violazione di disposizioni poste a tutela di diritti costituzionalmente garantiti dell'imputato.

Riassumendo il percorso intrapreso si può rilevare che l'applicazione analogica dell'art. 185 c.p.p. è stata la risposta più semplice, anche se la nullità è una sanzione processuale tipica e derivazione di ciò è il divieto di analogia.

Lascia perplessi anche la proposta di ricavare dalla disposizione appena citata un principio generale di invalidità derivata siccome l'istituto non pare idoneo ad accogliere regole astratte di ampia portata.

Per supportare tali ultime riflessioni rileva tenere presente che neppure la Corte costituzionale si è esposta caldeggiando le operazioni ermeneutiche proposte: tali scelte comporterebbero "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"<sup>189</sup>.

Questo parere è molto significativo perché si ribadisce l'opportunità di rispettare le scelte del legislatore, quindi è molto più che un *non possumus*. Le scelte interpretative devono mantenere costante l'obiettivo di rispettare le regole poste e rappresentare le scelte dei codificatori.

---

<sup>189</sup> Corte. cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2821.

### 1.7. Dottrina, prove e decisione

Il riflesso sulla sentenza che tenga conto della prova invalida è il medesimo: vizio di motivazione rilevabile nelle forme indicate dalla legge. L'inutilizzabilità è insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, mentre la nullità a date condizioni può essere sanata. Il solo caso in cui si può correttamente affermare la nullità della sentenza è quello, scolastico, in cui manchi materialmente la motivazione. In questo caso trova applicazione l'art. 125 c.p.p. secondo cui "le sentenze e le ordinanze sono motivate, a pena di nullità".

A questo riguardo è interessante analizzare ciò che ha introdotto la l. 8 agosto 1995, n. 332. Tale legge ha sanzionato con la nullità una serie di vizi attinenti alla motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare<sup>190</sup>. Di conseguenza si dovrebbe concludere per l'invalidità dell'ordinanza di custodia cautelare anche quando l'elemento ignorato dal giudice fosse assolutamente insignificante, prodotto dalla difesa a scopo puramente dilatorio; e, investito del riesame, il tribunale della libertà dovrebbe annullare il provvedimento. In effetti il garantismo in questo caso può parere eccessivo, essendo uno di quei casi in cui sarebbe ragionevole una valutazione di merito: l'ordinanza emessa in primo grado sarebbe opportuno venisse confermata o riformata, a seconda della rilevanza che assume la prova non valutata.

I fraintendimenti d'altra parte, in questo ambito, sono frequenti, soprattutto per ciò che riguarda l'applicazione del regime dell'invalidità *ex art.* 185 c.p.p. al rapporto tra prove e decisione; con il risultato di ritenere nulla in via derivata la sentenza che tenga conto di una prova nulla, con l'*empasse*, se la prova fosse inutilizzabile, di individuare il vizio di cui sarebbe affetta in via derivata la sentenza (chiaramente è impossibile dichiarare l'inutilizzabilità di una sentenza). Presupponendo una condanna senza le prove della colpevolezza, la sentenza è

---

<sup>190</sup> In particolare, il nuovo testo dell'art. 292 c.p.p. prescrive che «l'ordinanza ... deve contenere, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio ... l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa» e «la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'art. 358, nonché all'art. 327 *bis*».

‘ingiusta’, affetta da *error in iudicando*; per questo è contestabile la qualifica di ‘nulla’, se si decide sulla base di una prova invalida. Si può, allora, sostenere che la ‘dipendenza’ a cui allude l’art. 185 c.p.p. è, dunque, solo quella di tipo ‘meccanico’ che si profila quando un atto, nella previsione legislativa, costituisce il presupposto, la *condicio sine qua non* per il compimento di un altro<sup>191</sup>.

## 2. Il presupposto della sanzione dell’inutilizzabilità: i divieti probatori e la loro violazione

I criteri su cui ci si basa per stabilire ciò che rientra nella disciplina dell’art. 191 c.p.p. e quindi è soggetto alla sanzione dell’inutilizzabilità sono tendenzialmente restrittivi e si fondano sulla precisa individuazione dei divieti probatori. Ci sono, infatti, fattispecie normative a cui non viene espressamente comminata tale sanzione e, dunque, perché essa possa sussistere, va ricondotta al suddetto art. 191 c.p.p. La questione ora in oggetto è riferita solo alle inutilizzabilità generali, visto che le inutilizzabilità speciali sono tali in quanto previste in apposite norme per l’inosservanza specifica di certi divieti. Talora, inoltre, questi divieti rimangono inespressi. Le inutilizzabilità speciali possono risultare in modo esplicito dalla disposizione di legge in articoli come l’art. 103 commi 2, 5 e 6 c.p.p. Altri, invece, non sono esplicitati, ma sottintesi: ne offre un esempio l’art. 228 comma 3 c.p.p. che vieta l’utilizzo delle notizie richieste dal perito all’imputato per motivi diversi dall’accertamento peritale. Il meccanismo è volto a frapporre un limite al potere valutativo del giudice, volto, cioè, al fine di conciliare le esigenze di legalità e libertà in campo di acquisizione della prova. La sopravvivenza dell’atto nel processo è data dalla corrispondenza con il modello legale di acquisizione. Il fine dei divieti probatori, infatti, è di determinare la corretta nascita e la formazione dell’atto.

---

<sup>191</sup> A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 199.



Le regole di esclusione derivanti da divieti probatori si applicano alla varie fasi del procedimento. È pur vero che si ripercuotono sul momento decisivo, perché si traducono nell'impossibilità di condizionare la motivazione della sentenza finale. Anche il vizio di assunzione agisce in egual modo del vizio al momento dell'ammissione, quindi è riconducibile all'art. 191 c.p.p. Il legislatore quando commina l'inutilizzabilità in disposizioni specifiche, sottintende l'inammissibilità. L'art. 191 c.p.p. fa dedurre un divieto di utilizzazione, quindi è sanzione e non norma ulteriore di esclusione. Tale articolo tende tra l'altro ad una espansione delle sue determinazioni, sia dal punto di vista concernente le fasi processuali in cui si applica, sia per ciò che riguarda i soggetti a cui si riferisce.

L'inottemperanza della legge produce come effetto l'applicazione della sanzione. Il rinvio riguarda la legge processuale in genere, comprensiva delle disposizioni presenti nel codice a cui si aggiungono le prescrizioni introdotte con leggi speciali.

Dopo aver chiarito le fonti di riferimento occorre delineare cosa si ritiene divieto.

### *2.1. Divieti probatori*

Mettere in luce l'inutilizzabilità come sanzione specifica per la violazione dei divieti stabiliti dalla legge presuppone il delineare la figura di "divieto probatorio".

"Il giudice è uno storico, ma spesso uno storico con le mani legate"<sup>192</sup>: infatti il procedimento di costituzione del materiale probatorio chiarisce il *discrimen* del giuridicamente rilevante. Le disposizioni che concernono questo tema si dividono tra quelle volte a sancire l'esclusione di un determinato elemento dal processo, pur astrattamente utile dal punto di vista conoscitivo, e quelle, invece,

---

<sup>192</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1940, p. 452.

volte a determinare le modalità di costituzione delle prove. Il giudice si pronuncia sull'ammissibilità della prova, momento separato dall'acquisizione attraverso cui si esegue tale decisione: il nesso di connessione giuridica tra i due momenti è, dunque, molto stretto.

Nonostante ciò, è opportuno sottolineare che non tutte le disposizioni in tema di prove contengono divieti probatori. A riguardo si nota che l'art. 191 c.p.p. al primo comma richiama in modo esplicito il collegamento tra l'inutilizzabilità e la trasgressione a un divieto probatorio. Questo va inteso come un riferimento che ha la funzione di precisare che la norma violata è criterio per individuare le regole probatorie che, se trasgredite, portano alla sanzione dell'inutilizzabilità. Quindi ci si deve chiedere a quale finalità risponda la disposizione violata prima di farla rientrare nell'art. 191 c.p.p. Questo modo di intendere ha come conseguenza la concretizzazione dell'inutilizzabilità che si commina a questo punto solo alle prove vietate dalla legge e quindi ontologicamente inammissibili. Ma si potrebbe sostenere che la formula "divieto probatorio" riguardi i criteri cui deve riferirsi il giudice per valutare quali prove ammettere o no in giudizio, concludendo così in una sostanziale equivalenza tra divieto probatorio e divieto di ammissione della prova<sup>193</sup>.

Il divieto probatorio per le prove costituite si colloca prima dell'acquisizione stessa. È il caso ad esempio dell'art. 63 c.p.p., in base al quale la polizia giudiziaria ha l'onere di adempiere agli avvertimenti della persona non sottoposta ad indagini nei confronti della quale emergano indizi di reità. L'art. 191 c.p.p. riveste, dunque, un ruolo fondamentale nella disciplina della prova nel nostro ordinamento. Introduce un concetto di inutilizzabilità già presente nel codice del 1930, ma in ottica non sanzionatoria, assunta solo successivamente come conseguenza di certi vizi dell'atto. Si possono poi delineare i divieti analizzando l'oggetto di prova. Questi sono riportabili al tema della prova stessa, ma anche al mezzo di prova o al mezzo di ricerca della prova.

---

<sup>193</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 921-922: "Valutazioni d'inammissibilità della prova e divieti probatori sono perciò sinonimi".

La dichiarazione di inutilizzabilità di una prova non sempre ha conseguenze decisive sull'esito del processo. Ciò dipende dall'influenza più o meno determinante che tale prova possa aver avuto sulla pronuncia del giudice. Da qui l'esigenza di definire la sentenza viziata in modo assoluto, situazione derivante dal vizio preesistente. Il conseguente difetto di motivazione sarebbe consequenziale all'inidoneità dell'elemento probatorio preso in considerazione. Si possono ravvisare due categorie di divieti, a seconda che diano luogo a inutilizzabilità fisiologica o patologica. Un primo gruppo è individuabile attraverso la *ratio* di tutela della formazione dell'elemento probatorio in sede giurisdizionale, spesso divieti collocati in norme relative all'acquisizione dibattimentale (es. artt. 511, 512, 513, 514 c.p.p.), che ineriscono a specifici atti di indagine (es. artt. 361, 362 c.p.p.) o divieti dai quali si realizza il grado di utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari. Il secondo gruppo, invece, si riconosce analizzando l'interesse tutelato, processuale ed extraprocessuale, riguardante singoli atti o con peculiari elementi caratteristici. In verità i criteri classificatori applicabili sono molteplici, quindi per chiarezza occorre puntualizzare che in base al metodo scelto, che può riguardare il *thema probandum* o il soggetto di prova o il mezzo di prova o il difetto di potere del pubblico ministero, lo stesso divieto può inserirsi sia in un gruppo che in un altro. Questo si verifica in quei casi in cui il divieto si trova ad avere più elementi caratteristici tipizzanti. Per quanto riguarda l'area che ricomprende l'inutilizzabilità patologica i criteri sono abbastanza rigorosi. Questo perché il fine è comminare la sanzione solo alle fattispecie di sostanziale illegittimità dell'atto probatorio. Per quanto riguarda l'inutilizzabilità fisiologica, si riscontra un'altra *ratio* nell'apposizione dei criteri identificativi: ridurre i divieti viene a creare una più ampia fascia di dati che possono entrare in dibattimento. In verità il codice non propone un numero molto vasto di disposizioni volte a regolare questo ambito: l'incidenza pratica dei criteri di identificazione dei divieti acquista più o meno spazio per via di chi interpreta. La giurisprudenza non ha, però, a riguardo una posizione definita: tende a volte ad ampliare e a volte a restringere tali ambiti.

Altra questione interessante è l'operatività dei divieti probatori in differenti processi. Per questo problema pare facile trovare una risposta chiara, perché non si tratta di un'ultrattività del divieto oltre al proprio ambito, ma semplicemente il ripetersi di un'esigenza di tutela.

I limiti probatori sono manifestazioni della volontà di tutelare i singoli cittadini dalla gestione indiscriminata del potere esercitato dagli organi di polizia giudiziaria. Si configurano, inoltre, come espressione del principio del libero convincimento del giudice. Il tipo di sanzione apprestata dal legislatore al materiale probatorio derivante da mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova che non rispettano le disposizioni di legge, fa sì che non entrino nel fascicolo processuale. In tale modo il giudice non può in concreto avvalersi dei risultati ottenuti, che quindi non possono entrare nella motivazione.

L'art. 191 c.p.p. proponendo la nuova sanzione dell'inutilizzabilità, riunisce caratteristiche genetiche e funzionali diverse. Innanzitutto il nuovo rito viene connotato da una concezione più relativistica rispetto all'ambito probatorio, per cui la validità epistemica degli elementi probatori è tale solo se inserita in un certo contesto con adeguate premesse. Rimane accantonata, invece, la visione più marcatamente positivista-meccanica per cui la prova è valida in ogni contesto una volta acquisita e formata.

### *2.1.1. Inutilizzabilità e divieti probatori: la loro tassatività*

Occorre individuare correttamente le regole di esclusione presenti nel nostro ordinamento: infatti, la presenza di un divieto violato è il presupposto che fa scattare la sanzione dell'inutilizzabilità. Correlando questi concetti al principio di tassatività, ne discendono alcune derivazioni. In verità tale principio è esplicitamente riferito solo alle nullità, ma si è discusso in dottrina se lo si dovesse ritenere anche attributo dell'inutilizzabilità. Il problema è da risolvere non solo per mero intento classificatorio ma per stabilire la possibile o impossibile estensione dei divieti oltre le figure considerate in modo espresso

dal legislatore. La difficoltà di definire i divieti stabiliti dalla legge ha destato preoccupazioni in dottrina da parte di chi, evidenziando una pretesa mancanza di tipicità, paventa effetti distruttivi che potrebbero generarsi dalla disciplina di rilevazione del vizio se associata a riconoscimenti indiscriminati del divieto d'uso<sup>194</sup>.

Il problema si prospetta diversamente se posto in relazione alla nullità o all'inutilizzabilità, per cui applicando il regime della prima alla seconda, ecco che le prescrizioni acquisiscono un diverso significato. Il principio di tassatività per ciò che riguarda la nullità, il divieto di analogia, si esplica semplicemente escludendo la possibilità di ricondurre casi simili al *genus*. Questo meccanismo, applicato all'inutilizzabilità, porta a conclusioni differenti. Per connettersi alla sanzione bisogna innanzitutto riconoscere la sussistenza di un divieto probatorio. Per questo motivo l'analogia non può applicarsi a fattispecie analoghe, piuttosto per l'inosservanza del divieto probatorio della situazione analoga. Per cui il problema relativo alla nullità è diverso da quello dell'inutilizzabilità: quest'ultima è inapplicabile a casi che non la richiamano in modo esplicito, pur avendo magari uguale *ratio* di fondo.

Insomma il problema della tassatività della sanzione dell'inutilizzabilità si sposta sulla tassatività delle sue cause. L'inutilizzabilità è sanzione sempre espressa. Non viene mai prospettata da un provvedimento del giudice. L'art. 101 c.p.p. rinvia chiaramente ai divieti stabiliti dalla legge ed è per questo che le prescrizioni del giudice non sono fatte rientrare sotto questa disciplina.

Affermare, però, che i divieti sono tassativi porta a interpretazioni restrittive, tanto da creare incongruenze in casi che sarebbe, invece, opportuno far rientrare, per esigenze di equità e praticità. Il problema riguarda il tipo di interesse tutelato. Solo se la funzione finale della norma è analoga, ha senso compiere un'operazione ermeneutica estensiva. Se non ci fosse, invece, tale identità di intenti, si rischierebbe di snaturare la norma e andare contro la volontà del legislatore. Volendo ricorrere a qualche esempio pratico per chiarire meglio il

---

<sup>194</sup> A questo proposito C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 57.

concetto qui enucleato, si può considerare il divieto di domande suggestive previste per l'esame diretto. Se questo fosse esteso anche al controesame, il risultato sarebbe insensato, perché la legge vuole chiaramente riferirsi ad una sola delle figure, per quanto simili. È la *ratio* a distinguere la disciplina applicabile. Invece, nel caso di divieto di perizia psicologica, avrebbe buon esito ricondurre la consulenza tecnica endoperitale ed extraperitale, perché la base finalistica è la stessa.

Altro problema è, invece, se possano esistere taluni divieti inespressi, desumibili in via interpretativa o sistematica. Ad esempio l'incompatibilità del ruolo del difensore con quello di testimone. Pur non essendo citata come previsione esplicita nell'art 197 c.p.p. può essere ricavata dal ruolo di questi nel procedimento.

### 2.1.2. Divieti assoluti e relativi

L'art. 526 c.p.p. vieta l'utilizzo ai fini decisionali di elementi probatori differenti da quelli legalmente acquisiti, costruendo così un principio di legalità della prova di applicazione generale, riguardante sia le prove formate nel dibattimento, sia quelle formate prima e poi acquisite in sede dibattimentale.<sup>195</sup> Esistono fatti<sup>196</sup> riguardo ai quali è inammissibile ogni elemento probatorio. L'accertamento di altri fatti<sup>197</sup>, invece, è reso possibile dalla scelta di utilizzo di mezzi non vietati, anche se sussistono divieti probatori. Indubbiamente la prevalenza è dei divieti relativi, non essendoci motivo per impedire la raccolta del materiale probatorio *aliunde*, senza violare disposizioni di legge. Molte volte anche una primaria sembianza di absolutezza è tale solo ad una visione superficiale: analizzata a fondo la norma, si scopre che è relativa. Si riscontrano divieti, nel codice previgente designati come assoluti, che nell'attuale codice

---

<sup>195</sup> G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. Conso, V. Grevi, *Profili del nuovo c.p.p.*, IV ed., Cedam, Padova, 1996, p. 577 ss.

<sup>196</sup> Cfr. nello specifico F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 565.

<sup>197</sup> La divisione dei divieti in due categorie separate è pacificamente prospettata dalla dottrina. Cfr. F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi*, cit., p. 62.

sono invece ritenuti relativi. Ad esempio, il segreto di stato, delineato dall'art. 352 comma 1 c.p.p. 1930, era considerato attuabile in un ambito soggettivamente indefinito. La formulazione dell'attuale codice all'art. 202 c.p.p. è un po' diversa, ma è proprio la considerazione a riguardo ad essere cambiata. La disposizione in oggetto, infatti, prevede semplicemente l'obbligo di astensione dal deporre dei soggetti indicati. Non compare più il divieto di assunzione, presente invece nel testo del codice previgente. Questo cambiamento può influire, al massimo, sulla derogabilità, ma non, a primo avviso, sulla relatività. Il fatto che non ci siano previsioni rafforzative della regola di esclusione è, però, stato letto come segno di relatività. Questo in quanto si riscontra una totale assenza di previsioni rafforzative della regola di esclusione e non ci sono preclusioni alla testimonianza di soggetti che abbiano conosciuto i fatti in oggetto da coloro che rientrano nell'art. 202 c.p.p. Per effettuare la distinzione tra divieti assoluti e relativi è quindi necessario verificare se il legislatore ha previsto tutele ampie attraverso richiami su più fronti e in ogni caso occorre che ci siano delle norme espresse. Quando l'inutilizzabilità opera in modo da impedire qualsiasi utilizzo della prova, la si può definire assoluta, se, invece, l'inutilizzabilità opera solo come regola di esclusione limitata, è relativa. Se ne dovrebbe ricavare che, se non è diversamente previsto, l'inutilizzabilità della prova copra anche l'eventuale utilizzo ai fini della contestazione<sup>198</sup>.

Altro tipo di problema è quello concernente fattispecie tacite di inammissibilità. La risposta è da ricercare nella natura dell'interesse tutelato e nella *ratio* sottostante al divieto probatorio. Ad esempio il fatto che esista un divieto di tenere conto a livello probatorio delle voci correnti deve essere esteso anche al caso in cui il riscontro sia avvenuto durante intercettazioni telefoniche.

“Si debbono reputare inammissibili le prove la cui acquisizione si risolverebbe nel rendere illusorio il limite stabilito da una norma”<sup>199</sup>, per cui, qualora non ci

---

<sup>198</sup> F. M. GRIFANTINI, *Sulla inutilizzabilità contra alios delle dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63 comma 2 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2653.

<sup>199</sup> F. M. GRIFANTINI, *Riesame del sequestro e valutazione dei presupposti nella giurisprudenza sul c.p.p. del 1930 e nel c.p.p. del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 181.

siano riferimenti espliciti, la questione va risolta valutando le inammissibilità pure implicite desumibili dall'ordinamento in generale.

A volte si prospetta il problema delle garanzie, per cui la comminazione dell'inammissibilità è dovuta alla tutela di interessi protetti. Bisogna a quel punto ricostruire la volontà del legislatore a riguardo. Ad esempio, l'art. 220 comma 2 c.p.p. prevede che “la perizia intesa a stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche” è vietata. Nonostante ciò non si può ritenere inammissibile un altro mezzo probatorio che provi i dati corrispondenti. Sono momenti interpretativi sottili perché ricostruire la *voluntas legis* è compito spesso affidato alla sensibilità dell'interprete. L'importanza che può dare una tale scelta al processo è, però, notevole, essendoci prove che vengono ammesse o espunte, condizionando così l'esito della decisione finale.

### 2.1.3. La derogabilità

L'inutilizzabilità si applica solo nei casi previsti dalla legge, quindi tali casi sono determinati dai divieti probatori. Si pone la questione sulla loro derogabilità: alcuni di essi infatti possono essere neutralizzati dalla volontà delle parti o grazie ad un intervento del giudice. La definizione di derogabilità in questo caso è data dal superamento del divieto a seguito di un atto soggettivo. Si deve ricordare tra l'altro l'accezione di divieto relativo, che è un concetto ancora differente, che semplicemente non preclude la dimostrazione di un fatto, traendo la prova *aliunde* con strumenti diversi da quelli vietati.<sup>200</sup> Tale categoria è parallela a quella ora considerata, per cui si possono trovare divieti relativi sia inderogabili come all'art. 197 c.p.p., sia derogabili come all'art. 199 c.p.p.

Alcuni divieti derogabili erano presenti già nel previgente codice, peraltro fondato sulla sanzione della nullità relativa, in base ai quali l'acquisizione di

---

<sup>200</sup> F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 62.



determinati atti dipendeva dal consenso delle parti.<sup>201</sup> Oggi i divieti analoghi a quelli richiamati sono sanzionati con l'inutilizzabilità, quindi la mancanza di consenso genera un vizio insanabile. Il presupposto dell'ammissibilità è, dunque, costituito da una implicazione soggettiva, il consenso della parte, che deve essere chiaramente espresso.<sup>202</sup>

Il consenso della parte per permettere l'acquisizione probatoria di solito è volontà per regolarizzare l'acquisizione, mentre in altri casi si manifesta come semplice condizione per la ritualità cui è soggetto l'atto, come nel caso della testimonianza indiretta la cui disciplina prevede che le dichiarazioni *de relato* siano acquisibili purché sia sentito la fonte diretta, ai sensi dell'art. 195 c.p.p.<sup>203</sup>

Spesso la derogabilità è espressa in modo esplicito nella disposizione legislativa e si concretizza in una scelta soggettiva delle parti. Esistono anche casi la cui derogabilità del divieto è desumibile in via interpretativa da altre disposizioni dell'ordinamento, ad esempio quella che lascia ai congiunti la facoltà di astenersi dal testimoniare. Sono casi in cui è la *ratio* della norma a far da guida, perché si fonda su interessi extraprocessuali disponibili e tutelati. Vi sono anche ipotesi in cui, pur sussistendo in genere norme di tutela, il giudice può, in nome delle esigenze processuali, ordinare a determinati soggetti di deporre<sup>204</sup>. Esistono, dunque, ipotesi in cui a fungere da ragione della deroga non è l'interesse di parte, ma la necessità riconosciuta dal giudice.

---

<sup>201</sup> L'art. 462 del codice del 1930 accettava la lettura delle dichiarazioni dei testimoni ricevute dal giudice o dal pubblico ministero durante la fase istruttoria, purché con il consenso delle altre parti. L'art. 463 del codice del 1930 consentiva la lettura di certi verbali di atti eseguiti dall'ufficiale di polizia giudiziaria non comparso in veste di testimone, sempre con il consenso delle parti.

<sup>202</sup> L'art. 238 c.p.p., in caso di acquisizioni di prove di altro procedimento penale, richiede l'esplicitazione del consenso attraverso l'istanza di ammissione.

<sup>203</sup> Ivi, Cap. IV, 1.2. La testimonianza indiretta (art. 195 c.p.p.).

<sup>204</sup> Si veda ad esempio il segreto giornalistico. G. SPANGHER, *sub art. 200*, in *Commento*, vol. II, cit., p. 462.

## 2.2. *La prova illecita conseguente alla violazione di un divieto*

La questione ora in esame è la sorte della prova ottenuta in seguito alla violazione di una norma penale. La dottrina, infatti, ha dibattuto molto sul significato da attribuirsi alla locuzione dell'art. 191 c.p.p. "divieti stabiliti dalla legge". Il problema riguarda:

- la prova formata in modo illecito per il compimento di indagini difensive (art. 38 norme att.)
- la prova costituitasi in modo illecito al di fuori del processo
- la prova in modo illecito formata all'interno del processo
- la prova ottenuta attraverso condotte criminose dell'organo investigante

In relazione all'individuazione dei divieti probatori si individuano criteri endoprocessuali fuori da ogni riferimento a paradigmi di diritto sostanziale, in quanto viene sostenuto in questo modo: per estendere il campo di applicazione dell'art. 191 c.p.p. fino a comprendere la legge penale, si dovrebbero richiamare anche i divieti della legge extrapenale. Il che potrebbe essere disarmonico rispetto ad altri articoli del nostro codice di rito come l'art. 193 c.p.p. Inoltre nell'ambito applicativo dell'art. 191 c.p.p. non sembrerebbero compresi neanche i principi contenuti nella Costituzione. Detto ciò, si viene a sostenere l'inutilizzabilità applicabile ai soli casi di trasgressione di disposizioni di tipo processuale, mentre non viene considerata allo stesso modo la prova illecita conseguita in violazione di norme penali<sup>205</sup>. Anche se questa posizione sostiene che la trasgressione di una disposizione di tipo sostanziale non possa implicare l'inutilizzabilità dell'elemento raccolto<sup>206</sup>, se si analizza dal punto di vista letterale l'art. 191 c.p.p. si giunge ad un'altra conclusione. Si nota, infatti, il generico riferimento alla legge che può essere considerato espressione della

---

<sup>205</sup> Ivi, Cap. II, 1.2.1. La prova illecita.

<sup>206</sup> Cfr. F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto*, IV ed., cit., p. 249; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità, uno studio introduttivo*, cit., p. 177.

volontà del legislatore ad ampliare l'operatività della locuzione divieti probatori<sup>207</sup> fino ad includere figure derivanti da altri settori dell'ordinamento.

### 2.3. *An e quomodo*

La sanzione dell'inutilizzabilità è delineata dal legislatore sul modello della tecnica legislativa utilizzata per la nullità di ordine generale: ci sono norme speciali che si affiancano ad una norma generale che copre le lacune che le disposizioni speciali hanno lasciato. In questo modo risulta una sanzione dal vasto spazio operativo. Inoltre, l'oggettività della lettura della disposizione fa riferimento alla legge, motivo per cui l'art. 191 c.p.p. non si riferisce esclusivamente alla legge processuale, ma anche ai divieti probatori provenienti da norme di altro ramo dell'ordinamento. In questo modo si rileva il concetto di divieti probatori rilevanti ai fini dell'art. 191 c.p.p. La riferibilità del divieto è alla prova *ex se*, ma anche a momento costitutivo di questa. L'originaria opinione dei compilatori era di opinione differente. Pareva, infatti, che l'inutilizzabilità fosse riferita solo al momento ammissivo dell'elemento probatorio, invece ciò che riguardava la violazione delle forme degli atti era riservata alla sanzione della nullità<sup>208</sup>. Nel testo definitivo non si confermò questa tesi e le previsioni relative all'inutilizzabilità risultarono riferite anche alle modalità di acquisizione e formazione della prova<sup>209</sup>.

La stessa Cassazione ha riconosciuto che l'inutilizzabilità della prova consegue “tanto sotto il profilo genetico alla difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo quanto sotto l'aspetto funzionale riguardante lo stesso procedimento assuntivo<sup>210</sup>”. Questo fu un momento in cui la giurisprudenza ha preso consapevolezza del fatto che, per garantire la legalità della prova, la sanzione dell'inutilizzabilità avrebbe dovuto essere applicata

---

<sup>207</sup> Ivi, Cap. III, 2.1. Divieti probatori.

<sup>208</sup> Ivi, Cap. III, 1.4. Differenze rispetto alla nullità.

<sup>209</sup> Ivi, Cap. I, 2.3. 1988: progetto preliminare e testo definitivo. Verso l'art. 191 c.p.p.

<sup>210</sup> Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1994, p. 116.

all'intero procedimento probatorio. L'attuale formulazione dell'art. 111 Cost. non fa che avvalorare questa tesi ponendo il "giusto processo" tra gli obiettivi costituzionali. Le eventuali letture<sup>211</sup> interpretative volte ad una considerazione restrittiva dell'art. 191 c.p.p., volte a restringere l'operatività dello stesso solo all'*an* escludendo il *quomodo* della prova, si pongono addirittura in contrasto con la Costituzione.

### 3. L' applicazione dell'inutilizzabilità e le fasi processuali

Nella giurisprudenza si possono trovare pronunce che sostengono che la categoria dell'inutilizzabilità sia operante solo per ciò che riguarda la fase dibattimentale, distinguendo la fase delle indagini preliminari in quanto in quel segmento sarebbe estraneo il concetto stesso di prova e non rileverebbero, dunque, in questo stadio i vizi dell'atto probatorio.<sup>212</sup> Sarebbero, dunque, rilevabili solo se in riferimento a misure cautelari, anche se in base ad elementi che non rientrano nella successiva fase del dibattimento<sup>213</sup>.

Questo atteggiamento è, però, cambiato nel tempo e soprattutto con riferimento al lavoro del Tribunale della libertà sulla misura cautelare in corso di esecuzione si nota come venga riconosciuta valenza assoluta al divieto di utilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. Quest'ultimo viene ritenuto rivolto non solo al giudice del dibattimento, ma ad ogni giudice che si trovi ad intervenire in qualsiasi fase del procedimento, interpretazione consona al secondo comma dell'articolo suddetto.

---

<sup>211</sup> Cass., Sez. VI, 1 febbraio 2005, Zaratini, in *Cass. pen.* 2006, p. 3276.

<sup>212</sup> Cass., Sez. I, 10 agosto 1995, Calabrese, *CED* 202916.

<sup>213</sup> Cass., Sez. I, 30 novembre 1995, Greco, *CED* 203871.

### 3.1. Il regime di rilevazione del vizio

L'applicabilità alla fase preliminare della normativa generale sulla prova, ai sensi degli artt. 187 e ss. c.p.p., fa sì che anche atti frutto dell'operato del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, possano essere soggetti alla sanzione dell'inutilizzabilità. Se esistono, infatti, atti derivanti dalle indagini preliminari compiuti attraverso la trasgressione di prescrizioni legislative espresse, il legislatore prevede che tali elementi siano esclusi dall'ambito decisorio. È interessante richiamare a riguardo l'art. 360 comma 5 c.p.p. e l'art. 350 commi 5 e 6 c.p.p. Gli articoli citati sottolineano la rilevanza dell'inutilizzabilità di certi atti nel momento stesso in cui vengono ad esistere, tanto che il provvedimento fondato sull'atto non può che essere viziato da nullità assoluta. Tale dovrebbe essere, ad esempio, il vizio del decreto che dispone il giudizio, ai sensi dell'art. 429 c.p.p., se fondato su intercettazioni telefoniche illegittime, o il provvedimento cautelare derivante da atti investigativi o perquisizioni-sequestri vietati. L'inutilizzabilità è, quindi, rilevabile nelle varie fasi del processo, anche antecedenti il dibattimento e il momento decisorio.

L'art. 191 c.p.p. al secondo comma esplicita la locuzione "in ogni stato e grado del giudizio". Dall'analisi esegetica della disposizione ricaviamo dunque<sup>214</sup>:

- la non sanabilità per gli elementi probatori colpiti da questa inutilizzabilità
- gli ampi poteri d'ufficio di cui è dotato il giudice

Una conseguenza di non poco conto di questa seconda parte dell'art. 191 c.p.p. risiede nel fatto che possa portare rimedio a gravi vizi che altrimenti non sempre avrebbero risposta.

Il potere non è di parte ma d'ufficio. Occorre soffermarsi a considerare le conseguenze di questa scelta: si evita in tal modo che venga strumentalizzata la

---

<sup>214</sup> Cfr. art. 179 comma 1 c.p.p., riguardo alle nullità generali: "sono insanabili e sono rilevate in ogni stato e grado del procedimento" M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 261.

sanzione dalla parte stessa che potrebbe ideare manovre tattiche come aspettare di sollevare la questione d'inutilizzabilità fino all'epilogo del processo. Tutte le parti che hanno interesse inoltre sono legittimate a sollecitare l'esercizio di tale potere del giudice, in quanto ogni parte processuale è titolare dell'interesse alla rituale utilizzazione della prova.

L'inutilizzabilità può essere rilevata quando l'elemento probatorio illegittimo abbia avuto un ruolo effettivo nel procedimento, fermo restando che in ogni caso l'utilizzazione illecita va impedita. L'art. 121 c.p.p. prevede che la difesa possa agire già in sede di indagini preliminari presentando istanza all'organo giudicante, indicando, ad esempio, gli atti che il pubblico ministero vuole inserire per la misura cautelare. Il momento tradizionale in cui viene posta l'eccezione di inutilizzabilità è poi, ovviamente, il dibattimento, nelle questioni preliminari, nell'esposizione introduttiva e nell'opposizione in sede di assunzione della testimonianza. Il giudice, invece, si trova investito del potere di agire in più modi:

- non ammettendo la prova e quindi bloccandola in una fase preventiva, ai sensi dell'art. 485 comma 1 c.p.p.
- garantendo la corretta attuazione della testimonianza, dell'esame delle parti e delle relative contestazioni ai sensi dell'art. 499 comma 6 c.p.p., art. 503 comma 2 c.p.p.
- intervenendo in sede di lettura ai sensi dell'art. 511 comma 1 c.p.p., impedendo l'acquisizione di prove non ammesse al dibattimento.

La trasgressione del divieto probatorio non è sanabile. L'atto, essendo frutto di una violazione di legge, non può essere rinnovato e la sentenza che ne ha tenuto conto è impugnabile. Tale conseguenza risulta attribuito sia dell'inutilizzabilità patologica che fisiologica, al di là della questione dei divieti derogabili. È pur vero che il giudicato è la più vistosa e potente causa di sanatoria<sup>215</sup>, per cui si può dire che il giudicato è la causa di sanatoria di qualsiasi invalidità al di fuori dell'inesistenza giuridica. Anche a questa ultima risposta sono state, però, mosse

---

<sup>215</sup> G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 135.

delle contestazioni. Ciò per i casi in cui la violazione di divieti probatori si riferisce a casi molto gravi, come ad esempio la trasgressione dell'art. 188 c.p.p. che attiene alla figura di dichiarazioni rese attraverso mezzi vietati. In casi come quello citato, dunque, l'illegittimità è talmente grave da far ritenere che neanche il giudicato possa sanare il vizio. Ritenere il giudicato come causa di sanatoria degli atti irrituali significa mettere in dubbio la tutela dell'attendibilità dell'accertamento.

L'art. 191 c.p.p. deve poi raccordarsi con molte altre prescrizioni del codice. Al secondo comma sottolinea la rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento, ma focalizzandosi sulle singole fasi si riscontra che, a seconda del momento processuale in cui ci si trova, la rilevabilità è caratterizzata da strumenti diversi. Ad esempio, in caso di interrogatorio in sede di indagini preliminari senza che siano osservate le misure per la tutela della libertà morale del soggetto dichiarante, i rimedi possibili sono il riesame o l'appello, ai sensi degli artt. 309 o 310 c.p.p. aventi ad oggetto l'ordinanza di cui all'art. 292 c.p.p., fondata su tali elementi illegittimi. I rimedi istituiti per un decreto emesso in seguito all'udienza preliminare illegittimo sono gli strumenti tradizionali di impugnazione della decisione finale.

La previsione dell'art. 191 comma 2 c.p.p. si manifesta come assoluta ed incide sull'atto in oggetto in modo che non prevede alcun tipo di sanatoria. Quindi certe prescrizioni riguardanti il giudizio, che enunciano limiti di rilevabilità, non si applicano nel caso in cui la figura che entra in gioco sia l'inutilizzabilità, che rimane fuori, rilevabile in ogni stato e grado. Così è per quanto riguarda l'art. 491 c.p.p., che colloca la possibilità di rilevare le eccezioni sulle questioni preliminari prima dell'apertura della fase dibattimentale, dopo cui le questioni sul fascicolo del dibattimento sono precluse. I limiti dell'art. 491 c.p.p. sono, però, da interpretare in modo restrittivo rispetto a quanto parrebbe a una prima lettura. Ciò in quanto concerne la sola fase iniziale di costituzione del fascicolo, ma non la fase di acquisizione probatoria nella sua totalità. Il momento acquisitivo vero e proprio degli atti è sostituito dalla lettura di questi in sede dibattimentale. Per questo il termine per le sole eccezioni di forma non vale in

modo generalizzato e quindi le proposizioni di questioni acquisitive possono essere sollevate senza i limiti dell'art. 491 comma 2 c.p.p. Si può ritenere, dunque, che l'art. 491 c.p.p. sia relativo solo a quegli atti costituiti in sede di indagini preliminari ritenuti senza fondamento irripetibili. Rilevante è considerare l'art. 495 comma 4 c.p.p. che recita: “nel corso dell'istruzione dibattimentale il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine all'ammissibilità delle prove”. Quindi è evidente che, pur essendo il momento iniziale dell'esposizione introduttiva il momento più idoneo perché si esplichino la rilevanza di prove inammissibili, è del tutto lecito anche in fasi successive, che possono costituire anche stadi già avanzati del percorso procedimentale. Per quanto riguarda il discorso dell'acquisizione attraverso la lettura dibattimentale degli atti, il legislatore non ha previsto disposizioni specifiche per la rilevanza dei vizi: si applica l'art. 495 comma 4 c.p.p.

Ulteriore difficoltà è raccordare tutte le norme processuali che a volte paiono contrastare in determinate previsioni temporali di rilevanza. Soccorre sempre, in ambito di rilevanza della prova illegittimamente acquisita, l'art. 191 comma 2, che permette di superare le delimitazioni temporali.

Un'altra questione rilevante riguarda un altro tipo di vizi. Può capitare che alcuni atti delle indagini preliminari siano ritenuti erroneamente irripetibili e per questo motivo inseriti nel fascicolo del dibattimento. Il problema che si pone è se la rilevanza degli errori relativi agli atti non ripetibili sia da sollevarsi solo in sede di decisione delle questioni preliminari nella fase dibattimentale oppure anche in altre fasi. Nonostante la Relazione al progetto preliminare sembri propendere per la prima soluzione, tuttavia si può obiettare che per parlare di acquisizione vera e propria sia necessaria la lettura dell'atto, senza la quale la rilevanza in qualità di materiale probatorio è insussistente.

Occorre distinguere due casi: atti *ab initio* esistenti già nella fase preliminare e atti la cui acquisizione è successiva. Nel primo caso la lettura rende utilizzabili atti che erano però già stati vagliati per la destinazione probatoria, essendoci un momento procedurale appositamente ideato, la fase per le questioni preliminari.



Al contrario, nel caso in cui l'acquisizione è successiva, la lettura dell'atto, oltre a servire per rendere l'atto stesso utilizzabile, è anche il primo momento utile perché avvengano le contestazioni dell'altra parte sulla possibilità o impossibilità di utilizzo. È in questo contesto che pare inserirsi il prima citato art. 491 c.p.p. con le sue previsioni e termini. In ogni caso nel momento in cui l'atto è *contra legem* è sempre applicabile l'art. 191 comma 2 c.p.p.

### 3.2. *Le fasi del procedimento probatorio*

Quanto alla collocazione delle regole di esclusione probatoria in sede di ammissione della prova, si tratta di regole che riguardano un difetto di potere dell'organo giudicante per cui, se ci si trova in una fattispecie di carenza di potere, la conseguenza sarà l'illegittimità dell'atto. Quando ciò si verifica viene travolta la legittimità stessa della prova che non può che essere esclusa dal giudizio. A titolo esemplificativo si può citare l'art. 422 comma 1 c.p.p., caso in cui si ordina l'ammissione di elementi probatori differenti da quelli indicati in modo esplicito per l'integrazione probatoria in udienza preliminare, su richiesta di parte.

Comunque le regole di esclusione si collocano nelle varie fasi del procedimento probatorio. Gli autori divergono su quale sia il parametro temporale di riferimento del divieto. Alcuni, infatti, lo circoscrivono al momento acquisitivo, riferendosi esclusivamente alle fasi di ammissione e di assunzione. L'antecedente ammissivo è *conditio sine qua non* per la successiva acquisizione, giacché "il nesso di dipendenza giuridica tra i due atti è tale che il valido compimento del primo costituisce requisito di validità del secondo"<sup>216</sup>. Altri ricomprendono nel procedimento probatorio anche la fase valutativa<sup>217</sup>. Il libero convincimento del giudice è limitato dalle regole di esclusione, che sono apparentemente legate al momento acquisitivo ma si riflettono direttamente su

---

<sup>216</sup> F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 55.

<sup>217</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, cit., p. 151.

quello decisivo. Se, però, dovessimo dividere i divieti in due categorie, riguardanti una l'ammissione/assunzione, l'altra la valutazione, avremmo non pochi problemi a ricondurre le conseguenze della violazione di quest'ultima, posto che l'art. 191 c.p.p. ha il chiaro riferimento alle "prove illegittimamente acquisite". La valutazione si può definire come "il momento propriamente inferenziale che dalle premesse probatorie conduce alla proposizione da provare<sup>218</sup>." Ci sono poi prescrizioni che sembrano volte a delimitare in modo specifico l'area valutativa del giudice. Tra queste, in un elenco non esaustivo rientrano:

- Art. 192 comma 2 c.p.p.: l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.
- Art. 192 comma 3 c.p.p.: le dichiarazioni rese dal coimputato sul medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi della prova che ne confermano l'attendibilità.
- Art. 192 comma 4 c.p.p.: riguarda le dichiarazioni imputate di reato collegato, in modo analogo al comma precedente.

Nelle norme citate possono essere individuati divieti probatori indiretti. È pur vero che sono una categoria distinta dai divieti che possiamo chiamare tradizionali, per il fatto che sono manchevoli della *ratio* che caratterizza i divieti in senso proprio: non sono riconducibili allo scopo di tutela della regolarità dell'accertamento né del corretto conseguimento della verità.

### *3.2.1. Il giudice cautelare e la fase delle indagini preliminari*

Per quanto riguarda l'ambito temporale, è già stata messa in luce l'idoneità in ogni fase processuale a sollevare la questione, anche in una fase eventuale incidentale come ad esempio la sede di giudizio sulla richiesta di revoca di una misura cautelare. L'autonomia della questione cautelare rispetto al tema

---

<sup>218</sup> P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, p. 588.

principale del processo non esclude che esso sia funzionalmente dipendente da quello principale. Non è sostenibile la tesi per cui la richiesta di revoca di una misura cautelare in sede di giudizio debba essere rifiutata per impossibilità da parte del giudice di rilevare l'inutilizzabilità, in virtù del fatto che ci si trova in una fase incidentale del procedimento. Una tale presa di posizione, oltre ad essere in contrasto con il sistema (e con specifica contrarietà all'art. 191 comma 2 c.p.p.), sarebbe incostituzionale in quanto il secondo comma dell'art. 24 Cost. garantisce l'inviolabilità del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento. Perché una pronuncia sia impugnabile deve essere dimostrata la sussistenza di atti irrituali. Il problema non riguarda solo le sentenze di merito, quindi non solo i provvedimenti che concludono il processo, ma anche altri atti che vengono ad esistenza *in itinere*. Un esempio è proprio l'ordinanza che dispone la custodia cautelare, in riferimento alla quale può essere richiesto il riesame, al fine di far emergere l'eventuale illegittimità dell'atto da cui derivano gli elementi che hanno portato all'emissione della misura.

Per quanto riguarda, invece, gli elementi probatori raccolti in sede di indagini preliminari, questi non avrebbero la qualifica di prove, essendo frutto di un'attività svolta in modo unilaterale. Prova sarebbe, dunque, esclusivamente quella formatasi in contraddittorio con l'altra parte di fronte al giudice.

Vi è una durevole incertezza sull'estensione del valore del libro III c.p.p. che regola la disciplina delle prove: infatti non sarebbero mai state individuate chiaramente quali garanzie dovrebbero trovare applicazione sin dalla fase delle indagini. Se, infatti, il materiale raccolto in questa prima fase non può assurgere a rango di prova, non ha senso che si consideri l'applicabilità o meno della disciplina probatoria. Nell'ambito delle garanzie risulta comunque ragionevole ritenere che le norme fondamentali sulle prove artt. 187-193 c.p.p. siano applicabili all'intero procedimento, salvo che sia diversamente previsto da disposizioni esplicite in senso contrario.

La connessione tra atti delle indagini preliminari e la seguente idoneità a dispiegare i suoi effetti in momenti successivi alla loro costituzione è data dalla conformità dell'atto allo schema legale. Se il materiale prodotto non rispetta le

prescrizioni legislative relative, allora non deve essere considerato neppure per le decisioni attinenti a questa fase.

Una questione rilevante è la possibilità di utilizzo delle intercettazioni per le decisioni nella fase di indagini preliminari. La giurisprudenza della Suprema Corte riteneva che solo le disposizioni che avessero reso le intercettazioni illegittime di per se stesse, se violate, avrebbero avuto rilevanza, come l'art. 226 c.p.p. Non erano, però, considerate rilevanti le violazioni di altre norme che pur prevedevano la sanzione di inutilizzabilità, come agli artt. 267 e 268 c.p.p. A questo riguardo si riconosceva indubbiamente che esse non avrebbero potuto diventare materiale probatorio dibattimentale idoneo a motivare la sentenza e condizionare il libero convincimento del giudice, ma non si escludeva che potessero avere ruolo per l'applicazione di una misura cautelare. Un tale problema è poi stato risolto da una pronuncia della Cassazione.<sup>219</sup> Sarebbe irrazionale sostenere che il legislatore potesse aver attribuito "alla violazione di una delle condizioni legittimanti le intercettazioni, quale il provvedimento dell'autorità giudiziaria, imposta a livello costituzionale, minore efficacia invalidante rispetto al superamento di limiti di applicabilità di questo mezzo di ricerca probatoria". L'inutilizzabilità, secondo la Corte, colpisce i risultati dell'intercettazione, che possono rivestire la natura di prova, tipica della fase del giudizio, o quello di indizio, nell'accezione dell'art. 273 c.p.p., cioè di elemento dimostrativo in senso probabilistico della responsabilità, nella fase delle indagini preliminari, ai fini dell'adozione delle misure cautelari o del rinvio a giudizio. In sostanza la Cassazione accomuna le violazioni che portano alla sanzione dell'inutilizzabilità, senza fare distinzioni. Sarebbe poi avulso da ogni intento garantistico consentire l'emanazione di una misura cautelare sulla base di prove che mai diverranno tali in dibattimento e la cui sorte è senza dubbio la distruzione.

---

<sup>219</sup> Cass, Sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Cass pen.*, 1996, p. 2913.

### 3.2.2. *Il problema dei rimedi*

L'inutilizzabilità influenza la predisposizione dei sistemi dei rimedi. Come è già stato sottolineato, il vizio è di gravità tale da essere rilevato indipendentemente dalla volontà della parti. Possono verificarsi più ipotesi. Innanzitutto il giudice può far uso della prova illegittimamente acquisita, nonostante la deduzione del vizio. In una situazione di questo tipo, la competenza sulla questione è del giudice di seconda istanza, *ex lege*. Altra situazione verificabile è, invece, che l'atto non abbia avuto ruolo alcuno nell'influenzare la decisione finale, anche se è stato acquisito in qualche modo in sede dibattimentale, tramite lettura del verbale. Nel momento dell'acquisizione dell'atto viziato si verifica il presupposto perché venga sollevata la questione.

Per l'inutilizzabilità, siccome l'art. 191 comma 2 c.p.p. prescrive la rilevabilità d'ufficio, non deve essere per forza specificato nei motivi di impugnazione, ma è sufficiente che sia sottoposto a gravame.

Analoghe riflessioni possono farsi per quanto riguarda l'inammissibilità dell'impugnazione. Infatti potrebbe accadere che il giudice *ad quem*, rilevando l'esistenza di cause di inammissibilità, si trovi privo del potere di rilevare l'inutilizzabilità, pur esistente e forse pur atta a sopravvivere al giudicato. Pur essendo ancora in essere il vizio e rilevabile, ci si troverebbe di fronte ad un giudice che per altre cause, portanti l'inammissibilità, non può rilevarlo. Può, dunque, accadere che si debba dare esecuzione ad una pronuncia viziata dall'utilizzo di prove illegittime, senza che possa essere impugnata per via della sussistenza, ad esempio, di vizi formali che hanno portato ad una declaratoria di inammissibilità. Parrebbe, a questo punto, che l'inammissibilità sia una figura più forte dell'inutilizzabilità, che si trova a dover cedere. In verità l'inutilizzabilità rimane in essere con tutte le potenzialità sue proprie, che potrebbero essere fatte senza problema valere in altro differente procedimento. La questione si pone, invece, nell'ambito dello stesso procedimento poiché, rilevata l'inammissibilità in sede di impugnazione, pare che non esista disposto normativo che appresti strumenti specifici. A fronte, dunque, di una lacuna

normativa in questo ambito, si può notare come nella prassi si affermi invece la figura di “un giudice sensibile che risolve le difficoltà fingendo di non essersi accorto che l’impugnazione sia inammissibile”.<sup>220</sup> Questo atteggiamento trova giustificazione soprattutto quando, a seguito della declaratoria di inutilizzabilità a fronte della prova illegittimamente acquisita entrata nel procedimento, l’imputato può vedere verificarsi a suo vantaggio l’emanazione di una declaratoria di determinate cause di non punibilità.

### *3.3. La valutazione del giudice*

Sul piano pratico il punto di partenza è la sfera dei poteri decisorii dell’organo giudicante. Infatti, il dovere del giudice di valutare il dato probatorio acquisito cede di fronte alla constatazione dell’invalidità. Il giudice a quel punto è tenuto ad ignorarlo ed essendo tale elemento inefficace come prova, non può avere alcun ruolo nella formazione del convincimento del giudice. Si discute a riguardo sulla qualifica che si può dare alla sentenza viziata per il contrasto a questo principio, se colpita da nullità derivata o piuttosto avente un vizio innominato in quanto carente di motivazione. Si può risolvere la problematica dell’individuazione di casi di nullità, anche se non previsti esplicitamente, facendo riferimento ai valori fondamentali che il legislatore si propone di tutelare e individuando la diversa natura di questi interessi, quindi attraverso un’analisi teleologica dell’istituto stesso in esame.

Alcuni divieti sono volti ad evitare la rilevanza del mezzo di prova in sé nella decisione finale del giudice. Le ragioni si possono definire gnoseologiche, in riferimento alla loro inidoneità ad essere considerate, in quanto dati probatori considerati ontologicamente non affidabili.

ex. - Art. 195 comma 3 c.p.p. testimonianza indiretta

- Art. 220 comma 2 c.p.p. perizie sulla persona dell’imputato

---

<sup>220</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 918.

Altri divieti riguardano, invece, un vizio derivante dalla mancata osservanza di prescrizioni formali riguardanti le modalità di formazione ed assunzione dell'elemento probatorio

Ex. - intercettazioni effettuate senza i dovuti requisiti o in violazione degli artt.

266 ss. c.p.p.

- atti investigativi compiuti dopo la scadenza dei termini
- dichiarazioni rese dall'indagato in assenza delle garanzie difensive

Per quanto riguarda il secondo gruppo, la tutela non riguarda valori interni all'ambito processuale ma situazioni esterne al procedimento. In relazione ad ipotesi di questo tipo è rimesso alla decisione del giudice se la conseguenza debba essere la nullità o l'inutilizzabilità, mancando la ogni possibilità di trovare una risposta in termini univoci.

### *3.3.1. Regole di esclusione e regole di valutazione*

Le regole di esclusione e le regole di valutazione hanno la funzione di contrappeso al principio del libero convincimento del giudice così da evitare una pericolosa estensione di questo<sup>221</sup>. Analizzando i due tipi di norme dal punto di vista storico e funzionale attraverso il loro *modus operandi* si rileva che non è chiaro il *discrimen* che le separa.

Anche a livello legislativo la separazione tra le due categorie è confusa. Un esempio è proposto dall'art. 273 comma 1 *bis* c.p.p. che, individuando le disposizioni da tenere presenti nel momento di valutazione degli indizi gravi di colpevolezza in funzione dell'emanazione di una misura cautelare, avvicina le due categorie come se fossero un'unica tipologia normativa, citando insieme i divieti probatori agli artt. 195 comma 7, 203 e 271 comma 1 c.p.p.<sup>222</sup> e le regole

---

<sup>221</sup> A questo riguardo A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 160: "entrambe le categorie hanno in comune la preoccupazione di ovviare ai pericoli derivanti dagli errori o dall'arbitrio del giudice".

<sup>222</sup> Gli articoli citati riguardano le testimonianze indirette, le dichiarazioni degli informatori di polizia e le intercettazioni.

di valutazione degli imputati in procedimenti connessi ai sensi dell'art. 192 commi 3 e 4 c.p.p.

Anche sul piano applicativo si ravvisa un'unione tra le due categorie: a riguardo si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 29 del 26 gennaio 2009, nella quale si respingeva l'eccezione di illegittimità dell'art. 238 *bis* c.p.p. che consente la funzione di prova alle sentenze irrevocabili e un passo recita: "acquisizione del dato probatorio e sua valutazione ed utilizzazione sono momenti certamente distinti, ma altrettanto certamente non autonomi." Questa affermazione viene avvalorata dal fatto che non poche disposizioni del codice "nel prevedere l'acquisizione di dati probatori esterni, ne indicano le condizioni e le finalità, in tal modo fissandone anche i limiti di utilizzabilità".

Occorre trovare dei criteri per distinguere le due tipologie. Una delle differenze fondamentali tra le due categorie è quella relativa al profilo patologico che ne deriva: la violazione di regole di esclusione da luogo, infatti, a un *error in procedendo*, mentre la violazione di regole di valutazione da luogo a *error in iudicando*.

Non può funzionare il criterio che considera le finalità perché a seconda dei casi, sia le regole di esclusione che quelle di valutazione si pongono obiettivi che spesso si sovrappongono quali: migliorare l'attendibilità dell'accertamento dei fatti, proteggere esigenze pubbliche, tutelare specifici diritti individuali. Criteri interessanti sono quelli volti a considerare i caratteri strutturali peculiari da cui deriva l'attitudine delle disposizioni a rendere effettive le ragioni per cui sono stati posti. Le regole di esclusione, innanzitutto, presentano la necessità di un'attività ermeneutica volte a considerare le prove raccolte per farle rientrare negli schemi predisposti dalla legge. In questo modo si delimita la discrezionalità del giudice. Le regole di valutazione, invece, non possono impedire al giudice di appoggiarsi al metodo di ragionamento induttivo e quindi rischiano maggiormente di essere eluse.



### 3.3.2. *Segue. Uno sfondo legislativo confuso: precisazioni chiarificatrici*

Per evidenziare la differenza tra le due tipologie di regole<sup>223</sup>, innanzitutto bisogna porre l'attenzione a questo elemento: le regole di esclusione probatoria, sia nella forma di divieto di acquisizione che nella forma di divieto di utilizzazione, trovano il loro ruolo nel momento antecedente a quello in cui interviene la valutazione perché, se l'*iter* processuale procede correttamente, tali regole impediscono l'entrata nel processo di elementi spuri, inidonei a fungere da premesse probatorie. I criteri di valutazione implicano prove validamente costituite. Si tratta di una tipologia di regole che non è volta a incidere sulla validità della costituzione della prova in quanto dato valutabile dal giudice. La sottile differenza sta in questo: la regola di valutazione incide solo sul valore della prova sino ad annullarlo qualora sussistano specifici requisiti.

Quindi si può concludere sostenendo che un conto è il fatto che il giudice non possa valutare un dato perché inutilizzabile, non acquisito con le modalità corrette a definirlo prova escludendolo così a monte dalla sfera del libero convincimento del giudice; altro conto, ben differente, è che sulla base di criteri legislativi il valore di una prova venga azzerato. Nella prima situazione, infatti, l'esclusione probatorio è antecedente al momento valutativo, mentre nel secondo è posteriore.

“È in sostanza l'elementare distinzione tra negazione passiva (non valuto che) e negazione attiva (valuto che non)<sup>224</sup>”.

Sostanzialmente il risultato che si ottiene è lo stesso nel senso che il giudice si troverà la proposizione da provare non giustificata ma concettualmente l'*iter* che consente di arrivare a questa conclusione è diverso.

---

<sup>223</sup> Ivi, Cap. III, 1.4. Differenze rispetto alla nullità.

<sup>224</sup> P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA. VV. *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 358.

### 3.3.3. La prova illegittima pro reo: problemi di utilizzabilità

Il problema dell'utilizzabilità di una prova illegittima si pone anche nel caso in cui essa risulti favorevole all'imputato. Ci si chiede allora se tale sanzione operi incondizionatamente e quindi sussista in ogni caso un impedimento a valutare qualsiasi prova costituita in modo irrituale oppure se, nel caso gli elementi emergenti siano favorevoli alla difesa, si possa individuare una deroga. Problema analogo si verifica quando le valutazioni *in utilibus* del materiale probatorio illegittimo siano derivanti da eventi fortuiti, come il mancato stralcio di intercettazioni illegittime. Il dato testuale dell'art. 191 c.p.p. non mette luce su possibili soluzioni. Inoltre tanto l'art. 191 c.p.p. che vieta l'utilizzazione delle prove illegittimamente acquisite in genere quanto le disposizioni di inutilizzabilità speciali sono ugualmente generiche. È pur vero che la costruzione in modo generico della figura dell'inutilizzabilità non può far rilevare *in bonam partem* la prova estromessa, ragion per cui tale dubbio non è che una chiarificazione della dottrina<sup>225</sup>, la quale pone tale problema in relazione a riflessioni legate a concetti di giustizia sostanziale. Il problema si pone anche a riguardo delle garanzie previste dalla Costituzione, ad esempio riguardo a prove acquisite in violazione del contraddittorio<sup>226</sup>. Il sistema pare rigido, ma parte della dottrina<sup>227</sup> ha prospettato che, se il vizio riguarda la trasgressione di tutele di interessi extraprocessuali o la violazione di divieti di modalità di assunzione del materiale probatorio o di prescrizioni segnalate come casi di contaminazione fra inutilizzabilità e decadenza dell'atto (art. 407 comma 3 c.p.p.)<sup>228</sup>, allora sarebbe auspicabile utilizzare la prova vantaggiosa per l'imputato. Qualora, invece, la violazione riguardi disposizioni volte alla tutela del corretto accertamento, ecco che l'utilizzazione anche *pro reo*, sarebbe incompatibile con la *ratio* complessiva del sistema. In ogni caso, l'ipotesi che possa verificarsi una tale situazione, si può concretizzare solo relativamente a prove illegittime che si

---

<sup>225</sup> Cfr. F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi*, cit., p. 143.

<sup>226</sup> Ivi, Cap. II, 2.2. I commi quarto e quinto dell'art. 111 della Costituzione.

<sup>227</sup> Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 77.

<sup>228</sup> Cfr. M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Utet, Torino, 1990, p. 259.

siano formate in giudizio. Il giudice può scegliere di utilizzarle se ritiene opportuno avvalersi di esse nell'ultima fase del procedimento probatorio. Con il che si configura accettata la tesi che suddivide il procedimento probatorio in più fasi con un ulteriore passaggio definibile come "fase dell'utilizzazione", antecedente all'ultima fase valutativa, in cui vengono vagliate le prove per lo scopo decisorio. La giurisprudenza si è in alcuni casi schierata in modo favorevole all'utilizzo della prova illegittimamente acquisita *pro reo* ed una sentenza della Cassazione afferma che "l'istituto dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. è posto a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove illegittimamente acquisite contro i divieti di legge, quindi in danno del giudicabile, vale a dire come prove a carico. Tale istituto pertanto non può essere applicato in tutte le sue articolazioni per ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa che, invece, deve essere considerato e discusso secondo i canoni logico-razionali propri della funzione giurisdizionale<sup>229</sup>".

Non tutte le questioni relative a tale problematica sono risolvibili, come il verificarsi di elementi probatori pur conformi al modello prescritto dalla legge, ma fisiologicamente inutilizzabili, nella fase delle indagini. A titolo di esempio si può citare la dichiarazione di un soggetto poi deceduto alla polizia giudiziaria. Inoltre, vige un principio generale di non inclusione nel fascicolo dibattimentale delle risultanze illegittime conseguite in sede di indagini preliminari. In questa ipotesi il giudice neanche verrebbe a conoscenza dell'atto potenzialmente favorevole al reo.

#### *3.3.4. L'operatività della sanzione dell'inutilizzabilità in procedimenti diversi da quello della formazione dell'atto illegittimo*

Il problema cosiddetto dell' "inutilizzabilità esterna" concerne le dimensioni e le estensioni dell'inutilizzabilità in modo fattuale. Ci si interroga sulla valenza dei divieti probatori e sulla loro permanenza in altri procedimenti. L'estensione

---

<sup>229</sup> Cass., sez. IV, 26 novembre 1996, Usai, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2420.

operativa di questi determina se un atto, inutilizzabile in una determinata sede, sia tale anche in altra. Il dato testuale dell'art. 191 c.p.p. non offre soluzioni alla questione. Si deve ricercare nel codice quali norme possano dare supporto al problema delineato:

- Art. 270 comma 1 c.p.p.: ai sensi di tale disposizione è vietata l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti differenti da quello nel corso del quale sono state costituite. A tale contenuto prescrittivo si prevede, però, un'eccezione, cioè la necessità dell'atto "per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza". Questa indicazione è incompleta rispetto alla questione ora in oggetto perché si presuppone che le prove considerate siano acquisite nella piena regolarità delle modalità istruttorie previste a livello legislativo.

- Art. 238 c.p.p.: si situa tra le disposizioni volte a disciplinare la prova documentale e subordina al consenso delle parti la trasmigrazione di atti da un procedimento ad un altro. L'apparente soluzione al problema è di nuovo fittizia per la stessa contestazione mossa nell'analisi del precedente articolo. Gli elementi probatori oggetto della norma sono qui presupposti nuovamente come legittimi, vista l'impossibilità di rimettere alla volontà delle parti la disponibilità di elementi illegittimi. L'art. 64 comma 2 c.p.p. vieta l'utilizzazione di metodi e tecniche idonei ad alterare l'autodeterminazione dell'interrogato e questo anche con il suo consenso. Allo stesso modo l'art. 188 c.p.p. vieta metodi e tecniche lesive dell'autodeterminazione o della capacità di ricordare e valutare i fatti durante l'assunzione della prova, anche se sussiste il consenso della parte.

### *3.3.5. L'efficacia temporale dell'inutilizzabilità: ius superveniens e tempus regit actum*

La *lex superveniens* non sempre regola in modo chiaro il passaggio tra la vecchia e la nuova normativa. In dottrina si è cercato di non applicare in modo rigido il principio del *tempus regit actum*, che potrebbe rivelarsi iniquo sul piano delle garanzie. Un'ipotesi è dunque "abbinare le due figure dell'efficacia

retroattiva della disposizione più favorevole posteriore e della efficacia ultrattiva della disposizione più favorevole anteriore<sup>230</sup>. Tale principio è applicabile anche alle leggi processuali. Tra un atto e il suo effetto sussiste un rapporto molto stretto e la sua giuridicità è implicazione della coerenza allo schema legale astratto. L'applicazione della nuova normativa incontra il limite della costituzione dell'atto processuale e per la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* occorre precisare che il tempo di operatività della legge processuale penale non è il tempo della commissione del reato ma il tempo del processo e quindi dell'atto procedimentale. Certo è che accettare la tesi dell'applicazione differita della nuova normativa potrebbe portare a far convivere le due discipline per un periodo indefinito. L'obbligo dell'operatività della nuova regolamentazione trova il limite della realizzazione della fattispecie. "Il compimento di un atto processuale può essere interessato dalla nuova disciplina quando costituisce uno degli elementi di una fattispecie complessa nell'ipotesi in cui quest'ultima non solo non abbia esaurito i suoi effetti ma, pur potendo averne prodotti degli intermedi, non abbia ricevuto integrale realizzazione<sup>231</sup>." Nel momento in cui una fattispecie non è completa nella sua realizzazione o si presentano elementi interruttivi, gli effetti previsti che ne conseguono saranno dipendenti dalla nuova disciplina e non da quella anteriore, così da evitare efficacia ultrattiva della precedente disposizione legislativa. L'ambito temporale in cui si estrinseca lo *ius superveniens* è, dunque, la fattispecie non ancora realizzata in modo completo. Per quanto riguarda la figura sanzionatoria dell'inutilizzabilità occorre individuare la legge applicabile in riferimento all'atto probatorio viziato, ma il momento processuale da considerare è quello decisorio. Ciò in quanto l'inutilizzabilità implica un divieto di valutazione e quindi il momento da tenere presente è quello del giudizio. Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse in tema di *ius superveniens*. Innanzitutto hanno precisato che la nozione di atto processuale non è univoca e bisogna distinguere l'atto che si esaurisce nel suo

---

<sup>230</sup> F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione delle leggi processuali penali*, in *Questioni sul processo penale*, Zuffi, Bologna, 1950, p. 196.

<sup>231</sup> F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, cit., p. 267.

componimento da quello che invece non ha funzione autoreferenziale che si conclude in modo istantaneo perché svolge una funzione di passaggio ed è intermedio alle varie fasi probatorie. La Corte conclude pertanto affermando che “in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell’acquisizione<sup>232</sup>”.

### 3.4. *La decisione fondata su prove contra legem*

A proposito del giudizio di legittimità, la dottrina maggioritaria sostiene che la violazione del divieto probatorio è rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado anche quando l’imputato non possa essere prosciolto ex art. 129 c.p.p. Ai fini dell’annullamento, però, non basta averla constatata: bisogna che i materiali spuri abbiano influito sulla decisione.<sup>233</sup> La declaratoria di inutilizzabilità può avere anche solo una funzione d’igiene processuale, ogni qualvolta il giudice non ritenga di avvalersi comunque della prova *contra legem*. Parte della dottrina<sup>234</sup> ritiene, invece, che la pronuncia del giudice formulata in un quadro probatorio in cui sono presenti elementi inidonei, sia viziata da nullità assoluta. Il ragionamento parte dalla considerazione del problema della concatenazione per cui il vizio di inutilizzabilità della prova si trasmette agli atti successivi. Taluni autori<sup>235</sup> di dottrina ritengono che, se gli elementi probatori viziati e soggetti ad inutilizzabilità hanno avuto ruolo nella formazione della decisione del giudice, allora deve trovare applicazione la nullità derivata. La sentenza in oggetto sarebbe conseguentemente affetta da nullità di tipo assoluto. Questo varrebbe non solo per le decisioni finali, ma anche per i decreti che dispongono il giudizio che, pur privi di motivazione, possono fondarsi comunque sulla

---

<sup>232</sup> In tal senso Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998.

<sup>233</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 87.

<sup>234</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 51.

<sup>235</sup> M. NOBILI, *Commento all’art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 414.

considerazione di elementi frutto di violazioni normative. Il passaggio successivo immaginabile a questo punto dovrebbe essere una regressione del procedimento. Questo è, però, impossibile nel nostro sistema, che non prevede mezzi per il sindacato di merito del decreto che impone il giudizio. Il legislatore ha scelto di parteggiare per l'inoppugnabilità di tale provvedimento. Dunque per questo tipo di atto tale esito non è attuabile. Il settore delle prove si colloca in modo particolare rispetto a certe regole generali. Principio tradizionale del sistema, infatti, è che, se l'invalidità di un atto si trasmette ad un atto conseguente, deve essere trasmesso nella stessa tipologia: questo non è ipotizzabile ad esempio nel voler considerare inutilizzabile una sentenza. Sarebbe paradossale e per evitare ciò si opera la predicazione del vizio alla fondatezza della motivazione. Un'alternativa potrebbe consistere nell'assegnare un duplice significato del termine "inutilizzabilità", acconsentendo alla forzatura linguistica: indicherebbe "l'inefficacia della prova...e, alternativamente, il vizio dell'atto che si fondi su una prova inefficace".<sup>236</sup>

#### *3.4.1. Il decreto che dispone il giudizio fondato su atti inutilizzabili*

Si pone il problema della sorte del decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art. 429 c.p.p., se formulato su elementi probatori inutilizzabili. A riguardo ci sono autorevoli voci della dottrina<sup>237</sup> che vi ravvisano una nullità assoluta. L'inutilizzabilità, infatti, è di per sé intrasmissibile all'atto dipendente, per cui si converte in nullità assoluta. A questo punto ci si chiede quali siano i possibili rimedi, non essendo il caso in tale situazione di ricorrere al vizio di motivazione del decreto ai sensi dell'art. 429 comma 1 lett. d) c.p.p. L'invalidità dell'atto illegittimo, infatti, verrebbe ad estendersi, facendo sì che il vizio dell'utilizzazione della prova illegittima si venga a tradurre in nullità assoluta

---

<sup>236</sup> A. SANNA, *Dichiarazioni indizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 175.

<sup>237</sup> M. NOBILI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. Da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 414.

del decreto che dispone il giudizio. Soluzione che non è, però, idonea perché mal si connette alle esigenze del sistema, che all'art. 604 comma 4 c.p.p., prevede che il giudice d'appello, nel caso in cui accerti la nullità assoluta del decreto che dispone il giudizio, rinvia al giudice che lo ha pronunciato. È, però, impossibile una regressione del processo. Si verificherebbe, infatti, una rinnovazione dell'illiceità a voler ripetere l'atto, il che non avrebbe senso. Quindi si può concludere che è impossibile regredire a fasi anteriori del processo, così come è impossibile disporre la rinnovazione del materiale probatorio, sia in primo grado che in appello.

Bisogna dunque trovare un'altra risposta al problema del decreto che dispone il giudizio su basi illegittime. L'atto irrituale su cui si è fondato può, dunque, essere vagliato in dibattimento: se è un atto irripetibile ed è inserito nel fascicolo del dibattimento come atto costituito nella fase delle indagini, ecco che si deve rilevare l'inutilizzabilità al momento della lettura. Questo, oltre che in primo grado, vale anche in appello, nel momento in cui vengono letti, anche d'ufficio, atti compiuti prima del primo grado nei limiti dell'art. 511 c.p.p. Se, invece, l'utilizzazione dell'atto non avviene, l'atto in oggetto, pur avendo condizionato la disposizione in giudizio, non influenza la decisione finale, per cui non si ritiene che gli elementi illeciti vengano, in questo caso, in alcun modo acquisiti. Il vantaggio di questa tesi sta nel fatto di non provocare lesioni al diritto di tutela dell'imputato, né di contribuire, in alcun modo, a depotenziare l'efficacia sanzionatoria dello strumento dell'inutilizzabilità. Infatti è la sentenza di merito quella determinante e una regressione alla fase preliminare introdurrebbe una illogicità del sistema impensabile.

#### *3.4.2. L'appello*

Poniamo l'attenzione sul rapporto tra prove e decisione. Definire 'nulla' una sentenza o un'ordinanza di custodia cautelare che ignori o travisi prove legittimamente acquisite, valuti prove nulle, inutilizzabili o addirittura



materialmente inesistenti è questione di non poco conto. Infatti, se così fosse, il giudice d'appello dovrebbe 'annullare' la sentenza, ordinando la regressione in primo grado per un nuovo giudizio. Una situazione alternativa è far rientrare il problema in un vizio di motivazione, perché tutta la patologia, al pari dell'ipotesi di una condanna pronunciata sulla base di prove insufficienti, può essere interpretata come sindacabile in appello e, nei limiti in cui lo consente l'art. 606 c.p.p., in Cassazione. A questo punto, il giudice d'appello, dopo aver rinnovato, se possibile, l'atto nullo o inutilizzabile, valuterà il materiale legittimamente acquisito al processo (incluso quindi l'atto ignorato ed escluso quello viziato) e, a seconda dell'esito, riformerà o confermerà, con una diversa motivazione, la sentenza impugnata. Vediamo ora nello specifico che ragioni poter addurre a sostegno di questa tesi.

In appello la fondatezza della pronuncia non va valutata per ciò che riguarda le categorie di validità e invalidità. Gli spazi entro cui si può muovere il giudice dell'appello dipendono dalla valutazione della sentenza impugnata, considerando se, privata di tale prova, la sentenza possa essere in grado di "tenere" o no.

Il problema che si pone in appello, quando una sentenza è impugnata per vizio afferente una prova, può essere esaminato raffrontando i due principali vizi riscontrabili: prova nulla e prova inutilizzabile. Queste due diverse sanzioni hanno diversità strutturali. Il compito del giudice dell'impugnazione è innanzitutto riscontrare ciò che è avvenuto in primo grado, l'utilizzo di una prova acquisita *contra legem*.

In sede di appello l'art. 604 comma 4 c.p.p. prescrive al giudice: "se accerta una delle nullità indicate nell'art. 179 c.p.p., da cui sia derivata la nullità del provvedimento che dispone il giudizio o della sentenza di primo grado, la dichiara con sentenza e rinvia gli atti al giudice che procedeva quando si è verificata la nullità". Il punto nevralgico è quale sia l'atteggiamento che il giudice deve tenere nel momento in cui ad essere rilevata sia l'inutilizzabilità dell'atto su cui è fondato il decreto che dispone il giudizio o la sentenza di merito. Le possibili risposte non sono supportate da fonti normative specifiche.

Una tesi <sup>238</sup> si fonda sull'applicazione analogica di altre disposizioni, come ad esempio l'art. 185 comma 1 c.p.p. Essa sostiene che si possa applicare anche alla figura dell'inutilizzabilità il principio di dipendenza dell'atto conseguente all'atto dichiarato nullo. Accogliendo tali premesse l'art. 604 comma 4 dovrebbe essere applicato anche in situazioni di inutilizzabilità, dopo l'accertamento giudiziale del vizio che ha costituito a monte che l'atto susseguente fosse perfetto. Questa tesi non è, però, del tutto convincente, perché si espone ad obiezioni dato il tenore letterale della disposizione, che richiama in modo espresso l'art 179 c.p.p. Così facendo il riferimento è a nullità relative all'atto originario e non derivato.

L'atto illegittimo ovviamente non può essere rinnovato. L'unico rimedio potrebbe essere regredire fino all'ultimo atto non viziato del procedimento ma questo è impensabile, nonché divergente con la dottrina dell'inutilizzabilità. Il potere del giudice d'appello sta, dunque, nel valutare quanto la sentenza oggetto di revisione possa tenere. Il giudice, se non è in grado di decidere con gli elementi a disposizione, ha il potere di richiedere integrazioni probatorie, su richiesta di parte, ma anche d'ufficio. Ovviamente i nuovi atti probatori da istruire dovranno essere rispettosi delle disposizioni di legge relative all'acquisizione. In alcuni casi si potrebbe così ovviare alla prova incompatibile, magari ascoltando un testimone che abbia cognizione delle stesse circostanze su cui aveva precedentemente testimoniato un soggetto inidoneo. In ogni caso il giudice può decidere nuovamente sul merito con proprie argomentazioni e la sua decisione può essere fondata sul nuovo procedimento istruttorio integrativo, non tenendo conto della precedente prova illegittima.

Rimane, però, il dubbio se si debba rinviare al giudice precedente al momento in cui si è prodotto il vizio o se dopo la rilevazione possa essere il giudice dell'impugnazione a decidere senza regressioni processuali. Da una lettura sistematica del codice si ricava che all'art. 185 commi 3 e 4 c.p.p. resta esclusa la regressione del procedimento in caso di nullità riguardanti le prove. Tale criterio dovrebbe essere applicabile anche all'inutilizzabilità. In caso di difetto

---

<sup>238</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 275.

di motivazione, dunque, è il giudice di secondo grado che si trova a dover decidere colmando le eventuali lacune attraverso sue proprie argomentazioni.

### 3.4.3. La Cassazione

Nel corso del giudizio di legittimità la sentenza con vizio di motivazione viene ad integrare un motivo di annullamento. La questione è se la validità della decisione in oggetto veniva a rilevare, quando viziata, come errore *in procedendo* o si tramutava in errore *in iudicando*, perché la prova illegittima aveva ricostruito un quadro fallace, influenzato da elementi *contra legem*.

A questo proposito, soprattutto riguardo all'analisi del ruolo del giudizio di legittimità, occorre ricordare che l'inutilizzabilità appare nelle sue caratteristiche di figura indipendente, che in modo autonomo dispiega in modo completo i suoi effetti. Infatti è stata posta all'art. 606 c.p.p. un'apposita previsione per il caso dell'*error in procedendo*, alla lettera c), che si differenzia dalla lettera e) la quale, invece, si riferisce alla mancanza o manifesta illogicità della motivazione<sup>239</sup>. Questa fu una scelta interessante, inizialmente non prevista: il progetto preliminare del codice del 1978, infatti, non prevedeva questa soluzione. L'art. 569 comma 1 numero 3 di tale progetto disciplinava solamente il motivo di ricorso per inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inammissibilità e decadenza. D'altro canto il fatto che sia avvenuta una trasgressione delle modalità acquisitive determinate dalla legge, è un vizio di tale gravità da consentire l'impugnazione.

In ogni caso, anche volendo riconoscere il vizio come errore *in iudicando*, viene ammessa, comunque, la riconducibilità di tale tipo di invalidità tra i vizi assoggettabili alla disciplina dell'art. 191 comma 2 c.p.p.<sup>240</sup>. Per questo tipo di

---

<sup>239</sup> P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 37.

<sup>240</sup> Cfr. A. BARGI, *Il ricorso per Cassazione*, in *Le impugnazioni penali*. Trattato diretto da A. Gaito, vol. II, Utet, Torino, 1998, p. 449 ss.: "la collocazione tra gli *errores in procedendo* della violazione del divieto probatorio non vale ad escludere il profilo ontologico del vizio; vale a dire la sua diretta riferibilità alla decisione e ai difetti di motivazione".

vizio, il tentativo di ricondurlo sotto un piano meramente procedurale ha avuto un esito interessante, anche per ribadire il ruolo nomofilattico della Cassazione, evitando le critiche di trasformare quest'ultima in una terza istanza di giudizio. Tale organo non dovrebbe mai trovarsi di fronte a situazioni che coinvolgono il merito e nel caso esaminato la funzione di legittimità pare tutelata. È pur vero che quando si tratta di giudicare in tale ambito, la Cassazione ha poteri assai ampi che le consentono di prendere visione di tutti gli atti del procedimento, non solo della pronuncia impugnata. Nonostante ciò il fine ultimo non sfocia in un sindacato di merito, ma solo in un controllo circa l'esistenza dell'atto illegittimo denunciato.

L'art. 606 comma 1 lettera c) c.p.p., dunque, è motivo di ricorso autonomo perché alla Corte è consentito accedere agli atti del procedimento senza limiti (come appaiono nel capo e) della stessa norma citata), e quindi non c'è obbligo che il vizio rilevi dal testo del provvedimento impugnato<sup>241</sup>.

L'art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p. prescrive come possibile motivo per il ricorso di legittimità la violazione delle norme processuali sancita a pena di inutilizzabilità. Si tratta di una risposta diretta all'atto viziato poiché il vizio potrebbe rientrare nella "mancanza o manifesta illogicità di motivazione", come recita la lett. e) dell'art. 606 c.p.p. Si rileva come dato oggettivo lo squilibrio della ripartizione tra le due lettere analizzate, "ciò indipendentemente dalla circostanza per cui sia richiesta la presenza di uno specifico presupposto, che esige la sussistenza di un vizio risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p.) e che esclude per la diagnosi di invalidità probatoria, un accertamento esteso dalla motivazione agli atti del processo.<sup>242</sup>" Certo è difficile decidere se la sentenza, verificatosi che è stata pronunciata tenendo conto di elementi probatori *contra legem*, possa o meno sopravvivere. La dottrina si divide su questa questione: quale sorte debba avere la sentenza qualora si riscontrasse che, pur esistendo un *error in procedendo*, questo non sia stato influente sulla decisione finale. Le soluzioni che si possono proporre a

---

<sup>241</sup> Sul punto F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 766 ss.

<sup>242</sup> N. GALANTINI, *Limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 597.

questo punto sono più di una. Innanzitutto si può valutare se la parte sana della motivazione sia bastevole a giustificare la pronuncia, considerando i criteri della logica. Chiaramente in questo modo non può essere valutato l'apporto intuitivo del procedimento mentale seguito dal giudice. La motivazione può essere anche considerata un contenuto univoco e indivisibile. A quel punto è d'obbligo l'annullamento della pronuncia ogni volta che non emerga in modo chiaro l'irrelevanza del ruolo della prova illegittimamente acquisita. La dottrina maggioritaria<sup>243</sup> sostiene che la seconda soluzione garantisce meglio la conformità a giustizia. Secondo alcuni dunque<sup>244</sup>, non può sussistere l'annullamento della sentenza in seguito alla declaratoria del vizio, secondo altri<sup>245</sup> *l'error in procedendo* sarebbe, invece, sufficiente per annullare la sentenza impugnata, senza che debba tradursi obbligatoriamente in *error in iudicando*.

Ricostruendo la funzione di giudizio di legittimità di questa terza fase, forse la soluzione preferibile sarebbe che la Cassazione annullasse con rinvio. In questo modo il giudizio nel merito verrebbe rimesso ad altro giudice.

Non è semplice, tra l'altro, verificare l'influenza che il materiale probatorio spurio abbia avuto sulla decisione. Anche in questo caso la dottrina non è unanime. Una parte ritiene che la mancanza di motivazione si configuri solo se, togliendo le determinazioni della prova viziata, la pronuncia presentasse notevoli salti logici<sup>246</sup>; altra parte della dottrina, invece, ritiene che è troppo complesso ripercorrere i passaggi logici operati dalla mente del giudice, ragion per cui è pur sempre vero che senza quella prova viziata il giudice avrebbe potuto seguire a percorsi mentali diversi che avrebbero portato ad una pronuncia differente<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., pp. 188-189.

<sup>244</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 1073.

<sup>245</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 279.

<sup>246</sup> Cfr. G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Jovene, Napoli, 1961, p. 242, nota 194.

<sup>247</sup> Cfr. V. GREVI, "*Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*", cit., p. 188.

#### *3.4.4. La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio: un istituto di formazione giurisprudenziale*

Analizziamo alcune affermazioni della Cassazione che difendono una posizione interessante da esaminare: nel giudizio di rinvio non è consentito dedurre per la prima volta cause di inutilizzabilità non ritualmente proposte nel primo rinvio per Cassazione.

- “Nel giudizio di rinvio la regola per la quale non possono essere proposte nullità, anche assolute o inammissibilità, verificatesi nei precedenti gradi di giudizio si estende anche alle inutilizzabilità perché è espressione di un principio generale dell’ordinamento che conferisce definitività alle decisioni della Corte di Cassazione”<sup>248</sup>.
- “Nel giudizio di rinvio non possono essere dedotte per la prima volta né rilevate cause di inutilizzabilità concernenti atti formati nelle fasi anteriori del procedimento atteso che la sentenza della Corte di Cassazione determina una preclusione con riguardo a tutte le questioni non attinte dalla decisione di annullamento”<sup>249</sup>.

Analizzando queste pronunce della Corte di Cassazione si rileva un limite temporale per il giudice e per le parti per quanto riguarda la possibilità di rilevare o eccepire la prova inutilizzabile. Per salvaguardare le garanzie delle parti le regole processuali devono costituire la regola superiore e il limite al potere della magistratura<sup>250</sup>. Il giusto processo, infatti, può essere garantito solo dal “giusto metodo”<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Cass., Sez. I, 18 aprile 2006, CED, n. 22023.

<sup>249</sup> Cass., Sez. V, 3 ottobre 2006, CED, n. 26769.

<sup>250</sup> A questo riguardo M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 650.

<sup>251</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 90.

La posizione espressa dalle sentenze oggetto di analisi sembrano criticabili in una visione sistemica dell'ordinamento. Al diritto di impugnazione non può essere disgiunto il tema delle prove. Il legislatore, infatti, deve tutelare le esigenze di diritto sostanziale che prevedono l'esclusione di ogni elemento spurio. A livello legislativo appare chiara la possibilità di sollevare questioni di inutilizzabilità in ogni fase e grado del giudizio: non avrebbe senso escludere da ciò il giudizio di rinvio. Negare questa possibilità andrebbe contro le esigenze di un giusto processo e dei suoi principi tra cui la presenza di un giudice imparziale e il diritto alla prova.

Il legislatore ha previsto, attraverso l'art. 191 c.p.p., che, finché la *res iudicanda* non sia diventata *res iudicata*, ogni atto illegittimamente acquisito può e deve essere escluso dal processo. La valutazione definitiva avviene con il giudizio di merito, mentre la Corte di Cassazione non partecipa come protagonista al processo formativo e acquisitivo della prova. Nonostante ciò, il suo sindacato di legittimità è volto anche alla valutazione delle modalità con cui una prova si è formata, acquisita e utilizzata, secondo i parametri all'art. 606. lett. e) c.p.p.<sup>252</sup>

I giudici di legittimità, nelle sentenze di cui sopra, pongono come base del loro ragionamento il principio del giudicato progressivo e ne fanno conseguire la preclusione a dedurre questioni non attinte dalla decisione di annullamento<sup>253</sup>. La legge<sup>254</sup> si esprime a riguardo della preclusione ad eccepire nullità ed inammissibilità, mentre la questione sull'inutilizzabilità rimane incerta. Questo potrebbe essere qualificato in modo ortodosso come una espressa *voluntas legislatoris* a porre differenziazioni e garantire la legalità della prova, escludendo ogni possibile sanatoria. Le Sezioni Unite hanno sostenuto che “il divieto di utilizzazione della prova non è affatto sanabile e può essere rilevato dal giudice di legittimità oltre il *devolutum* a norma dell'art. 609 comma 2 c.p.p. e addirittura nel giudizio di rinvio dopo l'annullamento, beninteso salvo che sul

---

<sup>252</sup> Ivi, Cap. III, 3.4.3. La Cassazione.

<sup>253</sup> Cfr. G. DELLA MONICA, voce *Giudicato*, in *Digesto pen. Agg.*, Torino, 2008, p. 393.

<sup>254</sup> Art. 627 comma 4 c.p.p.: “Non possono rilevarsi nel giudizio di rinvio nullità, anche assolute, o inammissibilità, verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari”.

punto non si sia formato giudicato parziale secondo il disposto dell'art. 624 comma 1 c.p.p.<sup>255</sup>”

Le parti della sentenza non impugnate conseguono l'irrevocabilità, quindi un primo limite alla deduzione dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio è data senza dubbio dal giudicato parziale o progressivo. Il problema è definire il concetto di “parti della sentenza” a cui applicare il principio esposto. È controverso, infatti, se far riferimento ai capi o ai punti della sentenza. “È ovvio che le questioni processuali relative alla prova si riferiscono ai punti della sentenza e non ai capi per i quali è ammissibile la possibilità di formazione di un giudicato parziale”<sup>256</sup>. Questa soluzione è, secondo questo lavoro, condivisibile, anche perché non vi sarebbe altrimenti modo di escludere le prove irrivalenti.

La giurisprudenza delle Sezioni Unite<sup>257</sup> spesso prende posizione per soluzioni contrarie a forme di sanatoria per l'inutilizzabilità. Ne deriva un concetto di “parti della sentenza” che fa riferimento a qualsiasi statuizione avente un'autonomia giuridico-concettuale, quindi non solo le espressioni finali del capo di imputazione ma le singole dichiarazioni che in una stessa contestazione rappresentano elementi non più suscettibili di riesame.

La Cassazione e il giudizio di rinvio sono collegati funzionalmente, senza dubbio, questo pur comportando che il giudizio di rinvio mantiene un'indipendenza anche dal punto di vista probatorio. Occorre a questo punto considerare la disposizione all'art. 627 comma 2 c.p.p., che prevede: “Il giudice di rinvio decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, salve le limitazioni stabilite dalla legge”. A questo riguardo è doveroso sottolineare la particolarità della locuzione “stessi poteri” rispetto a “stessa posizione”. La prima espressione è una sottospecie, perché “si è voluto porre un limite ai poteri del giudice di rinvio derivante proprio dalle regole che informano il relativo giudizio”<sup>258</sup>. Il giudizio di rinvio parrebbe una nuova fase

---

<sup>255</sup> Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3259.

<sup>256</sup> F. GIUNCHEDI, *La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.*, 2009, II, p. 1767.

<sup>257</sup> Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2697.

<sup>258</sup> F. R. DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3508.



del processo che consegue all'annullamento e incontra i limiti nella disciplina relativa il conseguente giudizio oltre che quella dell'annullamento.

A seguito di queste riflessioni si può sostenere che il giudizio di rinvio non ha preclusioni per ciò che concerne la rilevazione dell'inutilizzabilità. L'unico limite che si può rinvenire dalla disciplina legislativa è la preclusione del giudicato parziale che costituisce un esaurimento del potere decisorio. Il capo non oggetto di rinvio, quindi, è un limite alla cognizione del giudice ma non le questioni devolute, magari affette da inutilizzabilità e, quindi, non sanabili.

In conclusione le sentenze analizzate hanno offerto un'integrazione di una lacuna normativa esistente, contrastando, però, i paradigmi di base del sistema. L'interpretazione creativa ha, in questo caso, una funzione che dovrebbe essere, invece, aliena dalla sua *ratio*, perché ridimensiona un principio generale, laddove è tenuta a difenderlo anche a fronte di lacune<sup>259</sup>. La questione relativa al poter sollevare eccezione di inutilizzabilità in ogni stato e grado del processo è questione di diritti costituzionali soggettivi come il diritto alla difesa o il diritto ad un giusto processo per cui la previsione di sanatorie e decadenze è in questo caso inopportuna.

## 4. Inutilizzabilità e riti speciali

### 4.1. Il giudizio abbreviato

Nel giudizio abbreviato non rileva l'inutilizzabilità fisiologia della prova, né l'ipotesi di inutilizzabilità relativa stabilita in modo specifico per la fase dibattimentale. Ci si interroga però in relazione ai casi di inutilizzabilità patologica: si tratta, infatti, di elementi probatori vietati in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le fasi processuali.

---

<sup>259</sup> Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, p. 100.

#### 4.1.1. La prima tesi: impossibilità di eccepire l'invalidità degli atti probatori in sede di giudizio abbreviato

La tesi maggioritaria della giurisprudenza<sup>260</sup>, fino alla legge Carotti che ha ribaltato la risposta a tale problematica, era fondata sull'impossibilità, una volta introdotto il rito abbreviato, di eccepire questioni di invalidità e inutilizzabilità degli atti probatori oggetto del giudizio<sup>261</sup>. Ciò in quanto il fatto stesso di scegliere un percorso processuale alternativo comportava che venissero tenute in conto tutte le prove, grazie alla completezza delle quali si era valutato di poter decidere allo stato degli atti, ai sensi dell'art. 440 comma primo c.p.p.<sup>262</sup>

È pur vero che vi erano sentenze contrastanti, alcune delle quali<sup>263</sup> sostenevano la posizione secondo cui il giudice può utilizzare tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, mentre altre<sup>264</sup> ritenevano che gli atti viziati da nullità assoluta fossero esclusi dal numero degli atti rilevanti per la decisione. Anche se alcune pronunce affermavano che solo gli atti del fascicolo del pubblico ministero acquisiti legittimamente potessero essere utilizzati, l'espressione usata era così ampia da non escludere gli atti considerati inutilizzabili dal normale *iter* processuale. Le motivazioni addotte erano di vario genere: innanzitutto il fatto che l'imputato, chiedendo attraverso il giudizio abbreviato di essere giudicato in base agli atti delle indagini preliminari e quindi rinunciando al dibattimento, beneficiava di uno sconto di pena rilevante. Il che comportava la rinuncia di alcune garanzie, fra le quali la possibilità di sollevare questioni sull'invalidità degli atti del fascicolo del pubblico ministero oppure di sollevarle prima della richiesta di ammissione del rito. Va detto, però, che

---

<sup>260</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 8 aprile 1998, Rigato, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1847.

<sup>261</sup> A. LANDOLFI, *L'inutilizzabilità a seguito di perenzione dei termini di indagine: effetti, conseguenze, rapporti con lo svolgimento delle attività investigative suppletive ed integrative* in *Cass. pen.*, 1996, p. 1407.

<sup>262</sup> Cfr. A. LANDOLFI, *L'inutilizzabilità a seguito di perenzione dei termini di indagine*, in *Cass. Pen.*, cit., p. 1408.

<sup>263</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 5 novembre 1993, Labozzetta, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1556.

<sup>264</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 15 febbraio 1993, Barlow, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2467.

questo avrebbe potuto comportare un rifiuto a procedersi per giudizio abbreviato qualora non fosse poi più decidibile la questione allo stato degli atti<sup>265</sup>.

*4.1.2. La seconda tesi: anche in sede di giudizio abbreviato si può rilevare il vizio di inutilizzabilità degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.*

In base a questa tesi, pur minoritaria in giurisprudenza<sup>266</sup>, l'art. 191 c.p.p. viene letto riguardo ad ogni prova acquisita *contra legem*. La dottrina<sup>267</sup> a maggioranza riteneva che la trasgressione dei divieti probatori fosse vizio rilevabile in tutto il procedimento penale, quindi anche nei riti speciali. L'impiego di un tale elemento probatorio non si riferirebbe solo alla fase dibattimentale, ma ad ogni fase del processo.

Conseguentemente a questa posizione il giudice non avrebbe potuto considerare gli elementi spuri per la sua decisione, in quanto prove viziate da nullità o inutilizzabilità assolute e per questo insanabili. Un'eccezione riguardava i casi di inutilizzabilità fisiologica, prevista solo per il dibattimento, e per quegli atti del fascicolo del pubblico ministero legittimamente acquisiti pur se in assenza di contraddittorio.

*4.1.3. La terza tesi: le Sezioni Unite*

In una sentenza del 21 giugno del 2000, le Sezioni Unite della Cassazione hanno deciso di definire la questione, prevedendo che, durante il giudizio abbreviato, possa essere comminata la sanzione dell'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite presenti tra gli atti delle indagini preliminari inseriti

---

<sup>265</sup> L. IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giur. it.*, 2000, p. 166.

<sup>266</sup> Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2000, Paradiso, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 450; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1998, Avanzi, in *Cass. pen.*, 2000, p. 449.

<sup>267</sup> G. L. VERRINA, *Approccio esaustivo della Corte di Cassazione al problema di inutilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2000, p. 806.

nel fascicolo del pubblico ministero. Il contenuto di questa sentenza si trova in linea con la legge Carotti n. 479 del 1999.

Questa pronuncia delle Sezioni Unite ha sostenuto che “la definibilità del processo allo stato degli atti non si configura più come condizione di ammissibilità della richiesta”, e che “il giudice, pur dovendo decidere nel merito senza tener conto di quel materiale probatorio affetto da nullità o inutilizzabilità assolute, ha comunque il potere di assumere anche d’ufficio gli elementi necessari ai fini della decisione nella forme previste dall’art. 422 c.p.p.”<sup>268</sup>.

Il giudizio abbreviato è, secondo la pronuncia delle Sezioni Unite, un procedimento “a prova contratta”. L’accordo negoziale che sta alla base fa sì che la decisione del processo avvenga attraverso gli elementi costituiti nelle indagini preliminari, attribuendo loro un valore probatorio che non sarebbe invece tale nella tradizionale forma dibattimentale. Nonostante ciò, questa rinuncia a determinate garanzie non toglie la vigenza del principio secondo cui il giudice è garante della legalità del procedimento probatorio. Pertanto nel giudizio abbreviato ha piena rilevanza l’inutilizzabilità cosiddetta patologica relativa a elementi probatori acquisiti *contra legem*. Tali atti infatti, si ritengono vietati non solo nella fase dibattimentale, ma in modo assoluto e quindi anche in ogni altra fase processuale, come indagini preliminari, udienza preliminare, procedure incidentali cautelari e negoziali di merito. L’inutilizzabilità ai sensi dell’art. 191 c.p.p. è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche d’ufficio.

Secondo la Corte di Cassazione, dunque, la violazione dell’art. 191 c.p.p. è un *error in procedendo*, motivo idoneo per ricorrere in Cassazione ai sensi dell’art. 606 lett. c) c.p.p. Un vizio siffatto può inoltre essere rilevato dal giudice di Cassazione anche oltre il *devolutum* ai sensi dell’art. 609 comma 2 c.p.p. e anche nel giudizio di rinvio dopo l’annullamento.

Anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 155 del 1996 ribadisce che nel caso di specie non vi è alcuna sanatoria conseguente alla richiesta dell’imputato di rito abbreviato.

---

<sup>268</sup> Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, *Cass. pen.*, 2000, p. 3259.

Diversamente, per quanto riguarda l'inutilizzabilità fisiologica della prova, tale vizio è effettivamente sanato dalla scelta negoziale di giudizio abbreviato.

#### 4.1.4. *La nuova disciplina del giudizio abbreviato*

La legge n. 479 del 1999 ha prodotto grandi cambiamenti nella disciplina del giudizio abbreviato: infatti è stata prevista per il giudice che ha accettato l'instaurazione del rito speciale la facoltà di integrare il materiale probatorio, in modo indipendente dalle richieste della difesa<sup>269</sup>.

Prima dell'emanazione di questa legge, il giudice dell'udienza preliminare, a cui spettava la decisione di procedere o no con il giudizio abbreviato, doveva valutare se gli elementi presenti nel fascicolo del pubblico ministero fossero sufficienti per poter fondare una decisione. Dopo la riforma Carotti, invece, il giudice non potrà respingere la richiesta in virtù dell'insufficiente materiale probatorio a disposizione, al contrario potrà integrare tale materiale, investito dei poteri e delle facoltà di cui ai sensi dell'art. 422 c.p.p.<sup>270</sup>

Pertanto, dopo l'innovazione portata dagli artt. 27 e seguenti della legge 479 del 1999 lo scenario del giudizio abbreviato in tema probatorio oggi è il seguente: il giudice decide nel merito senza tener conto degli elementi probatori viziati, ma ha la facoltà di assumere ulteriore materiale probatorio necessario anche d'ufficio<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> A questo riguardo C. BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. merito*, 2000, p. 735.

<sup>270</sup> A questo riguardo G. SPANGHER, *I procedimenti speciali fra razionalizzazione e modifiche dl sistema*, in AA.VV. *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 268.

<sup>271</sup> A questo riguardo D. NEGRI, *Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato fra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, p. 441.

#### 4.1.5. *L'appello*

Poniamo il caso di una pronuncia avvenuta il sede di giudizio abbreviato, in cui il giudice si sia fondato su di una prova illegittimamente acquisita, ai sensi dell'art. 191 c.p.p. In questo contesto, la motivazione della sentenza può basarsi su atti delle indagini preliminari o delle eventuali integrazioni probatorie. In casi di questo tipo, però, il potere del giudice di appello dovrebbe limitarsi a riformare la pronuncia di condanna qualora dall'esclusione della prova *contra legem* derivi l'assenza di responsabilità dell'imputato. Non si può infatti ritenere che in sede di appello si possa fare riferimento alle disposizioni sulla rinnovazione di un'istruzione di fatto non avvenuta.

#### 4.2. *Il patteggiamento*

Giusto per esigenze sistematiche occorre qualche cenno alla possibilità di far valere le cause d'invalidità delle prove nell'ambito del patteggiamento. Non si può affermare, infatti, che il procedimento di applicazione di pena su richiesta delle parti si traduca in una rinuncia a far valere ogni questione od obiezione di qualsiasi natura perché la richiesta di applicazione di pena non comporta una rinuncia al proprio diritto di difesa. Ci sono poi problematiche che sono estranee alla logica dell'accordo tra accusa e difesa, che sta alla base di tale rito. Per certo non può verificarsi una sanatoria per il solo sussistere di un accordo. Il pubblico ministero ha sempre l'obbligo di rivestire una funzione di garante sulla corretta applicazione delle leggi. Inoltre certe questioni sono palesemente al di fuori dell'area del negoziabile. Vero è che, perché si arrivi all'annullamento di una pronuncia di patteggiamento, l'invalidità dell'atto probatorio deve porre in crisi un contesto motivazionale tanto contratto come quello tipico della sentenza patteggiata. Si può comunque concludere che, almeno a livello potenziale, non

sussistano in via generale preclusioni a che venga dedotta o rilevata una causa di inutilizzabilità della prova anche nel contesto di questo rito speciale.

## Capitolo IV

### I singoli mezzi di prova: quando si definiscono illegittimi e relativa inutilizzabilità

Occorre premettere che già nell'abrogato sistema esistevano ipotesi che poi, riproposte nel nuovo codice, hanno risentito del nuovo regime. Dunque è opportuno introdurre le singole ipotesi probatorie per un'analisi puntuale di come ciascun istituto si possa inserire nel quadro finora delineato di illegittimità e conseguente inutilizzabilità.

#### *1. La testimonianza*

L'articolo che definisce la testimonianza è l'art. 194 comma 1 c.p.p: "Il testimone è esaminato sui fatti che costituiscono oggetto di prova".

Per identificare ciò che concerne l'illegittimità di tale figura e l'applicazione seguente dell'inutilizzabilità, occorre analizzare il contesto normativo di inserimento partendo dal passaggio evolutivo che si è verificato rispetto alla disciplina del codice del 1930<sup>272</sup>.

L'art. 348 comma 1 c.p.p. 1930 recitava così: "Il giudice deve esaminare i testimoni informati dei fatti per cui si procede e che ritiene utili all'accertamento della verità".

Confrontando il vigente articolo relativo alla testimonianza con quello presente nel previgente codice, si nota:

- una diversa impostazione dal punto di vista della struttura: emerge nel vigente codice il principio di pertinenza-rilevanza attraverso la fissazione dell'oggetto della prova
- l'assegnazione al giudice del potere di escludere le testimonianze palesemente superflue o irrilevanti, anche se già nel codice Rocco, in verità,

---

<sup>272</sup> Cfr. G. PAOLOZZI, *sub. art. 348*, in G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1987, p. 989.



si rilevano norme analoghe quanto all'autorizzazione a ridurre le liste testimoniali ritenute eccessive e sovrabbondanti

Dall'art. 187 c.p.p. si deduce che la testimonianza è ammessa in riferimento a :

- imputazione
- eventuali circostanze
- cause di giustificazione
- fatti riguardanti la responsabilità civile derivante dal reato

Dal confronto tra i due codici emergono norme in cui l'esito sanzionatorio è nettamente differente: figure come il divieto di testimonianza sulla moralità dell'imputato<sup>273</sup>, sulle voci correnti nel pubblico<sup>274</sup> o il divieto di apprezzamenti personali<sup>275</sup>. Il quadro sanzionatorio era confuso, essendo la nullità il mezzo con cui si affermava l'invalidità della testimonianza. Il legislatore attuale, ribadendo i divieti succitati ha espresso nell'art. 191 c.p.p. la norma di riferimento cui devono essere ricondotti, quindi non di nullità si tratta, bensì d'inutilizzabilità.

Inoltre, vi è divieto di testimoniare per coloro che hanno svolto nel processo la funzione di giudice, pubblico ministero o ausiliario. L'articolo di riferimento è l'art. 194 comma 1 lett. d) c.p.p. che innova l'art. 450 comma 2 c.p.p. 1930, sostituendo la locuzione "hanno svolto" con "svolgono" le funzioni indicate. Il divieto probatorio di testimonianza risulta più esteso sotto il profilo soggettivo e "chi fosse apparso in tale veste in un procedimento riunibile è un possibile testimone fino al momento in cui i procedimenti confluiscono<sup>276</sup>". Il divieto è esplicito anche per quanto riguarda il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, mentre è ricavabile solo implicitamente dal sistema il divieto di assunzione del difensore quale testimone anche se tale affermazione solleva il problema della tassatività dei divieti<sup>277</sup>. Si riscontrano differenze sanzionatorie rispetto al sistema abrogato. Questo consentiva

---

<sup>273</sup> Cfr. art. 194 comma 1 c.p.p. e artt. 349 comma 5 e 450 comma 1 c.p.p. 1930.

<sup>274</sup> Cfr. art. 194 comma 3 c.p.p. e artt. 349 comma 4 e 450 comma 1 c.p.p. 1930.

<sup>275</sup> Cfr. art. 194 comma 3 c.p.p. e artt. 349 comma 3 e 450 comma 1 c.p.p. 1930.

<sup>276</sup> F. CORDERO, *sub. art. 197*, in *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, p. 236.

<sup>277</sup> Ivi, Cap. III, 2.1.1. Inutilizzabilità e divieti probatori: la loro tassatività.

l'utilizzabilità della prova di per sé inammissibile, perché il divieto probatorio non era tutelato in modo idoneo, ma solo con nullità sanabile.

Per ciò che riguarda le modalità di assunzione della testimonianza e quindi la disciplina dell'esame e del controesame, si tratta di norme non precettive ma tecniche<sup>278</sup>, non sanzionabili quando violate con la sanzione dell'inutilizzabilità. Interessante è invece sottolineare le tipologie di domande idonee e le disposizioni a riguardo, spesso formulate sotto forma di divieto. Innanzitutto sono espressi dalla legge alcuni divieti volti a tutelare il soggetto che rilascia la testimonianza, quindi aventi funzione di garanzia. Tali sono l'art. 499 comma 4 c.p.p. che prescrive che l'esame del teste venga condotto senza ledere il rispetto della persona, l'art. 188 c.p.p. che dispone tecniche che non violino la libertà morale di quest'ultima. Di notevole interesse è il secondo comma dell'art. 499 c.p.p. che vieta di porre domande che tendano a sminuire la sincerità delle risposte mentre al terzo comma vieta le domande suggestive<sup>279</sup>. Tali norme divergono sia per ambito di applicazione<sup>280</sup>, sia sotto il profilo oggettivo. Le ipotesi del terzo comma sembrerebbero rientrare tra quelle individuate nel secondo, ma non è sempre possibile. La domanda vietata può risolversi in un ammonimento o in una sorta di intimidazione, al contrario la domanda suggestiva può non essere intimidatoria, pur essendo potenzialmente idonea a nuocere alla sincerità della risposta<sup>281</sup>. Le figure di cui al secondo comma possono quindi incidere sulla capacità di rielaborazione del vissuto quindi il divieto è applicabile anche al controesame, mentre le domande suggestive sono in quel contesto tese alla verifica dell'attendibilità dell'esaminato e della sincerità delle sue risposte<sup>282</sup>.

---

<sup>278</sup> A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1991, p. 141.

<sup>279</sup> Ivi, Cap. V, 1.3. Domande suggestive (art. 188 c.p.p.; art. 499 comma 3 c.p.p.).

<sup>280</sup> Il comma 2 è applicabile indistintamente per l'esame e il controesame mentre il comma 3 agisce solo per l'esame. Cfr. E. SELVAGGI, voce *Esame diretto e controesame*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1992, p. 328.

<sup>281</sup> Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 308.

<sup>282</sup> Cfr. P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 91.

*1.1. L'autoincriminazione: profili di illegittimità e tutela del principio nemo tenetur se detegere (art. 198 comma 2 c.p.p.)*

L'art. 198 c.p.p. è innovativo rispetto alle disposizioni previgenti in tema di testimonianza. La disposizione costituisce un'esplicita regola di esclusione che rende inutilizzabili le dichiarazioni ottenute in sua violazione. L'art. 198 c.p.p. comma 2 si rivolge al giudice.

Art. 198 comma 2: “*Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale*”.

La formulazione è diversa nel testo presente nel progetto preliminare in cui viene posta l'attenzione più sul diritto al silenzio del teste che al divieto di coercizione del giudice. La *ratio* sottesa è quella di ampliare con il testo definito la portata della fattispecie, non solo limitata a singole domande, ma a qualsiasi “fatto” potenzialmente generatore di conseguenze penali<sup>283</sup>.

Tale tipo di garanzia peraltro evoca parallelismi con altri ordinamenti. È tipica, infatti, della tradizione di *common law* così come enucleato dal privilegio *against self-incrimination* codificato nel V Emendamento del Bill of Rights<sup>284</sup>. Il teste si trova in una situazione in cui, attraverso le domande dell'esame diretto e poi del controesame, si può trovare a rilasciare dichiarazioni compromettenti per sé. Anche nel caso in cui emerga una responsabilità penale per il soggetto, la tutela del principio *nemo tenetur se detegere* deve essere accordata. È poi lasciata alla ragionevolezza dell'interprete l'estensione dell'operatività di tale locuzione legislativa. Non si deve arrivare alla soglia di una confessione per potersi avvalere del diritto al silenzio, ma non basta un generico sospetto di plausibile rilievo penale per tacere su certi particolari. L'onere del dichiarante è di prospettare ciò che è necessario e sufficiente al giudice perché si prospettino

---

<sup>283</sup> Cfr. art. 198 comma 2 Prog. Prel., in G.U. 24 ottobre 1988: “Il testimone non ha l'obbligo di rispondere alla domanda quando ciò potrebbe far emergere una sua responsabilità penale”.

<sup>284</sup> Cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 117 e 127.

possibili compromissioni penali personali<sup>285</sup>. Gli elementi che devono emergere durante la deposizione devono essere oggettivamente rilevabili e idonei a giustificare il silenzio così da non verificarsi situazioni paradossali. Se vi fosse seguentemente una pressione con finalità coattive da parte del giudice e la dichiarazione venisse resa, essa sarebbe viziata e sanzionata con l'inutilizzabilità, quindi privata di effetti sotto i profili sostanziale e processuale. Se la dichiarazione fosse falsa, non potrebbe in ogni caso costituire falsa testimonianza. È pur vero che l'esortazione del giudice non sempre integra una coazione e in tal caso le dichiarazioni potrebbero essere utilizzabili come spontanee. Un principio del nostro ordinamento è *nemo tenetur se detegere* e la norma si inserisce nel sistema in quanto tale principio è richiamato e salvaguardato anche da altre disposizioni sul piano sostanziale. Ad esempio l'art. 384 c.p. esclude la punibilità della testimonianza falsa o reticente di chi l'abbia rilasciata al fine di evitare nocimento nella libertà o nell'onore. Vi sono voci della dottrina che propongono una soluzione in base alla quale, se è oggettivamente rilevabile la coartazione del testimone, gli elementi raccolti sono totalmente inutilizzabili, "per contro nel caso di dichiarazioni rese *contra se* dal teste legittimamente assunto e non obbligato dal giudice con la minaccia di trasmissione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 207 c.p.p., l'inutilizzabilità è limitata al dichiarante, rimanendo l'efficacia probatoria nei confronti di altri soggetti."<sup>286</sup>

Ultima riflessione a riguardo necessita di essere fatta per ciò che concerne il raccordo da operare tra il secondo comma dell'art. 198 e l'art. 63 c.p.p. che regola la disciplina di utilizzabilità delle dichiarazioni indizianti rese alla polizia giudiziaria, applicabile anche alla fase del dibattimento. Anche l'art. 63 c.p.p. garantisce la tutela dall'autoincriminazione in caso emergano indizi di reità a carico del soggetto dichiarante. Ci sono, però, alcune differenze. L'applicazione dell'art. 198 comma 2, infatti, ha una portata che coinvolge anche situazioni di

---

<sup>285</sup> Cfr. P. DUBOLINO, T. BAGLIONE, F. BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, La Tribuna, Piacenza, 1988, p. 426.

<sup>286</sup> E. FASSONE, in AA. VV. *Manuale del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 339.

reità che emergono da dichiarazioni che non avrebbero necessitato dell'avvertimento previsto all'art. 63 c.p.p.

### *1.2. La testimonianza indiretta (art. 195 c.p.p.)*

Il divieto probatorio in oggetto è formulato dal legislatore muovendo da statuizioni di carattere generale per arrivare a prescrizioni specifiche<sup>287</sup>. Il testimone, per poter rilasciare dichiarazioni di qualcosa conosciuto in modo indiretto, deve prima indicare la fonte (commi 1 e 5 dell'art. 195 c.p.p.) da cui deriva la conoscenza. Questo è il presupposto minimo di utilizzabilità per non ricadere nella prescrizione del comma 7 dell'art. 195 c.p.p. che recita: “Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame.” Si ricava da tale disposizione una condizione di carattere generale. La formulazione della norma è tra l'altro meno severa rispetto a quella del progetto preliminare, che obbligava il giudice a convocare, ad eccezione di gravi impossibilità, i soggetti che erano fonte della testimonianza indiretta. Tale disposizione era poi stata criticata a causa della rigidità che la connotava proprio dalla Commissione consultiva.

Molto controverso è il comma 4 dell'art. 195 c.p.p.: “gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni”. La Corte costituzionale l'aveva dichiarato addirittura illegittimo<sup>288</sup>. Il punto nevralgico non è verificare l'attendibilità dei soggetti testimoni, la questione che viene in oggetto è dare accesso a elementi conoscitivi raccolti in sede di indagini preliminari. La *ratio* della norma è chiara e ha il fine di armonizzarsi in un sistema in cui è garantito il diritto al silenzio. Per quanto riguarda l'estensione applicativa della norma, questa non si limita al processo in

---

<sup>287</sup> I. CALAMANDREI, *sub. art. 195, Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 432.

<sup>288</sup> Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, p. 114.

cui il dichiarante si trova nel ruolo di imputato o indagato, ma è relativa anche a procedimenti differenti.

Il comma 6 dell'art. 195 c.p.p. costituisce divieto per ciò che riguarda le testimonianze indirette su fatti coperti da segreto professionale o d'ufficio. Ciò fintanto che i soggetti non abbiano espressamente rinunciato al privilegio. In ogni caso la prescrizione può sembrare superflua perché, una volta riferite *de relato*, tali informazioni non potrebbero essere utilizzabili se non attraverso il consenso delle parti e del giudice o risalendo direttamente al teste diretto. Il teste successivamente chiamato in giudizio avrebbe poi potuto scegliere se avvalersi del privilegio o se testimoniare. Il comma 6 opera quando sussistono impossibilità a testimoniare direttamente come all'art. 195 comma 3 c.p.p. o quando non sia richiesta la citazione del teste.

### *1.3. Assunzioni di informazioni durante la fase di indagini preliminari da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria (artt. 351 e 362 c.p.p.)*

Nel silenzio del legislatore su certi aspetti della disciplina delle indagini preliminari occorre distinguere quando si tratti di lacuna da colmare in via interpretativa o quando, invece, tale scelta sia frutto di una consapevolezza legislativa tale da escludere qualsiasi integrazione, in omaggio al canone *uti non voluit*<sup>289</sup>. L'art. 351 c.p.p. nel disporre riguardo alle sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria non ha richiami alle disposizioni generali. In questo si differenzia dall'art. 362 c.p.p. riferito al pubblico ministero che, invece, richiama espressamente alcune altre disposizioni, quali gli artt. 199, 200, 201, 202 c.p.p. che regolano la facoltà di astensione dalla testimonianza dei prossimi congiunti, la tutela del segreto professionale, d'ufficio e di stato. La

---

<sup>289</sup> Cfr. V. GREVI, *Prove*, in *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 160.

differenza di regolamentazione fa emergere che, per quanto riguarda l'attività delle forze di polizia giudiziaria, non è applicabile la disciplina generale della testimonianza. Ne consegue che non sussistono i limiti di assunzione di cui agli artt. 199, 200, 201 e 202 c.p.p. e possono, dunque, essere legalmente assunte le dichiarazioni di soggetti cui è attribuita dalla legge una facoltà o un obbligo di astensione. Una formulazione che consente alla polizia giudiziaria di raccogliere dichiarazioni da una larga fascia di soggetti<sup>290</sup>.

A questo riguardo, pur con qualche perplessità della giurisprudenza, si reputa ammissibile l'assunzione di informazioni da parte dei soggetti rientranti nell'art. 197 c.p.p. Tali informazioni chiaramente non potranno entrare in dibattimento in quanto inutilizzabili, considerando il divieto di escutere soggetti incompatibili e la conseguente impossibile contestazione. L'art. 197 c.p.p. è sicuramente inapplicabile alle informazioni assunte dal pubblico ministero. Se, infatti, si ritiene operante questo divieto anche nel caso considerato, la violazione dovrebbe comportare la sanzione dell'inutilizzabilità per cui le dichiarazioni raccolte non potrebbero essere lette neanche in caso di sopraggiunta irripetibilità imprevedibile in quanto non permesso dall'art. 512 c.p.p., trattandosi di atti illegittimi. Se, invece, l'art. 197 c.p.p. non si applicasse all'art. 362 c.p.p., allora la lettura potrebbe essere effettuata.

Ci sarebbe a questo punto un contrasto con le norme che concernono la fase dibattimentale: ci si verrebbe a trovare con atti legittimamente presenti nel fascicolo del dibattimento che, però, in tale sede non dovrebbero essere assunti ai sensi dell'art. 197 c.p.p. Si ravvisano incertezze che coinvolgono la disciplina e, come si è dimostrato, è difficile trovare interpretazioni esegetiche univoche.

Ai fini informativi, l'eventuale superamento di certi divieti, come il divieto di apprezzamenti personali o il divieto di disposizione sulla moralità dell'imputato, può apparire giustificabile in visione teleologica. Invece, in sede dibattimentale l'utilizzabilità deve rispondere a garanzie ben più stringenti.

---

<sup>290</sup> All'art. 2 punto 31 della legge delega era specificato il riferimento alle dichiarazioni rese a polizia giudiziaria da testimoni mentre ora la formulazione non riporta la specificazione consentendo una maggiore estensione applicativa. Cfr. G. C. CASELLI, *sub. art. 351*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 133.

Ulteriori problemi interpretativi nascono dall'analisi dell'art. 198 c.p.p. Al primo comma si rinviene un obbligo di verità per il teste che sussiste solo nei confronti dell'autorità giudiziaria. Non è integrabile in alcun modo la fattispecie della falsa o reticente testimonianza ma possono configurarsi figure come la calunnia o il favoreggiamento<sup>291</sup>. Il secondo comma dell'articolo ora in esame si ritiene invece applicabile anche in sede di informazioni assunte dal pubblico ministero e consiste nel principio contro l'autoincriminazione<sup>292</sup>. Se vi fossero coercizioni finalizzate alla produzione di dichiarazioni si configurerebbe senza dubbio l'inutilizzabilità derivante dalla violazione della regola di esclusione.

## 2. L'esame

*Illegittimità e inutilizzabilità:* è illegittima e quindi inutilizzabile l'ordinanza del giudice di primo grado volta all'accompagnamento coattivo del soggetto imputato sottoposto a esame e la conseguente assunzione di dichiarazioni senza gli avvertimenti di potersi avvalere della facoltà di non rispondere.

### *2.1. L'esame dell'imputato: l'utilizzabilità tra coercizione e dichiarazioni spontanee (art. 208 c.p.p.)*

L'assunzione delle dichiarazioni rese dalle parti private che chiedono o consentono di essere esaminate in dibattimento è regolamentata dall'art. 208 ss. c.p.p.<sup>293</sup> Occorre tenere presente le particolarità previste per l'esame dell'imputato perché in alcune disposizioni si rinvia alla disciplina relativa alla testimonianza. Per quanto riguarda la parte civile, invece, è cambiata la

---

<sup>291</sup> Cfr. U. NANNUCCI, *Analisi critica delle indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1331.

<sup>292</sup> Cfr. V. GREVI, *Prove*, in *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 161.

<sup>293</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 328.



disciplina rispetto al progetto preliminare del 1978 nel quale la testimonianza di parte civile era vietata in modo assoluto<sup>294</sup>. Nel caso di esame dell'imputato è utile al nostro discorso, finalizzato alla ricerca dei divieti probatori nella disciplina concernente i singoli mezzi di prova, rilevare quanto segue. In primo luogo non opera a questo riguardo il divieto di testimonianza indiretta come previsto dall'art. 195 c.p.p. Le dichiarazioni dell'imputato relative a elementi conosciuti *de relato* sono raccolte tra le prove utilizzabili. Non si può comunque ritenere escludibile l'applicazione dell'art. 195 c.p.p. nella sua completezza. Rimane, infatti, applicabile il comma 6 in base al quale anche all'imputato è fatto divieto di esporre fatti "appresi dalle persone indicate negli articoli 200 e 201 c.p.p. in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli". La *ratio* dell'applicazione di questo divieto anche all'imputato è data dal fatto che, in virtù della qualifica di detentore di segreto professionale o d'ufficio, il soggetto possa essere depositario di dati che non lo riguardano personalmente e di cui non può disporre. Le domande operate al fine di ottenere tali informazioni sono da considerarsi inammissibili già al momento della formulazione perché la scelta dell'imputato di non rispondere potrebbe altrimenti configurarsi a lui pregiudizievole<sup>295</sup>.

Proseguendo nell'analisi dei divieti che riguardano questa prova, va detto che la dottrina<sup>296</sup> ha spesso criticato il richiamo all'art. 198 comma 2 c.p.p. operato dall'art. 209 comma 1 c.p.p. secondo cui è vietato al giudice obbligare il testimone a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale. Nel caso specifico dell'esame dell'imputato, a differenza del testimone che risulta comunque tutelato, il soggetto è garantito dal primo comma dell'art. 198 c.p.p. solo nel momento in cui sia avvenuta una qualche forma di coazione. Le dichiarazioni spontanee, pur se autoincriminanti, conservano, infatti, la loro utilizzabilità in giudizio. L'esame non è atto obbligatorio per l'imputato: egli

---

<sup>294</sup> Cfr. art. 188 comma 1 prog. prel., in G.U. 24 ottobre 1988.

<sup>295</sup> Cfr. R. Orlandi, *sub art 209*, in AA. VV. *Commento al nuovo codice di procedura penale* coord. da M. Chiavario, Utet, Torino, 1990, vol. II, p. 502.

<sup>296</sup> F. Cordero, *sub. art. 209*, in *Codice di procedura penale commentato*, II ed., Utet, Torino, 1992, p. 251.

può chiederlo o accettarlo ed essendo facoltativo non è previsto espressamente il diritto al silenzio, come invece nella testimonianza. Le dichiarazioni dell'imputato risultano inutilizzabili solo quando è ravvisabile un vizio nella domanda, così nel caso di domande suggestive, vietate nell'esame diretto e ammesse nel controesame.

## 2.2. *L'esame dell'imputato di un processo connesso (art. 210 c.p.p.)*

L'articolo di riferimento è l'art. 210 c.p.p. previsto per il dibattimento, anche se lo si considera comunemente applicabile anche in altre fasi processuali come l'incidente probatorio o l'udienza preliminare<sup>297</sup>. I limiti di ammissibilità della prova si ritrovano nell'art. 210 c.p.p., l'ammissione è subordinata alla richiesta di parte o può essere di iniziativa giudiziale nelle ipotesi di cui all'art. 195 c.p.p. L'art. 210 c.p.p. è cambiato rispetto al testo preliminare e la rilevanza di tutto ciò sta nel fatto che non ci sono garanzie per l'imputato rispetto all'autoincriminazione. Ciò viene compensato dal diritto al silenzio, per cui i soggetti possono non rispondere alle domande del giudice. A differenza dell'esame dell'imputato analizzato del precedente paragrafo, in questo caso l'esame non è rimesso alla facoltà di scelta della persona e per questo si giustifica la diversità di disciplina. In seguito alla caducazione della garanzia contro l'autoincriminazione attraverso la previsione del diritto al silenzio non sussiste più ragione per ritenere inutilizzabili le dichiarazioni *contra se*. Queste conservano la loro validità e utilizzabilità in quanto il soggetto sottoposto a esame ben conosce la sua posizione e produce le dichiarazioni in presenza del suo difensore<sup>298</sup>. L'utilizzabilità di ciò che viene dichiarato non è inficiata

---

<sup>297</sup> Nell'abrogato sistema sussisteva la figura del libero interrogatorio dell'imputato di reati connessi ed era considerato un mezzo privilegiato per l'assunzione di dichiarazioni dei collaboratori di giustizia. Cfr. L. D'AMBROSIO, *sub art. 210*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 507.

<sup>298</sup> M. BARGIS, *L'esame della persona imputata in un procedimento connesso nel nuovo codice di procedura penale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1991, p. 15.

dall'omissione dell'avviso della facoltà di non rispondere alle domande. Tale violazione potrebbe essere inserita tra le nullità intermedie in quanto violazione del diritto alla difesa. Se invece ci si trova nella situazione in cui al soggetto sottoposto a esame non siano state date le idonee informazioni la nullità non sanata incide sulla validità degli atti.

### 3. Il confronto

#### *3.1. I presupposti e le modalità del confronto: le sanzioni applicabili (artt. 211-212 c.p.p.)*

*Art. 211 c.p.p. “Il confronto è ammesso esclusivamente fra persone già esaminate o interrogate, quando vi è disaccordo fra esse su fatti e circostanze importanti.”*

*Art. 212 c.p.p. “Il giudice, richiamate le precedenti dichiarazioni ai soggetti tra i quali deve svolgersi il confronto, chiede loro se le confermano o le modificano, invitandoli. Ove occorra, alle reciproche contestazioni.*

*Nel verbale è fatta menzione delle domande rivolte dal giudice, delle dichiarazioni rese dalle persone messe a confronto e di quanto altro è avvenuto durante il confronto.”*

Anche in questo caso la prospettiva storica può aiutare a comprendere la portata della norma. La normativa precedente è stata rinnovata: l'art. 211 c.p.p. richiama l'abrogato art. 364 comma 1 c.p.p. 1930 mentre l'art. 212 c.p.p. soprattutto è stato riadattato alle esigenze del nuovo sistema. L'ampiezza applicativa della norma ricomprende la fase dibattimentale e l'incidente probatorio, mentre sembra da escludersi l'udienza preliminare anche se ci sono

voci in dottrina che sostengono la facoltà di introdurre il confronto anche in sede di udienza preliminare<sup>299</sup>.

Occorre tenere presente sicuramente i tassativi riferimenti ai sensi dell'art. 422 c.p.p. che specificano che le parti e il pubblico ministero possono far presente al giudice la necessità di nuovo materiale conoscitivo attraverso la produzione di documenti o audizioni testimoniali o interrogatori. Rispetto alla versione precedente dell'art. 211 rileva il diritto di partecipazione dei difensori oltre ad alcuni adattamenti formali. L'art. 211 c.p.p. porta una dizione diversa rispetto al già citato articolo previgente che consiste in "fatti e circostanze" a fronte della precedente locuzione "fatti o circostanze", sebbene la *ratio* della norma e la sua connotazione formale-funzionale rimangono sostanzialmente le stesse<sup>300</sup>.

Rispetto al precedente sistema la separazione tra confronti e ricognizioni è netta<sup>301</sup>. Questo cambiamento ha la finalità di rendere indipendente l'istituto e di renderlo più utilizzabile stante il principio di raccolta delle prove prevalentemente nella sede dibattimentale. Il confronto è uno strumento che non deve essere aprioristicamente considerato nella sua fenomenicità estrema e patologica e di certo non costituisce solo lo scontro sterile di soggetti pervicacemente risoluto a difendere le proprie posizioni e dichiarazioni precedentemente rese. Piuttosto rappresenta uno strumento di accertamento della verità che nel suo emergere è facilitata dall'incontro di più soggetti con memorie diverse.

Sotto il profilo sanzionatorio analizziamo le diverse ipotesi di vizio e le derivanti conseguenze. Se il vizio rilevato incide sul regolare compimento del confronto, allora la sanzione ricollegabile è la nullità che si rivela assoluta nel caso di atto disposto senza la presenza del difensore della persona sottoposta a indagine o dell'imputato come ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c) e 179

---

<sup>299</sup> A. MELCHIONDA, *sub. art. 212*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 525.

<sup>300</sup> Cfr. G. BELLAVISTA, voce *Confronto*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1961, p. 1063.

<sup>301</sup> Il codice del 1930 in cui facciamo riferimento all'art. 364 aveva ereditato la collocazione codicistica dal codice precedente del 1913 che prevedeva l'argomento qui oggetto di interesse all'art. 259 e che a sua volta aveva mantenuto l'impostazione del codice del 1965 in riferimento all'art. 245. Cfr. S. LONGHI, in *Commentario al codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1922, p. 631 ss.

comma 1 c.p.p. Se il difensore assente è quello delle parti private la nullità è sanabile. La sanzione è quella dell'inutilizzabilità, invece, nel caso in cui l'atto viene "compiuto a seguito di un errato giudizio di ammissibilità vertente sulla conformità del mezzo di prova alle disposizioni generali"<sup>302</sup>. L'inutilizzabilità dovrebbe essere applicabile in generale rispetto ad atti avvenuti in assenza dei presupposti delineati dall'art. 211 c.p.p.<sup>303</sup> Le norme ricavabili da tale articolo relative all'ammissibilità dell'atto sono considerate come integranti divieti probatori ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

### *3.2. Sanzioni e utilizzabilità del verbale di confronto: osservazioni sul confronto disposto durante la fase delle indagini preliminari*

Meritevole di qualche puntualizzazione specifica è la disciplina del confronto disposto anche coattivamente da parte del pubblico ministero in sede di indagini preliminari. Per quanto riguarda la regolamentazione sanzionatoria, sicuramente le considerazioni generali sugli artt. 211 e 212 c.p.p. sono di portata tale da ricomprendere in modo estensivo anche tale fase<sup>304</sup>. Tali articoli forniscono una garanzia minima per ciò che riguarda le modalità acquisitive e da eventuali violazioni conseguono ipotesi di nullità di tipo assoluto o relativo o inutilizzabilità patologica. A questa estensione delle norme generali sulla materia in oggetto si affiancano ulteriori disposizioni incidenti sulla validità dell'atto. Nel disposto dell'art. 364 comma 5 c.p.p. è prevista la facoltà del pubblico ministero di procedere al confronto anche prima del termine prefissato. Questo accade in casi di estrema urgenza giustificata dall'eventuale pregiudizio che un ritardo comporterebbe per la ricerca e l'assicurazione delle fonti di prova,

---

<sup>302</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 347.

<sup>303</sup> Rel. Prog. Prel., in G.U. 24 ottobre 1988, cit., p. 181 ss.

<sup>304</sup> Cfr. V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, cit., p. 169.

dando immediato avviso ai difensori perché possano presenziare<sup>305</sup>. L'eventuale violazione da parte dell'organo procedente di indicare in via specifica i motivi della deroga e le modalità dell'avviso è sanzionato con la nullità relativa.

Per quanto riguarda l'utilizzabilità probatoria il sistema privilegia la costituzione delle prove in fase dibattimentale. Occorre fare qualche puntualizzazione sul tema dell'utilizzabilità del verbale di confronto. Senza dubbio non sarà utilizzabile il verbale che il pubblico ministero ha disposto ed effettuato nella precedente fase delle indagini preliminari. Questo atto rimane nel fascicolo del pubblico ministero anche in caso di rinvio a giudizio<sup>306</sup>. Nel caso in cui il verbale del confronto sia disposto in sede di incidente probatorio allora la sua utilizzabilità sarà rilevante per i seguenti atti di indagine, per l'udienza preliminare o in caso di giudizio abbreviato.

È pur vero che tale verbale mantiene la sua utilizzabilità anche in dibattimento tramite lettura nel caso in cui sia divenuto irripetibile, ad esempio non più rinnovabile per morte o irreperibilità<sup>307</sup>. Se l'irreperibilità è già palese al momento di formazione del fascicolo del dibattimento, allora l'atto viene inserito in quello stesso momento ed è utilizzabile attraverso la lettura<sup>308</sup>.

È lecito ritenere che l'utilizzabilità del verbale del confronto o la sua inutilizzabilità sia dipendente sostanzialmente dalla qualifica della ripetibilità. Generalmente ci si trova davanti a un mezzo di prova ripetibile, tranne casi caratterizzati da peculiare estemporaneità e drammaticità tali da ritenere la reiterabilità non sostenibile<sup>309</sup>.

---

<sup>305</sup> Cfr. art. 304 *ter* comma 4 c.p.p. 1930 secondo cui era previsto che in casi di assoluta urgenza il giudice potesse procedere agli atti cui poteva assistere il difensore anche senza darne avviso al difensore medesimo o prima del termine prefissato. A pena di nullità dovevano essere indicati i motivi della deroga. Cfr. P. DUBOLINO, T. BAGLIONE, F. BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 651.

<sup>306</sup> Cfr. art. 433 c.p.p. salvo i casi di irripetibilità.

<sup>307</sup> Cfr. A. MELCHIONDA, *sub. art. 212* in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 536.

<sup>308</sup> Altre voci della dottrina ritengono invece che “Anche nel caso di irripetibilità manifesta già nel momento di formazione del fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p., si deve ritenere ingiustificata l'inclusione del relativo verbale in quest'ultimo, che risulta formato da verbali di atti irripetibili in via originaria” N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 351.

<sup>309</sup> Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, cit., p. 249.

## 4. Le ricognizioni

### *4.1. Preponderanza sanzionatoria della nullità rispetto all'inutilizzabilità (artt. 213 ss.)*

La disciplina delle ricognizioni è aderente alle previsioni precedentemente vigenti<sup>310</sup> pur a fronte di alcune novità come la separatezza tra le due figure della ricognizione e del confronto. Analizzando il profilo sanzionatorio emerge il rilevante ruolo della figura della nullità a seguito di trasgressioni pertinenti alle modalità assuntive o a violazioni di disposizioni concernenti profili formali. Ad esempio, per quanto riguarda la ricognizione personale, si rileva la nullità qualora vengano violate le norme concernenti gli adempimenti obbligatori nella fase preliminare come all'art. 213 comma 1 c.p.p. o se queste ultime e le dichiarazioni effettuate non vengono espressamente indicate nel verbale. L'atto, infatti, è nullo quando sono assenti le esplicite modalità di svolgimento per espressa previsione legislativa ai sensi dell'art. 214 comma 3 c.p.p. Si ritiene analoga la disciplina relativa alla ricognizione reale. I profili delineati all'art. 213 c.p.p. vengono, infatti, richiamati e fungono da norme generali di riferimento per le altre figure di ricognizione. Almeno per quanto compatibili, i profili di disciplina non differiscono anche in caso di ricognizioni di voce, suoni e quanto percepibile sensorialmente, come disposto dall'art. 216 c.p.p. Norma di chiusura è infine l'art. 217 c.p.p. che, ricalcando il previgente art. 362 c.p.p. 1930, richiama il già analizzato regime sanzionatorio attraverso "l'applicabilità degli articoli precedenti". La ricognizione è tipica della fase dibattimentale e difficilmente si verifica fuori da essa tranne nel caso dell'incidente probatorio. In verità potrebbero sussistere casi di particolare urgenza ipotizzabili e in questo caso si potrebbero porre problemi se le modalità risultano viziate, di solito sanzionate con nullità relativa. All'eventuale assenza del difensore consegue una

---

<sup>310</sup> Cfr. artt. 360-361 c.p.p. 1930.

nullità di tipo assoluto, mentre l'assenza del pubblico ministero in udienza è nullità di tipo intermedio. I profili relativi a mere irregolarità sono considerati solitamente non rilevanti, come l'omissione dei nomi dei soggetti che hanno permesso che avvenisse il riconoscimento oppure la violazione dell'obbligo da parte del giudice di cercare i soggetti più somiglianti<sup>311</sup>.

Passando, invece, a trattare nello specifico la sanzione dell'inutilizzabilità, essa non gode di ampi spazi applicativi per via della quasi totale insussistenza di regole di esclusione. Essendo necessaria un'autorizzazione, è inutilizzabile la ricognizione effettuata prima che il provvedimento autorizzativo sia stato concesso. Non sussistono previsioni volte a vietare l'esecuzione coattiva dell'atto per cui, pur sussistendo condizioni intimidatorie, non si può ipotizzare la violazione di un divieto probatorio. Riflessioni differenti si pongono, invece, nel caso in cui la ricognizione avvenga senza alcuna informazione al soggetto imputato che non è dunque a conoscenza di esservi sottoposto successivamente a un suo rifiuto. L'imputato in tale situazione si troverebbe "privo di ogni controllo sull'esecuzione dell'atto e privato della possibilità di recedere dal contegno ostruzionistico, chiedendo il compimento dell'atto nella forma rituale"<sup>312</sup>.

L'art. 216 c.p.p. concernente altre ipotesi di ricognizione prevede l'estensione analogica delle disposizioni generali sulla ricognizione<sup>313</sup>. Sono comunque ipotizzabili casi atipici in cui è il giudice ad identificare in modo chiaro le modalità effettive per l'acquisizione per garantirne la legittimità. Queste disposizioni potrebbero così divenire limiti di utilizzabilità.

Una situazione particolare è la semi-utilizzabilità ricavabile ai sensi dell'art. 403 c.p.p. in tema di incidente probatorio. Si potrebbe verificare la bizzarra ipotesi per cui lo stesso atto può essere considerato come prova per un imputato, ma non è invece utilizzabile per un altro, in virtù del fatto che "il difensore di questi

---

<sup>311</sup> G. BONETTO, *sub. artt. 360 e 361*, in G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1987, p. 1050.

<sup>312</sup> P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 652.

<sup>313</sup> Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 120.



non sia stato informato dell'operazione e non abbia perciò potuto parteciparvi”<sup>314</sup>.

## 5. Gli esperimenti giudiziali

### 5.1. *Inquadramento storico e quadro sanzionatorio*

Il codice vigente propone una disciplina molto simile a quelle del codice Rocco. Si riscontrano sicuramente profili di innovazione su cui è utile riflettere ai fini del presente lavoro.

Gli elementi di novità sono:

- la specificazione delle modalità di svolgimento ai sensi dell'art. 219 c.p.p. Occorre ricordare a questo riguardo che ci si trova di fronte a un tipo di prova diretta, che coinvolge la percezione personale del giudice. In questo modo il giudice non ha filtri e la verifica di un fatto che può fondare il presupposto della decisione è rimesso a lui, senza che siano presenti agenti intermedi<sup>315</sup>.
- a livello di struttura la collocazione autonoma di tale figura rispetto all'ispezione giudiziale. La disciplina in un unico capo di esperimenti e ispezioni era, in verità, fondata: “l'esperimento si origina storicamente dall'ispezione, in particolare da quella oculare con la quale spesso si accompagna, per poi distaccarsene ad acquistare propria autonomia<sup>316</sup>”. La scelta di ordine sistematico di disciplinarle come figure autonome è determinata dalla effettiva applicazione della distinzione tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.

---

<sup>314</sup> A. MELCHIONDA, *sub. art. 213*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 546.

<sup>315</sup> A questo riguardo E. FLORIAN, *Delle prove penali*, III ed., a cura di P. Fredas, Istituto Editoriale Cisalpino, Varese-Milano, 1961, p. 651.

<sup>316</sup> G. BELLAVISTA, *Esperimento giudiziale*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, p. 747.

- la scomparsa di norme che non si armonizzavano con il nuovo rito<sup>317</sup>.
- alcune previsioni volte a perfezionare i risultati dell'atto. Ad esempio al primo comma dell'art. 219 c.p.p. si dispone che è possibile la nomina di un esperto della materia per effettuare certe operazioni quando, pur non essendo necessario disporre una perizia, occorra però l'intervento di un soggetto dotato di determinate competenze; al secondo comma è prevista la facoltà per il giudice di richiedere rilevazioni di tipo fotografico o cinematografico o di altro genere<sup>318</sup>.

Art. 218 c.p.p. *“L'esperimento giudiziale è ammesso quando occorre accertare se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo.*

*L'esperimento consiste nella riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso”*

Dopo aver inquadrato l'articolo e la sua evoluzione storica, occorre porre attenzione all'apparato sanzionatorio che ne deriva. Il punto focale è quello dei vizi conseguenti alla violazione di forme e modalità esecutive. Nella dizione legislativa delle disposizioni che lo riguardano non ci sono rinvii espressi ad alcuna comminatoria di nullità tanto che spesso si ricorre alla dottrina elaborata nel contesto della normativa precedente, pur se meno precisa. Qualche esempio può riguardare l'impossibilità che l'atto fosse delegato a giudice diverso da quello della decisione a pena di nullità ai sensi degli attuali artt. 178 comma 1 lett. a) e 179 comma 1 c.p.p., oppure la necessità di motivazione idonea<sup>319</sup>, nonché l'oggetto, il giorno, l'ora e il luogo dell'esperimento. La sanzione è la nullità relativa ai sensi dell'art. 125 comma 3 c.p.p. La nullità è sanzione anche per i casi di assenza del difensore nel compimento dell'esperimento o di mancata partecipazione da parte del pubblico ministero. Diverse situazioni e concorso di sanzioni si rileva, invece, in sede di incidente probatorio nel caso in

---

<sup>317</sup> Cfr. art. 313 c.p.p. 1930.

<sup>318</sup> A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, II ed., cit., p. 183.

<sup>319</sup> La motivazione deve essere idonea rispetto alla pertinenza e all'ammissibilità della prova. Cfr. G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, cit., p. 223.

cui l'oggetto sia un esperimento non rinviabile. In questo caso si distinguono due figure possibili:

- la nullità assoluta dell'atto con riferimento agli artt. 178 comma 1 lett. c), 179 comma 1 e 401 comma 1 c.p.p.
- l'inutilizzabilità della prova in dibattimento contro l'imputato ai sensi dell'art. 403 c.p.p. per il fatto che il difensore non ha partecipato all'assunzione della prova. L'art. 403 c.p.p. è volto alla tutela del contraddittorio nella formazione della prova. In quest'ultimo caso la sanzione dell'inutilizzabilità assorbe la nullità dell'atto. Potrebbe, invece, rilevare la nullità in sede di indagini preliminari durante le quali si esclude l'applicabilità dell'art. 403 c.p.p.<sup>320</sup>

Le ipotesi analizzate si riferiscono a casi di assenza del difensore dell'indagato. Ad esempio un vizio nelle modalità di effettuazione degli avvisi relativamente ai quali consegue deriva la nullità. Questa invalidità viene ad incidere sugli atti della fase delle indagini preliminari seguenti o comunque ne potrebbe conseguire l'invalidità in sede dibattimentale che, però, è già espressamente disposta dalla disposizione che prevede l'inutilizzabilità ai sensi del menzionato art. 403 c.p.p.

Altro caso particolare a cui consegue l'inutilizzabilità del risultato probatorio assunto è il seguente: l'ipotesi di un incidente probatorio che viene effettuato senza sapere l'identità di altro soggetto indagato che si qualifica poi come tale in seguito al risultato dell'incidente probatorio. In una situazione di questo tipo il difensore di quest'ultimo non era presente, per cui ai sensi dell'art. 401 comma 6 c.p.p. è vietata l'estensione delle prove ai soggetti i cui difensori non erano presenti, per cui ne deriva la sanzione dell'inutilizzabilità.

---

<sup>320</sup> Per quanto riguarda il diverso ambito di incidenza di nullità e inutilizzabilità *ivi*, Cap. III, 1.4. Differenze rispetto alla nullità.

## 5.2. *Le modalità di svolgimento: divieti ed illegittimità*

Le norme che disciplinano l'esperimento giudiziale nella fase costitutiva della prova sono l'art. 218 comma 1 e 219 comma 4 c.p.p. Questo mezzo di prova si inserisce in un contesto in cui sia possibile riprodurre il fatto alle stesse condizioni in cui si afferma o si ritiene sia avvenuto<sup>321</sup>. Ponendo al centro dell'analisi l'estensione applicativa dell'inutilizzabilità, occorre sottolineare che qui non si riscontrano divieti probatori espressi al di fuori di quelli previsti dalle generali disposizioni come all'art. 188 c.p.p. Già l'abrogato art. 312 del codice del 1930 poneva alcuni divieti a riguardo: erano espressamente vietati gli esperimenti offensivi del senso nazionale o religioso o di pietà verso o defunti o la moralità pubblica o turbativi dell'ordine pubblico. Questi sono richiamati seppur con una formulazione leggermente differente nell'art. 219 comma 4 c.p.p. che dispone che “nel determinare le modalità dell'esperimento il giudice, se del caso, dà le opportune disposizioni affinché esso si svolga in modo da non offendere sentimenti di coscienza e a non esporre a pericolo l'incolumità delle persone o la sicurezza pubblica”. Il disposto citato può essere interpretato come una specificazione di quanto previsto all'art. 188 c.p.p. relativamente alla libertà morale della persona nella fase di costituzione delle prove. Nonostante ciò non si ritiene divieto probatorio vero e proprio e non si ritiene di conseguenza applicabile la sanzione dell'inutilizzabilità, nonostante le tendenze della dottrina precedente a ritenere inutilizzabili ai fini decisori i risultati ottenuti dall'esperimento compiuto in assenza delle condizioni legali<sup>322</sup>.

Ultimo punto su cui effettuare qualche riflessione riguarda la questione circa il destinatario delle norme 218 e 219 c.p.p.: è solo il giudice della fase dibattimentale o anche il pubblico ministero nella fase precedente? Il legislatore solitamente utilizza la formula “autorità giudiziaria” quando viene coinvolto anche il pubblico ministero, “giudice ” per indicare solo quest'ultimo. Se ne

---

<sup>321</sup> G. BARONE, voce *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 337.

<sup>322</sup> Cfr. G. BARONE, voce *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 338.

deduce pertanto un divieto per il pubblico ministero di procedere in ordine all'esperienza giudiziale, mezzo di prova mai citato nelle disposizioni che lo riguardano. In ogni caso sarebbe difficile ravvisare a riguardo connotati di urgenza<sup>323</sup>.

## 6. La perizia

### *6.1. La garanzia dei diritti delle parti e la perizia affidata a persona non qualificata (artt. 220 ss. c.p.p.)*

La disciplina in tema di perizia rimane immutata ma rileva sottolineare che le direttive della legge delega come all'art. 2 n. 10 sono state rese effettive su differenti punti tra cui le modalità e i criteri di scelta del tecnico e l'indagine collegiale. Essa infatti si presenta ammissibile se suffragata da concreti presupposti la cui valutazione riduce l'area di discrezionalità giudiziale<sup>324</sup>. La perizia si trasforma nella struttura e nella dinamica, "non tanto per le scelte interne alla disciplina dell'istituto, ma perché il modello processuale è cambiato così da incidere profondamente nel modo di acquisire questo contributo tecnico-scientifico"<sup>325</sup>. La *ratio* di fondo consiste nel limitare la discrezionalità del giudice. L'ammissione d'ufficio della perizia è esplicitata all'art. 508 c.p.p., seppur limitata e condizionata alla presenza di determinati presupposti<sup>326</sup>; inoltre è ridotto il ruolo del giudice nell'effettiva elezione del tecnico. La disciplina che emerge è volta a garantire il livello di competenza del perito anche se non si presenta alcuna sanzione per la scelta che cade fuori dalle prescrizioni previste,

---

<sup>323</sup> R. DOTTA, *sub. art. 218*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 562.

<sup>324</sup> F. GIANFROTTA, *sub. art. 221*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 583.

<sup>325</sup> E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 170.

<sup>326</sup> Cfr. le condizioni prescritte all'art. 220 c.p.p.

come per ciò che riguarda la formazione e revisione degli albi dei periti presso il tribunale. Nel caso di una perizia affidata a persona non qualificata possono essere sollevate contestazioni sul piano dell'attendibilità, ma la prova non risulta viziata: non sembra, infatti, configurabile un divieto specifico nell'art. 221 comma 1 c.p.p. Dal punto di vista delle violazioni, si ponga il caso di una sentenza decisa senza che venga disposta una perizia dovuta, a cui il giudice era tenuto: in questo caso si ravvisa una violazione in riferimento al diritto alla prova e all'inosservanza di disporre di uno strumento specifico nei casi definiti. Una sentenza di questo tipo, secondo parte della dottrina, se fosse "magistralmente disquisita... in Cassazione sarebbe annullata a colpo sicuro"<sup>327</sup>. Analizzando le singole regole di esclusione e le espresse disposizioni dal profilo formale, emergono alcune considerazioni. Tra i divieti innanzitutto si rilevano il divieto di perizia psicologica e criminologia ai sensi dell'art. 220 comma 2 c.p.p.<sup>328</sup>

## 6.2. *L'esclusione di perizie criminologiche e psicologiche*

Dall'analisi rispetto alla norma presente del testo previgente si rileva una sostanziale analogia e alcune differenze. L'art. 314 comma 2 c.p.p. abrogato conteneva un divieto attraverso cui il legislatore rendeva "il processo penale non permeabile al contributo di scienze umane quali la psicologia, la criminologia, l'antropologia criminale"<sup>329</sup>. L'ispirazione moderna attuale dovrebbe però discostarsi da questa visione e porsi in modo più aperto alle nuove discipline e al loro contributo, come ci ricorda la Corte costituzionale<sup>330</sup> che, pur escludendo

---

<sup>327</sup> F. CORDERO, *sub art. 220*, in *Codice*, cit., p. 262.

<sup>328</sup> Cfr. art. 2, n. 10 legge delega del 1974 e art. 209 comma 2 prog. prel. del 1978, l'iter del divieto in discorso ha avuto passaggi diversi, è stato superato e poi riconfermato. Ivi, par. successivo 6.2. L'esclusione di perizie criminologiche e psicologiche.

<sup>329</sup> P. CORSO, *Periti e perizia*, in *Enc. dir. XXXIII*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 89.

<sup>330</sup> Corte cost. 24 giugno 1970, sent. n. 124, in *Giust. cost.*, 1970, p. 1557.

l'illegittimità costituzionale della mancata previsione della perizia psicologica, ha auspicato un aggiornamento della normativa considerata.

Un auspicio fatto proprio dai compilatori del progetto del 1978 nel quale era prevalsa l'idea di togliere il divieto di perizia criminologica e psicologica era: "ai fini del giudizio sulla personalità e pericolosità dell'imputato" veniva ammessa la perizia che avesse per "oggetto la personalità dell'imputato anche in ordine alle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".

Ma a questa fase di totale favore a riguardo è seguita una fase di ripensamento<sup>331</sup>. È prevalsa la diffidenza verso la commistione di queste discipline con il diritto e si tornava a sostenere l'esigenza di mantenere il divieto, seppur con motivazioni differenti rispetto a quelle che giustificavano l'art. 314 c.p.p. previgente. L'art. 220 comma 2 c.p.p. recepisce queste perplessità che divengono vera e propria contrarietà ad analizzare con perizia la personalità e pericolosità dell'imputato. Dal confronto dell'art. 220 c.p.p. attualmente vigente con il testo del progetto preliminare si nota un'importante differenza: si tratta dell'aggiunta del secondo comma, nel quale sono contenuti alcuni divieti rispetto a quelle tipologie di perizie volte a determinare:

- l'abitudine e professionalità nel reato
- la tendenza a delinquere
- il carattere la personalità dell'imputato
- le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche

Questo orientamento è giustificato dall'intrinseca difficoltà di una perizia utilizzata a tali scopi cui è difficile attribuire la peculiarità proprie dell'ambito scientifico. L'esito di una perizia simile potrebbe, infatti, essere incerto, perché potrebbe essere falsato o condizionato dall'atteggiamento volontario o involontario dell'imputato poiché in una situazione di particolare tensione non idonea ad un'analisi obiettiva di caratteristiche emotive<sup>332</sup>. Tale divieto sembra interpretabile in modo estensivo, così da applicarsi anche nei confronti della

---

<sup>331</sup> Contributi interessanti a riguardo sono stati espressi nel "Seminario internazionale sulla perizia criminologica", tenutosi a Siracusa nel settembre del 1980.

<sup>332</sup> Cfr. B. PANNAIN, M. ALBINO, M. PANNAIN, *Il giudizio tecnico sulla personalità dell'imputato*, in *Studi sulla memoria di R. Pannain*, Napoli, 1987, p. 101 ss.

persona offesa dal reato. Tutto ciò coordinando l'esclusione in discorso con divieti presenti in altre disposizioni. L'art. 194 comma 2 c.p.p., per ciò che riguarda l'estensione dell'esame testimoniale, regola in modo restrittivo l'ipotesi in cui la deposizione riguardi circostanze tendenti a definire la personalità dell'offeso. Su questo argomento rileva anche l'art. 236 comma 1 c.p.p. che consente di acquisire specifici documenti sulla personalità dell'offeso "se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di quest'ultimo". Interessante è rilevare l'attenuazione di questo divieto per quanto riguarda il processo penale minorile. Tale disciplina, infatti, prevede in rubrica l'indagine sulla personalità del minore. Il testo legislativo pare autorizzare il pubblico ministero e il giudice ad operare con esperti per raccogliere documentazione riguardante le "condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità"<sup>333</sup>. Già la direttiva della legge delega all'art. 3 lett. e) prescriveva "il dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale".

### *6.3. Perizia e casi particolari: problemi di utilizzabilità (artt. 222 e 223 c.p.p.)*

#### *6.3.1. Incapacità e incompatibilità (art. 222 c.p.p.)*

Le ipotesi previste dall'art. 222 c.p.p. si traducono in un esplicito divieto alla prestazione dell'ufficio e la sanzione prevista è la nullità relativa, dunque sanabile ai sensi dell'art. 181 c.p.p. L'incapacità può derivare da motivi di età, incapacità naturale o giuridica o indegnità. L'incompatibilità è ipotizzabile per quel soggetto che non può testimoniare o a cui è riservata la facoltà di astenersi dal testimoniare o è tenuto a prestare ufficio di testimone, interprete o

---

<sup>333</sup> Art. 9 commi 1 e 2 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.



consulente tecnico nel procedimento<sup>334</sup>. La sanzione della nullità relativa appare inadeguata, incidendo su di un atto di valore potenzialmente molto rilevante per la decisione del giudice.

Infatti, se non eccepita *ex parte*, allora la valutazione sulla validità della perizia è integralmente lasciata al libero apprezzamento del giudice che non è detto sia nelle condizioni di venire a conoscenza del vizio, nel caso in cui si tratti di un'incompatibilità sopravvenuta<sup>335</sup>.

La rinnovazione dell'atto attraverso la sostituzione del perito avviene, dunque, solo a seguito di dichiarazione di nullità sollecitata da un'istanza di parte.

### 6.3.2. *Astensione e ricusazione del perito (art. 223 c.p.p.)*

L'astensione è integrata dalle ipotesi previste dall'art. 36 c.p.p., mentre la ricusazione dalle ipotesi dell'art. 36 c.p.p. ad esclusione della lettera h). La questione in discorso è la validità del risultato di una perizia effettuata da un soggetto ricusato. L'art. 42 c.p.p. relativo agli atti compiuti dal giudice ricusato potrebbe suggerire una risposta. L'attività probatoria compiuta dal perito è effettuata in violazione di un divieto probatorio e quindi risulta inutilizzabile. L'attuale previsione normativa, discostandosi dall'art. 70 comma 1 c.p.p. del 1930<sup>336</sup> che prevedeva la nullità degli atti compiuti dal magistrato astenutosi o ricusato (sempre per mantenere il parallelismo), non presenta richiami alcuni a previsioni sanzionatorie di nullità. La soluzione prospettata in dottrina<sup>337</sup> è quella di riconoscere la risposta sanzionatoria nell'inutilizzabilità ricavata dal rinvio all'art. 191 c.p.p.

Le prove su cui ricade il giudizio di utilizzabilità possono essere state raccolte prima o dopo la dichiarazione di astensione o ricusazione. Tra i due casi il più

---

<sup>334</sup> Cfr. I. VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Cedam, Padova, 1968, p. 231.

<sup>335</sup> Cfr. D. SIRACUSANO, *Le prove*, in AA. VV. *Diritto processuale penale*, vol. I, II ed., Giuffrè, Milano, 1996, p. 323.

<sup>336</sup> Cfr. E. ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudizio penale*, Giuffrè, Milano, 1989, cit., p. 135.

<sup>337</sup> Cfr. G. BARONE, *sub artt. 42 e 43*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario*, vol. I, cit., p. 260.

problematico è sicuramente il primo. Nel caso in cui l'effettuazione della perizia sia avvenuta prima, l'inutilizzabilità non consegue ad una vera e propria violazione di divieto probatorio e quindi non si tratta di patologia dell'atto, bensì di limiti relativi alla prova regolarmente assunta. La complessità del problema è data dal fatto che la perizia si svolge in un lasso di tempo che divide in due momenti separati l'effettiva realizzazione della perizia e la sua acquisizione in dibattimento. Se il motivo per la ricusazione viene alla luce prima dell'acquisizione in giudizio del risultato del perito, il procedimento si sospende e i dati rimangono al perito senza che il giudice ne venga a conoscenza. Può capitare, invece, che la causa di ricusazione sia rilevata dopo l'accoglimento in giudizio della relazione del perito e in quel caso le dichiarazioni rese si trovano ad essere parte del verbale di udienza. La tutela del corretto svolgimento degli atti probatori garantita dalla sanzione dell'inutilizzabilità deve essere bilanciata in questo caso con il principio di conservazione degli atti<sup>338</sup>. Sarà il giudice a valutare quali tra gli atti acquisiti possono mantenere la loro validità.

Nel caso in cui, invece, la prova peritale sia stata assunta in seguito alla dichiarazione di astensione o ricusazione, l'inutilizzabilità deriva dal disposto che vieta al perito ricusato di compiere altri atti e che può considerarsi divieto probatorio.

### *6.3.3. Consulenza tecnica endoperitale ed extraperitale (art. 225 c.p.p.)*

La consulenza tecnica peritale si può inserire in più momenti del procedimento, in sede di incidente probatorio, in predibattimento e dibattimento; la consulenza tecnica extraperitale, invece, può trovare sede anche in udienza preliminare. Il discorso qui in oggetto esige di limitare la trattazione di questo tema all'identificazione delle cause di vizio possibile e alle regole di esclusione dei risultati ottenuti, come l'art. 225 c.p.p. che prevede le ipotesi di incapacità e incompetenza del perito.

---

<sup>338</sup> Cfr. E. ZAPPALÀ, *La ricusazione*, cit., p. 141.

*Art. 225 c.p.p. “Non può essere nominato consulente tecnico chi si trova nelle condizioni indicate nell’art. 222 comma 1 lett. a), b), c) e d)”.*

Si tratta dell’unico divieto probatorio esplicito a riguardo. Il rischio è che, non essendo ravvisabile alcuna previsione di nullità, l’inosservanza del divieto resti impunita, tanto che il giudice non trovandosi una consulenza viziata in quanto nulla, non può neppure nominare un nuovo consulente<sup>339</sup>. È pur vero che parte della dottrina adotta l’interpretazione secondo cui “il giudice altro non debba e possa fare se non escludere, su eccezione di una delle altre parti o anche d’ufficio, con ordinanza motivata, il consulente predetto dalla partecipazione alla perizia o, qualora la sua presenza si sia manifestata solo successivamente a detta partecipazione mediante presentazione di una relazione, non tener conto di qualsivoglia apporto che dalla partecipazione stessa sia derivato al processo”<sup>340</sup>.

Anche per ciò che riguarda il consulente tecnico extraperitale i requisiti richiesti dalla legge sono simili a quelli previsti per perito e consulente tecnico endoperitale. Si pone un problema di differenziazione apparentemente immotivata tra il quadro sanzionatorio previsto per la perizia ai sensi dell’art. 222 c.p.p. e quello più rigido posto invece a tutela della consulenza tecnica ai sensi degli artt. 225 comma 3 e 233 comma 3 c.p.p. Occorre interpretare l’assenza di previsioni sanzionatorie e non è chiaramente ipotizzabile considerare i vizi mere irregolarità inincidenti. È una situazione che crea non poche difficoltà per il fatto che, pur non sussistendo previsioni di nullità, la sanzione dell’inutilizzabilità ai sensi dell’art. 191 c.p.p. pare eccessiva<sup>341</sup>. Si ripresenta la questione della tassatività delle fattispecie di inutilizzabilità, se essa cioè sia riferita esclusivamente a divieti probatori espliciti o anche a quelli ricavabili dal sistema<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> Cfr. art. 323 commi 3 e 4 del 1930, che predisponavano che al giudice arrivasse la notizia di nomina del consulente tecnico. Di fronte a soggetto incapace o incompatibile il giudice aveva il compito di invitare la parte a sostituirlo. A questo riguardo I. VIROTTA, *La perizia*, cit. p. 586.

<sup>340</sup> Cfr. P. DUBOLINO, T. BAGLIONE, F. BARTOLINI, *sub. art. 225*, in *Il nuovo codice*, vol. II, cit., p. 605.

<sup>341</sup> Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 153.

<sup>342</sup> Ivi, Cap. III, 2.1.1. Inutilizzabilità e divieti probatori: la loro tassatività.

#### 6.3.4. *Gli ausiliari del perito: limiti di utilizzabilità (art. 228 c.p.p.)*

Per la formazione del parere il perito può avvalersi di altri tecnici specializzati. La natura della perizia è strettamente personale e rimane opportuno sottolineare il limite dell'effettuazione dell'incarico da parte del tecnico nominato, anche se “con ciò non si vuol affermare che il perito debba svolgere tutte le operazioni e le singole attività da sé. Oltretutto per le operazioni manuali, egli potrà rivolgersi ai propri ausiliari per attività di natura concettuale”<sup>343</sup>.

Rimane, dunque, la necessità di distinguere tra la mera attività strumentale rispetto ai quesiti posti con l'incarico e le prestazioni di carattere intellettuale e tecnico aventi propria autonomia rispetto all'incarico affidato al perito, restando l'esigenza di uno specifico incarico del giudice per l'ausiliare<sup>344</sup>. Può accadere che il perito, pur avendo la preparazione per effettuare l'accertamento, manchi, però, dello strumentario o della pratica esperienza: in questo caso può servirsi dell'ausiliario specialista che deve compiere ogni attività in sua presenza. Sono casi frequenti in giurisprudenza, soprattutto quando si tratta di accertamenti medici per cui il medico legale incaricato può chiedere l'ausilio di un collega specialista, ad esempio un radiologo per effettuare una radiografia<sup>345</sup>. L'ausiliario in questo caso ha una mera funzione strumentale che non comporta una delega di funzioni, mentre la perizia effettiva continua ad essere svolta dal perito incaricato.

Caso diverso è quello in cui il perito richieda l'indagine completa agli ausiliari. Secondo la dottrina<sup>346</sup> si realizzerebbe, infatti, un'introduzione immotivata nel processo di persone non incaricate. Si ravviserebbero soggetti che agiscono in qualità di periti senza essere mai stati nominati tali e quindi in modo abusivo. Il risultato di tali attività risulterebbe inutilizzabile in quanto raccolto senza autorizzazione.

---

<sup>343</sup> I. VIROTTA, *La perizia*, cit., p. 295.

<sup>344</sup> Così M. MUSSO, *sub. art. 228*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 622.

<sup>345</sup> Cfr. Cass. 21 febbraio 1983, Maresca, in *Giust. pen.*, 1983, III, p. 689.

<sup>346</sup> A questo riguardo S. PATANÉ, *Validità della perizia in relazione alla possibilità del perito di incaricare collaboratori di sua iniziativa*, in *Giust. pen.*, 1967, p. 703.

## 7. L'utilizzabilità della prova documentale

### 7.1. Utilizzabilità e limiti

Il superamento della tesi sostenuta nella Relazione al progetto preliminare del codice, che non riteneva che l'elemento documentale avesse dignità di prova, ha portato a modifiche strutturali e sostanziali sull'argomento<sup>347</sup>. La disciplina utile al discorso qui in esame è quella sull'ammissione del mezzo di prova documentale. Il momento acquisitivo della prova documentale ha come presupposto la valutazione di ammissibilità in riferimento ai divieti probatori disposti a livello legislativo. Se la procedura di ammissione si rivela invalida, la prova viene sanzionata con l'inutilizzabilità, anche se è stata ritualmente assunta. Innanzitutto vi è un vaglio preliminare da parte del giudice sulla pertinenza tra il mezzo di prova e l'oggetto del processo. È un ragionamento che si trova già nei confronti del pubblico ministero nella fase antecedente delle indagini preliminari durante le quali l'organo procedente non può utilizzare documenti non pertinenti per compiere atti specifici come la richiesta di misure cautelari<sup>348</sup>.

Dall'analisi degli artt. 234 ss. c.p.p. si rilevano limiti specifici all'ammissione dei documenti. Dalla norma che definisce i requisiti che la prova documentale deve avere, si deduce la disciplina per l'ammissione di questo tipo di prova<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> L'approssimazione che il codice Rocco riserva per la prova testimoniale è data dal pregiudizio vivissimo già affermatosi a fine Ottocento secondo cui "i documenti non rappresentano un vero e proprio mezzo di prova, finendo per risolversi o in una testimonianza scritta o in un indizio nei casi in cui lo scritto costituisca corpo del reato" *Rel. prog. prel.*, cit., p. 66.

<sup>348</sup> Cfr. M. NOBILI, *sub art. 191*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 393.

<sup>349</sup> A questo riguardo l'art. 234 comma 1 c.p.p.: "è consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo". Il documento diventa prova nel momento in cui la

Inoltre, ai sensi dell'art. 239 c.p.p. il documento deve costituire scritto rappresentativo di dichiarazioni descrittive o esecutive o di qualsiasi oggetto idoneo a rappresentare fatti, persone o cose<sup>350</sup>. Invece, il documento che contiene voci correnti nel pubblico o relative alla moralità delle parti è inutilizzabile. Questa regola di esclusione può essere letta in parallelo con la disciplina della testimonianza<sup>351</sup>.

Altro divieto che si pone in continuità con il codice abrogato è il divieto di utilizzazione del documento anonimo, se non è corpo del reato o proveniente dall'imputato stesso, ai sensi dell'art. 240 c.p.p.<sup>352</sup> Questa disposizione si armonizza con il sistema codicistico che dispone in modo analogo anche per le denunce anonime di cui non può essere fatto alcun uso, ai sensi dell'art. 333 comma 3 c.p.p. Per ciò che riguarda la rilevazione dei vizi descritti ci si riconnette, trattandosi di norme di esclusione probatoria, all'art. 191 comma 2 c.p.p.

L'oggetto del divieto si ravvisa negli scritti privi di indicazione di provenienza ma non per i documenti cinematografici, fotografici, fonografici e di altra natura. L'art. 240 c.p.p., infatti, recita "documenti che contengono dichiarazioni anonime" e, quindi, è invece utilizzabile, ad esempio, la pellicola in cui l'azione delittuosa dell'imputato appare limpidamente registrata, anche se pervenuta al pubblico ministero senza indicazioni identificative del mittente. In questo caso è giustificabile mantenere l'utilizzabilità perché le dichiarazioni contenute sono di per sé intatte indipendentemente dall'identità del soggetto che lo ha inviato<sup>353</sup>.

Al di là di questi casi specifici, l'art. 240 c.p.p., se violato, viene tutelato dalla sanzione dell'inutilizzabilità che non significa distruzione dello scritto anonimo e ciò viene giustificato da parte della dottrina<sup>354</sup>, secondo la quale l'assenza di previsioni relative alla distruzione dell'anonimo si giustifica a fronte dell'ipotesi

---

dichiarazione contenuta rileva come fatto e non solo come rappresentazione di un fatto. Cfr. A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 187.

<sup>350</sup> A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 211.

<sup>351</sup> Ivi, Cap. IV, 1. *La testimonianza*.

<sup>352</sup> Cfr. art. 141 c.p.p. del 1930.

<sup>353</sup> Cfr. F. CORDERO, *sub. art. 240*, in *Codice*, cit., p. 279.

<sup>354</sup> Cfr. N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1989, p. 109.

in cui venga successivamente accertato che il documento anonimo perviene dall'imputato. Ne deriverebbe in questo caso il consentito uso processuale. Addirittura c'è chi<sup>355</sup> ritiene che, durante il periodo di custodia quinquennale dei documenti anonimi, gli inquirenti possano attingervi per il lavoro di indagine. L'inutilizzabilità perciò è riferita al piano probatorio e ha il fine di non consentire al pubblico ministero di fondare un atto su documenti anonimi.

## 7.2. Verballi di prove di altri procedimenti: utilizzabilità (art. 238 c.p.p.)

Nella fase di utilizzo di verbali delle prove raccolte *aliunde* si incontrano due esigenze, che sono la veicolazione documentale fra processi diversi e la tutela del contraddittorio tra le parti. L'art. 238 c.p.p., riguardante i processi sia penali che civili, pone un chiaro divieto probatorio<sup>356</sup>. L'acquisizione di verbali di prove in altro procedimento penale non richiede come presupposto il passaggio in giudicato della sentenza, requisito invece necessario in sede civile. Si richiede che siano verbali relativi a prove assunte in incidente probatorio o entrate nel processo in dibattimento tramite lettura ed è espressamente previsto il consenso delle parti così da escludere eventuali problemi connessi alla violazione del contraddittorio. Nel caso in cui si verificassero manchevoli i presupposti per la legittima acquisizione dei verbali, la sanzione applicabile è l'inutilizzabilità. Si ritiene, infatti, che sussista un tacito rinvio all'art. 191 c.p.p. La prova è illegittima quando, ad esempio, manca il consenso delle parti o la prova non è relativa ad una fase processuale tra quelle tassativamente indicate<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> Cfr. P. P. PAULESU, voce *Anonimi, denunce e documenti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 447.

<sup>356</sup> Cfr. M. NOBILI, *sub. art. 191*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 411.

<sup>357</sup> Sono esclusi dalla previsione legislativa i verbali del giudizio abbreviato e dell'udienza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Il terzo comma dell'art. 238 c.p.p. introduce la possibilità di recuperare atti non ripetibili di diverso procedimento e rivela qualche difficoltà di comprensione. Sarebbe opportuno ritenere che l'atto irripetibile sia allegabile al fascicolo per il dibattimento solo se già utilizzabile nel processo da cui deriva a garanzia delle norme acquisitive previste dalla legge. Il punto nevralgico è che "l'irripetibilità genetica o sopravvenuta, indipendentemente dalle cause e dal momento in cui si è verificata, determina una cristallizzazione dell'atto che consente, senza meccanismi alternativi, l'utilizzo *pleno iure* nel processo *ad quem*"<sup>358</sup>.

Art. 238 comma 3 c.p.p.: "*è comunque consentita l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili*".

Da una prima lettura di questo terzo comma sembra che esso non preveda alcuna riduzione del numero di atti utilizzabili sembrando contemplati sia gli atti verbalizzati che quelli soltanto documentati e questo potrebbe essere un rischio processuale di non poco conto. Si potrebbe, infatti, utilizzare nel processo *ad quem* un numero di atti più ampio di quello utilizzabile nel processo da cui derivano. Nel processo originario gli atti irripetibili possano essere recuperati solo in quanto verbalizzati. In risposta a questo problema si è ritenuto che il riferimento alla "documentazione" non sia da interpretare in modo comprensivo degli atti del pubblico ministero o della polizia giudiziaria effettuati senza la tutela della verbalizzazione<sup>359</sup>.

Il quarto e ultimo comma dell'art. 238 c.p.p. vanifica in parte il resto della disposizione, prescrivendo un'utilizzabilità relativa dei verbali di prova altrimenti considerati viziati e non acquisibili. I motivi di vizio possono essere vari, si va dal dissenso delle parti all'inadeguatezza della sede di assunzione o alla non irripetibilità. L'utilizzabilità a fini contestativi non esclude che tali atti entrino a far parte del fascicolo del dibattimento. L'art. 238 comma 4 c.p.p. rinvia agli artt. 500 e 503 c.p.p. e questa apertura è parsa eccessiva alla

---

<sup>358</sup> C. SQUASSONI, *sub. art. 238*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 660.

<sup>359</sup> Cfr. C. SQUASSONI, *sub. art. 238*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 661.



dottrina<sup>360</sup>, quasi che la norma risultasse forzata perché vanifica il valore del dissenso espresso dalle parti in relazione all'acquisizione. Possono essere, infatti, utilizzate le dichiarazioni del testimone rilasciate durante le indagini di un diverso procedimento per contestare deposizioni rese nel processo *ad quem*, mentre le dichiarazioni della parte esaminata rese con le dovute garanzie difensive al pubblico ministero durante l'interrogatorio o l'udienza di convalida possono avere ruolo decisivo nel processo *ad quem* in quanto utili a fini contestativi.

## 8. L'ispezione

### *8.1. L'assenza di regole di esclusione esplicite e cautele particolari per l'ispezione personale*

L'art. 244 c.p.p. si inserisce tra i mezzi di ricerca della prova. L'inclusione dell'ispezione in questa categoria è dibattuto in dottrina<sup>361</sup> perché tradizionalmente<sup>362</sup> vengono definiti mezzi di ricerca della prova solo i sequestri, le perquisizioni e le intercettazioni telefoniche. Analizzando le norme generali della disciplina in materia non si riscontrano disposizioni volte a delineare divieti probatori tali da farne conseguire l'inutilizzabilità. Anche l'art. 244 c.p.p. che definisce l'ispezione non è particolarmente dettagliato in ordine ai presupposti necessari per l'ammissibilità.

A livello interpretativo si possono operare collegamenti con altre disposizioni come gli artt. 13 e 14 Cost. e in essi rilevare indirettamente limiti all'utilizzabilità dell'ispezione.

---

<sup>360</sup> Cfr. M. BARGIS, *L'esame di persona imputata*, cit., p. 27.

<sup>361</sup> Cfr. E. BASSO, *sub. art. 244*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 674.

<sup>362</sup> Cfr. G. BELLAVISTA, G. TRANCHINO, *Lezioni di dir. proc. pen.*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 345 ss.

I presupposti previsti in caso di ispezione personale sono il rispetto della dignità e nel limite del possibile, del pudore del soggetto passivo. Analizzando l'art. 310 c.p.p. del 1930 e operando un confronto con l'art. 245 c.p.p. vigente, si rileva che la nuova disciplina supera la distinzione tra le ispezioni su imputato o indagato e le ispezioni effettuate nei confronti di soggetti non sottoposti ad indagini. L'unica necessità è quella disposta dall'art. 244 c.p.p., cioè "accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato". Rispetto alla precedente formulazione il presupposto del rispetto della dignità personale, invece di procedere in senso evolutivo, regredisce sul piano del contenuto: la dizione "dignità" della persona costituisce tutela meno rigida rispetto a "pudore" ed è salvaguardata solo "nei limiti del possibile". Oltretutto questa è l'unica cautela da osservare nel caso di ispezioni personali. Non è più stata tenuta in considerazione la previsione del previgente codice dell'occorrenza di grave e fondato sospetto o di un'assoluta necessità.

Neppure si riscontrano, infine, previsioni specifiche per quanto concerne la sanzione della nullità: di conseguenza determinate inattuazioni legislative integrano mere irregolarità<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup> Ci si riferisce al mancato avvertimento del diritto di assistenza di persona di fiducia in caso di ispezione personale, mancata consegna del decreto di ispezione locale, mancata esplicitazione nel verbale dei motivi per cui nessuno deve allontanarsi dal luogo di ispezione locale prima del termine della stessa. Cfr. E. BASSO, *sub. art. 246*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 694.

## 9. La perquisizione

### 9.1. *Il regime sanzionatorio dell'atto viziato*

La disciplina attuale della perquisizione è sostanzialmente analoga a quella previgente, con un'evoluzione di segno garantista a tutela delle norme costituzionali. Il mezzo di prova qui in oggetto ha la caratteristica della sorpresa ed è di solito utilizzato durante la fase delle indagini preliminari<sup>364</sup>, anche se esistono forme di perquisizione eseguibili durante il dibattimento, come all'art. 103 commi 3 e 4 c.p.p. Le sanzioni applicabili ad eventuali vizi dell'atto dovrebbero potersi desumere dalle disposizioni generali a cui possono essere affiancate specificazioni relative al momento investigativo<sup>365</sup>.

L'art. 247 c.p.p. definisce il mezzo di ricerca della prova in discorso e ne esemplifica i presupposti. Dall'analisi di tale articolo si delineano in modo chiaro la tipologia e la *ratio* della norma, ma anche il presupposto, imprescindibile per la perquisizione, di pertinenza-rilevanza che deve comparire nel decreto dispositivo. Si tratta di una sorta di motivazione volta a configurare "un'imputazione preliminare"<sup>366</sup> che accompagna la fase delle indagini preliminari ed eventualmente si trasforma in imputazione definitiva nel procedere alle fasi processuali seguenti. Specifiche prescrizioni tutelano la legittimità dell'atto. La perquisizione, innanzitutto, deve essere disposta con un decreto motivato da parte dell'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 247 comma 2 c.p.p. ed è tenuta a procedere la stessa autorità giudiziaria o gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati (comma 3 dell'articolo citato). Alcune norme rivestono la funzione di escludere la delegabilità di alcuni atti, come all'art. 103

---

<sup>364</sup> Cfr. E. BASSO, *sub. art. 247*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 697.

<sup>365</sup> Cfr. art. 352 c.p.p.; art. 103 c.p.p.

<sup>366</sup> Così M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 113.

c.p.p. a riguardo delle perquisizioni negli uffici dei difensori<sup>367</sup>. Se la previsione viene disattesa, la sanzione che ne consegue è l'inutilizzabilità. Questa viene determinata al comma 7 dell'art. 103 c.p.p. Vengono sanzionati in tal modo gli atti compiuti da organo non legittimato oppure effettuati su iniziativa della polizia giudiziaria. Un atto simile non potrebbe essere convalidato dal pubblico ministero perché egli stesso non l'avrebbe potuto disporre, non avendo l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari.

Il tenore letterale dell'art. 247 c.p.p. sottolinea la necessità di indicazioni specifiche così da evitare perquisizioni troppo ampie e indefinite. La disposizione recita "cose o persone specificamente determinate" che si concretizzano nell'indicazione dell'imputato o indagato da arrestare o evaso, il corpo del reato o cose pertinenti al reato. L'atto di perquisizione, dunque, è legittimo solo nel momento in cui vengono rispettati questi presupposti e ciò rileva anche per il discorso relativo al nesso di dipendenza relativo al sequestro funzionalmente dipendente dalla perquisizione<sup>368</sup>.

Sanzione meno grave è, invece, prevista per quanto riguarda la motivazione carente in un decreto autorizzativo pur esistente. In tale caso è comminata solo una nullità di tipo relativo. Altra violazione legislativa possibile riguarda la mancanza di consegna di copia del decreto al soggetto cui è riferito o l'avviso di potersi avvalere di assistenza di persona di fiducia: in questi casi si ritiene<sup>369</sup> che si integri solo una mera irregolarità. Parte della dottrina ritiene che il decreto dispositivo "costituisca anche una modalità alternativa dell'inoltro dell'informazione di garanzia"<sup>370</sup> e quindi si potrebbe leggere una violazione da ricondurre all'art. 178 lett. c) c.p.p.

L'inutilizzabilità, dunque, non appare specificata nella normativa generale ma solo per situazioni particolari, come la perquisizione personale o domiciliare

---

<sup>367</sup> Negli uffici dei difensori la perquisizione deve essere effettuata personalmente dal giudice in fase processuale e, in fase preliminare, dal pubblico ministero a seguito di decreto di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari. Cfr. art. 103 comma 4 c.p.p.

<sup>368</sup> Ivi, Cap V, 1.1.2. Il dibattito della dottrina sul rapporto tra perquisizione e sequestro.

<sup>369</sup> Cfr. Cass., 4 dicembre 1984, in *Riv. pen.*, 1986, p. 326.

<sup>370</sup> Così E. BASSO, *sub art. 249, Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 719.

eseguita in mancanza di autorizzazione a procedere per soggetti nei confronti dei quali è richiesta<sup>371</sup>. I vizi possono riguardare anche violazioni di disposizioni relative al *modus procedendi*.

## 9.2. *Disposizioni specifiche e divieti probatori*

Affiancata alla disciplina generale si trova poi una serie di disposizioni specifiche che delineano presupposti, adempimenti esecutivi e controlli successivi all'effettuazione dell'atto.

Certe disposizioni legislative non configurano esplicitamente un divieto. In tali casi non si può ritenere applicabile la sanzione più grave, e può essere di un qualche interesse analizzare qualche esempio.

a) Problematica è la disciplina relativa alle perquisizioni effettuate durante le indagini preliminari dalla polizia giudiziaria, i cui vizi rilevano sulla validità dell'atto a seconda delle modalità di esecuzione<sup>372</sup>. I verbali che ne conseguono sono atti irripetibili e risultano poi acquisiti tramite lettura. Le sommarie informazioni raccolte durante la perquisizione sono verbalizzate e le dichiarazioni rese possono essere utilizzate per fini contestativi.

b) L'art. 251 c.p.p. indica limiti temporali nei quali devono essere eseguite le perquisizioni domiciliari. In caso di urgenza le perquisizioni domiciliari possono essere effettuate indipendentemente dagli orari previsti. Questo si giustifica quando l'eventuale ritardo verrebbe a costituire pregiudizio per il risultato dell'atto. Le conseguenze di questa violazione sono esclusivamente penali o disciplinari mentre è esclusa la sanzione processuale dell'inutilizzabilità. La dottrina, però, offre a riguardo più riflessioni e si riscontrano tesi<sup>373</sup> che fanno

---

<sup>371</sup> Ai sensi dell'art. 343 comma 4 c.p.p. è specificamente prevista l'inutilizzabilità finché l'autorizzazione a procedere non è concessa.

<sup>372</sup> Le modalità esecutive possono integrare vizi di tipo differente ai sensi dei seguenti articoli: art. 352 c.p.p., art. 370 c.p.p., art. 247 comma 3 c.p.p.

<sup>373</sup> Su questo punto E. BASSO, *sub. art. 252*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 730.

conseguire l'inutilizzabilità alla violazione dell'art. 251 c.p.p. e v'è chi, analizzando il divieto in oggetto, lo definisce come divieto riferito alle forme di acquisizione probatoria<sup>374</sup>.

c) L'art. 248 comma 1 c.p.p. è relativo alla consegna della cosa richiesta. La perquisizione conseguente è vietata ma i suoi risultati non vengono considerati inutilizzabili. Si ritiene, in questo caso, che la decisione di procedere ulteriormente rientri nel potere discrezionale del giudice, volto alla priorità di completezza delle indagini<sup>375</sup>. Nonostante ciò il giudice deve emanare un provvedimento volto a specificare le ragioni per cui si procede anche se è stata ottemperata la richiesta di consegna della cosa. L'eventuale mancanza di motivazione costituisce vizio sanzionabile con nullità relativa<sup>376</sup>.

d) Art. 352 comma 1 c.p.p.: si tratta di perquisizioni compiute autonomamente e i presupposti delineati in questo senso vengono a costituire divieti probatori. Di fronte alla loro violazione consegue, dunque, la sanzione dell'inutilizzabilità. Il comma 2 dello stesso articolo cumula un altro requisito a quelli già esposti costituito dall'urgenza<sup>377</sup>.

e) Art. 251 c.p.p. - Art. 352 comma 4 c.p.p.: Queste disposizioni riguardano la convalida da parte del pubblico ministero dell'atto di iniziativa della polizia giudiziaria. A questo riguardo c'è chi<sup>378</sup> sostiene che tale comma non costituisce divieto di acquisizione della prova e adottando questa visione non può conseguire l'inutilizzabilità dell'atto, poiché il controllo del pubblico ministero sarebbe in questo caso volto solo a far conseguire responsabilità penali o disciplinari. Analizziamo i rischi di questa soluzione. Porre l'attenzione solo sul controllo della condotta del soggetto che esegue l'atto e non comminare sanzioni di tipo processuale fa sì che il divieto possa essere superato e l'atto viziato non

---

<sup>374</sup> A questo riguardo M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 151.

<sup>375</sup> La tesi si pone in continuità con la precedente normativa. Già il codice Rocco prevedeva tra i presupposti generici le "altre ragioni" che ora sono specificate nella necessità di "completezza delle indagini" Cfr. S. ERCOLI, voce *Perquisizioni e ispezioni*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1984, p. 867.

<sup>376</sup> Così E. BASSO, *sub art 248*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, cit., p. 710.

<sup>377</sup> Cfr. R. SANLORENZO, *sub. art. 352*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. IV, cit., p. 136.

<sup>378</sup> Cfr. A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 91.

verrebbe corretto “fino al ricorso in Cassazione in caso di perquisizione personale, anche se l’ammissibilità del gravame risulta ancora dubbia”<sup>379</sup>.

La *ratio* dell’esistenza di definiti presupposti per qualificare l’attività della polizia giudiziaria come legittima è di delimitarne poteri in assenza di delega. La decisione di convalidare è, infatti, subordinata al vaglio di legittimità ai sensi dei primi commi dell’art. 247 c.p.p.

La giurisprudenza a riguardo si espone in questo modo, ritenendo che “l’atto di perquisizione di polizia giudiziaria si intende revocato e resta privo di effetti se non è legittimamente convalidato, sia pure attraverso la convalida del sequestro eventualmente conseguente alla perquisizione”<sup>380</sup>.

## 10. Il sequestro<sup>381</sup>

### *10.1. La pertinenza dell’oggetto con il reato ed eventuali invalidità: il caso di sequestro presso il difensore (art. 253 ss. c.p.p.; art. 103 c.p.p.)*

L’attuale disciplina del sequestro è delineata dagli artt. 253 ss. c.p.p. e riflette un’impostazione legislativa volta ad evitare l’entrata nel processo degli atti viziati<sup>382</sup>. Al verificarsi di violazioni delle disposizioni che configurano divieti si riscontrano diverse conseguenze sanzionatorie possibili in riferimento alle differenti soluzioni sanzionatorie proposte dal sistema.

L’oggetto del sequestro è il corpo del reato o la cosa ad esso pertinente anche nell’ipotesi di atto compiuto dalla polizia giudiziaria. Questa impostazione

---

<sup>379</sup> N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità*, cit, p. 449.

<sup>380</sup> Cfr. ord. Trib. Roma, 21 dicembre 1989, in *Cass. pen.*, 1989, vol. II, p. 18.

<sup>381</sup> Ivi, Cap. V, 1.1.1. Rapporto tra perquisizione e sequestro.

<sup>382</sup> La disciplina vigente riproduce sostanzialmente i contenuti della precedente che si collocava agli artt. 337 ss. c.p.p. del 1930. Cfr. P. FERRONE, *Il sequestro nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 28.

riecheggia il codice del 1930 in cui all'art. 337 prevedeva il sequestro da parte del giudice di cose pertinenti al reato mentre all'art. 222 comma 1 il sequestro di polizia giudiziaria si riferisce solo al corpo del reato. Il concetto di corpo del reato lascia intendere la relazione di pertinenza con il reato che si pone alla base dell'atto, anche per valutarne la legittimità. Questo legame può essere definito come "l'idoneità delle cose da sequestrare ad essere mezzi di prova utili per l'accertamento della verità"<sup>383</sup>, definizione che ripropone nient'altro che una disposizione legislativa, quale all'art. 253 comma 1 c.p.p., che prevede il nesso di pertinenza.

Art. 253 comma 1 c.p.p. *"L'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessario per l'accertamento dei fatti"*.

Definire il rapporto che deve sussistere tra la cosa e il reato non è tanto agevole perché i termini con cui questo nesso è espresso non sono delineati in modo chiaro. Infatti all'art. 254 comma 1 c.p.p. vengono citati i possibili oggetti dell'atto *"che comunque possono avere relazione con il reato"*. Questo elemento di indeterminatezza rischia di tradursi nel concreto in potenziale arbitrarietà rispetto agli obiettivi presenti nell'*intentio* del legislatore, così da risultare illegittimo se la definizione dell'atto viene applicata in modo troppo esteso<sup>384</sup>.

Il nesso di pertinenza rileva anche in relazione all'art. 254 comma 3 c.p.p., disposizione che pone il divieto di utilizzazione delle carte e documenti oggetto di sequestro che non rientrano tra il materiale sequestrabile. Un esempio può essere costituito dalla corrispondenza rivolta a terzi oppure, in connessione con l'art. 103 c.p.p., l'ipotesi in cui il soggetto terzo sia il difensore attraverso l'esplicito *"divieto di sequestro di corrispondenza tra imputato e difensore"*, divieto introdotto nella nuova disciplina, assente nel previgente codice<sup>385</sup>. Sono esclusi dalla possibilità di sequestro i documenti relativi alla difesa, a meno che

---

<sup>383</sup> G. PAOLOZZI, sub. art. 337, in G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve*, cit., p. 968.

<sup>384</sup> A questo riguardo G. GIANZI, *Note sul sequestro penale*, in *Arch. pen.*, 1965, I, p. 548.

<sup>385</sup> Cfr. V. GREVI, *La corrispondenza fra imputato, detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 63.



non costituiscono corpo del reato e la violazione delle disposizioni in discorso è punita con la sanzione dell'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 103 comma 7 c.p.p. Conseguente, invece, solo una nullità di tipo relativo nel caso in cui è violata la disposizione che prevede che si dia avviso al Consiglio dell'ordine forense del posto cosicché il presidente o un consigliere prendano parte all'esecuzione dell'atto. Si dispone analogamente a livello sanzionatorio, per il mancato avviso al difensore che ha il diritto di partecipare all'effettuazione del sequestro.

Per concludere l'analisi dell'art. 103 c.p.p., esso sembra negare la tesi<sup>386</sup> che sosteneva la circoscrizione topografica del divieto. Esso piuttosto potrebbe ritenersi legato al profilo processuale della cosa e parte della dottrina<sup>387</sup> sostiene che sia vietato il sequestro della cosa pertinente al reato che non coincide con il corpo del reato.

È pur vero che il divieto sovraesposto è aggirabile dalla previsione dell'art. 237 c.p.p. perché essa permette che qualsiasi documento che proviene dall'imputato possa essere acquisito, anche d'ufficio, anche se il sequestro è stato effettuato presso terzi. Questo inconveniente può essere evitato appellandosi alla qualifica di specialità rivestita dall'art. 103 c.p.p. Il problema non è nuovo, perché l'ammissibilità del documento rinvenuto presso il difensore ma proveniente dall'imputato era già in discussione relativamente all'art. 465 del codice abrogato, il quale disponeva l'acquisizione tramite lettura di qualsivoglia documento, anche sequestrato presso altri, se proveniente dall'imputato. La dottrina<sup>388</sup> rispondeva richiamando l'art. 341 c.p.p. del 1930, che elencava oggetti non sequestrabili. Secondo questa tesi l'indebita apprensione coattiva di cose coperte da divieto avrebbe dovuto far desumere l'impossibilità di ammissione.

Interessante e analoga appare la fattispecie che avviene in fase dibattimentale per cui è necessario l'intervento personale del giudice che dispone il sequestro con decreto motivato, anche in questo caso a pena di inutilizzabilità.

---

<sup>386</sup> A questo riguardo G. PAOLOZZI, *Il sequestro penale*, Cedam, Padova, 1984, p. 59.

<sup>387</sup> A questo riguardo G. FRIGO, *sub. art. 103*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario*, vol. I, cit., p. 662.

<sup>388</sup> A questo riguardo F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 696.

## *10.2. Il sequestro eseguito in carenza di potere e il sequestro cautelare (art. 253 c.p.p.; art. 321 c.p.p.)*

Analizziamo le ipotesi di illegittimità che possono essere connesse ad un sequestro. Innanzitutto si esclude qualsiasi tipo di validità al di fuori dei parametri legittimanti: il sequestro eseguito da privati fuori dalle ipotesi consentite è illegittimo e un riferimento legislativo a riguardo può essere riscontrato all'art. 383 comma 2 c.p.p. Esso consente alla persona che ha effettuato un arresto nei casi considerati perseguibili d'ufficio ai sensi dell'art. 380 c.p.p. di trattenere materialmente le cose che sono ritenute corpo di reato<sup>389</sup>. L'atto poi può risultare imperfetto per carenza di potere dispositivo del soggetto designato dalla disposizione legislativa. Perché si integri un'effettiva mancanza di potere si deve tenere presente ciò che prescrive l'art. 253 comma 1 c.p.p. Per quanto riguarda le modalità acquisitive, da cui si fa derivare la legittimità dell'atto, al sequestro deve provvedere direttamente l'autorità giudiziaria, anche se l'atto può essere delegato ad un ufficiale della polizia giudiziaria e l'esecuzione risulta delegabile senza limitazioni. Se il soggetto interessato è presente deve essergli consegnata copia del decreto di sequestro.

Per autorità giudiziaria si intendono i soggetti a cui è attribuito il potere di sequestro e sono il giudice per le indagini preliminari, il giudice del dibattimento e il pubblico ministero. La polizia giudiziaria può procedere anche di iniziativa propria ai sensi degli artt. 348 comma 2 e 354 comma 2 c.p.p. e si tratta in queste ipotesi di casi caratterizzati da urgenza.

I soggetti abilitati possono esercitare il loro potere di apprensione nel momento in cui gli oggetti da sequestrare risultano funzionali all'accertamento dei fatti riferiti all'imputazione<sup>390</sup> per cui, nel momento in cui l'atto ha fini differenti ed

---

<sup>389</sup> Cfr. L. D'AMBROSIO, *sub. art. 383*, in *Commento*, vol. IV, cit., p. 395.

<sup>390</sup> o addebito provvisorio nella fase delle indagini preliminari. Il discorso in questo punto della trattazione si concentra sulle conseguenze derivanti da illegittimità, per l'analisi del nesso di pertinenza. Ivi, *supra*, Cap. IV, 10.1.

estranei a quelli definiti dalla legge, l'atto è illegittimo. Per le altre cose non legate all'accertamento del reato il sequestro è inammissibile.

Il sequestro può essere utilizzato anche a fini preventivi e per questo tipo di misura cautelare è conferito il potere al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria di adottare la scelta del sequestro preventivo in caso di straordinaria urgenza con successiva convalida giudiziale, ai sensi dell'art. 321 comma 3 *bis* c.p.p. A questo riguardo possono seguire ipotesi differenti, in ogni caso la mancanza della convalida o la convalida viziata o in ritardo determinano cause di invalidità dell'atto. Se ad agire è la polizia giudiziaria tramite delega, se questa risulta viziata, cadono i presupposti minimi previsti dalla legge per l'effettuazione dell'atto. Ne consegue che gli elementi probatori raccolti sono inutilizzabili, come sostenuto espressamente dalla giurisprudenza<sup>391</sup>.

Nel caso di sequestro preventivo si riscontra la problematica analizzata precedentemente connessa all'attuazione del sequestro di cose che si trovano fuori dalla competenza del giudice procedente. L'oggetto, infatti, può essere sequestrabile rispetto alle disposizioni generali e specifiche a riguardo, ma essere collocati fuori dalla circoscrizione territoriale di competenza del giudice per cui il problema che si pone è di mera esecuzione pratica. Nell'ipotesi in cui è necessario che il giudice proceda personalmente continua ad essere il giudice del procedimento a dover agire perché non risulta possibile la delega che sarebbe stata possibile, al contrario, nel caso del pubblico ministero.

È analoga la disciplina relativa al giudice incompetente che aveva disposto sequestro. L'art. 26 comma 1 c.p.p. prevede espressamente l'utilizzabilità della prova acquisita, a condizione che l'atto sia avvenuto nel rispetto dei divieti probatori posti<sup>392</sup>.

## 11. Le intercettazioni telefoniche

---

<sup>391</sup> Cfr. Cass., 6 marzo 1990, in *Foro it.*, 1990, I, c. 578.

<sup>392</sup> Cfr. A. MACCHIA, *sub. art. 26*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario*, cit., p. 153.

*11.1. Problemi di illegittimità e disposizioni espresse di inutilizzabilità nell'iter legislativo a partire dal codice del 1930 (art. 226 quinquies c.p.p. del 1930; art. 271 c.p.p.)*

Già l'art. 226 *quinquies* c.p.p. del 1930 prevedeva espressamente le intercettazioni telefoniche. Le intercettazioni illegittime non potevano essere considerate nella decisione di merito in quanto era previsto uno specifico divieto di utilizzazione. Il percorso di questo divieto trova tappa fondamentale nella sentenza della Corte costituzionale del 6 aprile 1973 n. 34 che disponeva in tema di intercettazioni effettuate in modo autonomo dalla polizia senza l'autorizzazione del magistrato. È una sentenza che poneva dei paletti relativamente a prove assunte in violazione di disposizioni di legge. Questa problematica si riferiva, in verità, non solo alle prove che derivavano dall'azione di un'autorità pubblica, ma anche da privati<sup>393</sup>. I privati, infatti, non avevano il potere di realizzare alcun tipo di intercettazione che si sarebbe rivelata illegittima e di conseguenza inutilizzabile, come disciplinato tuttora nel codice vigente all'art. 271. Il codice penale, inoltre, punisce l'intercettazione eseguita dal privato ai sensi dell'art. 617. La sentenza in oggetto aveva posto il suo fondamento all'art. 15 Cost. e aveva considerato questo articolo come un divieto probatorio: attraverso questa interpretazione le intercettazioni abusive venivano fatte rientrare nella categoria delle prove incostituzionali<sup>394</sup>, a cui il sistema risponde con la sanzione dell'inutilizzabilità<sup>395</sup>. Se l'interpretazione sostenuta dalla Corte costituzionale fosse stata tenuta presente nella sua totalità, allora ogni violazione del diritto di difesa avrebbe comportato un'illegittimità tale da far conseguire l'inutilizzabilità. La recezione del legislatore fu parziale, avvenne nel 1974 e chiarì il punto per cui i divieti probatori derivanti dalla Costituzione

---

<sup>393</sup> Cfr. G. UBERTIS, V. PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 596.

<sup>394</sup> Ivi, Cap. II. 1.2.4. La prova incostituzionale.

<sup>395</sup> Così V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi*, cit., p. 341.

erano quelli a tutela della legalità del procedimento<sup>396</sup>, in particolare relativamente alle dichiarazioni rese dall'imputato senza la presenza del difensore<sup>397</sup>. Lo scopo era dare un significato chiaro ed univoco alla disposizione sull'inutilizzabilità.

Ripercorrendo l'*iter* di questo istituto, il punto di partenza è l'art. 226 *quinquies* del codice del 1930, in cui le intercettazioni telefoniche illegittime erano sanzionate dalla nullità insanabile rilevabile in ogni stato e grado del giudizio. Tale sanzione si riferiva ad ogni allontanamento dal modello di legge tanto che le norme di acquisizione costituivano condizione di legittimità. Il divieto probatorio presente nel codice previgente era garantito dalla sanzione più grave allora ipotizzabile e la scelta di rendere assoluta la nullità era volta ad evitare ogni possibile sanatoria<sup>398</sup>.

Attualmente la norma si colloca all'art. 271 c.p.p. ed è altrettanto rigida. Non è necessario in questo caso alcun rinvio per garantire l'inutilizzabilità, al contrario in questo caso il legislatore sceglie di inserire divieto e sanzione in modo espresso e l'articolo è rubricato esplicitamente *Divieti di utilizzazione*.

Art. 271 c.p.p. comma 1: *I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3.*

Scompare ogni richiamo alla sanzione precedente della nullità, che si trova ormai fuori luogo in un sistema in cui per i casi di prova illegittimamente acquisita è prevista una sanzione *ad hoc* ai sensi dell'art. 191 c.p.p. La sanzione estrema inoltre non è sempre applicabile. Si possono ipotizzare, come ha più volte sostenuto la giurisprudenza, situazioni di gravità intermedia relativamente

---

<sup>396</sup> Cfr. art. 304 comma 4 c.p.p.

<sup>397</sup> Parte della dottrina riteneva che, per ricondurre un divieto probatorio a rango di Costituzione, fosse necessaria la diretta violazione di una disposizione in essa espressa. G. UBERTIS, *Riflessioni*, cit., p. 713.

<sup>398</sup> M. LAUDI, *Le intercettazioni telefoniche*, in AA.VV., *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di L. Violante, Giuffrè, Milano, 1986, p. 86.

ad inosservanze successive ad atti compiuti in modo rituale<sup>399</sup>. In tali casi possono essere comminate sanzioni invalidanti meno categoriche.

I divieti di utilizzazione di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni sono espressione di una chiara volontà sistematica, dimostrata dal ricorrere di richiami a riguardo in più norme, ad esempio:

- art. 271 comma 2 c.p.p.; art. 200 c.p.p.: divieto di utilizzazione di intercettazioni relative a soggetti cui è tutelato il segreto professionale a livello processuale. I fatti conosciuti per motivi d'ufficio, ministero o professione sono tutelati anche da altra norma di esclusione come si ravvisa all'art. 103 comma 5 c.p.p.<sup>400</sup>

- art. 270 c.p.p.: divieto di utilizzazione delle intercettazioni raccolte durante processi diversi.<sup>401</sup>

Altro discorso interessante è la possibile utilizzazione *pro reo* di intercettazioni illegittime<sup>402</sup>. Le risposte date in dottrina<sup>403</sup> sono state molteplici, già al tempo del codice del 1930 e tuttora la legge non chiarisce in modo definitivo il problema. Per motivi di giustizia si potrebbe scegliere la risposta positiva ma è pur vero che, nei casi di utilizzazione di questo tipo di dati *in utilibus*, un ruolo non irrilevante è giocato dal caso. L'effettiva utilizzazione ai fini della decisione finale, infatti, verrebbe a dipendere dalla casuale circostanza della non distruzione del materiale raccolto, come disposto ai sensi dell'art. 271 comma 3 c.p.p.<sup>404</sup>.

## 11.2. Le esclusioni

Così come nella precedente disciplina sopra ripercorsa, tuttora si ripropone la questione riguardante la possibilità di cosa far rientrare nel concetto di

---

<sup>399</sup> Cfr. Cass. 7 febbraio 1985, in *Riv. pen.*, 1986, p. 226 sulla mancata trascrizione integrale delle registrazioni; Cass. 16 dicembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 138 sulla violazione dell'obbligo di avviso ai difensori delle parti riguardo alla facoltà di esaminare gli atti depositati.

<sup>400</sup> Cfr. G. FRIGO, *sub. art. 103*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario*, vol. I, cit., p. 669.

<sup>401</sup> Cfr. G. FUMU, *sub. art. 270*, in *Commento*, vol. V, cit., p. 798.

<sup>402</sup> Ivi, Cap. III, 3.3.3. La prova illegittima *pro reo*: problemi di utilizzabilità.

<sup>403</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 932.

<sup>404</sup> A questo riguardo G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale*, cit., p. 149.

intercettazioni e, quindi, far derivare le conseguenze sanzionatorie. Questo problema si pone soprattutto a riguardo della riproduzione meccanica o elettronica attraverso registrazione o strumento anche a riproduzione visiva, di un colloquio o comunicazione. La risposta è da intendersi negativa, anche a fronte di prese di posizioni giurisprudenziali, già in auge nel periodo in cui era in vigore la precedente normativa<sup>405</sup>. L'intercettazione è da definirsi come la presa di conoscenza di una conversazione tra altre persone, non diretta a colui che la registra. Se fosse la registrazione volontaria di una comunicazione da parte di soggetto interessato al colloquio, allora sarebbe suo diritto cautelarsi documentando ciò che è posto in essere nei suoi confronti e sarebbe un'implicita rinuncia alla riservatezza. Lo stesso motivo si pone a giustificazione del fatto che non si considerano intercettazioni "il casuale e fortuito ascolto, senza l'ausilio di mezzi meccanici, di conversazioni tra presenti che non si curino di evitare la percepibilità da parte di un terzo estraneo"<sup>406</sup>. In tali casi non si applica, quindi, la disciplina prevista per le intercettazioni e i dati probatori raccolti vengono sottoposti alla regolamentazione generale e l'utilizzazione nel procedimento viene esclusa ogni qualvolta si ravvisino tendenze ad aggirare specifici divieti o si configurino violazioni ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Non sono utilizzabili ai fini della prova la raccolta di dichiarazioni, conversazioni, colloqui eseguiti dalla polizia giudiziaria o agenti provocatori<sup>407</sup> quando venga così violato il divieto di testimonianza ai sensi degli artt. 62 e 195 comma 4 c.p.p. Allo stesso modo non è dato valore probatorio alle dichiarazioni indizianti ricevute dall'imputato o da persona sottoposta alle indagini senza le garanzie di legge. È, inoltre, considerata inutilizzabile la registrazione di conversazioni eseguita da uno degli interlocutori nel domicilio di altri perché la mancanza del consenso dell'avente diritto sul luogo di privata dimora rende gli elementi raccolti illegittimi<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> Cfr. Cass. 6 novembre 1978, Triberti, in *Cass. pen.*, 1981, p. 510.

<sup>406</sup> G. FUMU, *sub. art. 270*, in *Commento*, vol. V, cit., p. 776.

<sup>407</sup> Cfr. M. SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 153.

<sup>408</sup> Cfr. G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 35.

Ultima precisazione per la definizione completa di ciò che può rientrare nella fattispecie di intercettazione telefonica è la necessità del requisito meccanico o elettronico attraverso cui si effettua la rilevazione. Non è chiaramente possibile l'autorizzazione all'“origliamento”, cioè all'ascolto diretto ma clandestino senza che uno strumento apposito colga in modo preciso ciò che viene captato. L'utilità processuale delle intercettazioni è da bilanciare sempre con il diritto alla segretezza che può essere sacrificato solo con le garanzie di legge e nei modi che la legge prevede espressamente<sup>409</sup>.

Una nota giurisprudenziale relativa al tema di intercettazioni telefoniche, infine, riguarda i decreti autorizzativi ed è costituita da una pronuncia della Cassazione che si è esposta a riguardo (con la sentenza della IV sezione del 3 dicembre 2004, n. 4638) sostenendo che solo la mancanza e non anche l'inadeguatezza della motivazione del decreto autorizzativo può dar luogo all'inutilizzabilità dei dati probatori poiché, per aversi inutilizzabilità, deve risultare una carenza di motivazione che riveli l'inesistenza di quel vaglio preventivo del giudice cui la legge affida la tutela del diritto di riservatezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost.

---

<sup>409</sup> Cfr. E. M. DELL'ANDRO, *Colloqui registrati ed uso probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 120.



## Capitolo V

### Le influenze della dottrina e della giurisprudenza: il piano soggettivo

#### 1. Le posizioni della dottrina relativamente all'art. 191 c.p.p.

##### *1.1. Una premessa metodologica*

Innanzitutto bisogna considerare il concetto di prova incostituzionale e l'importanza interpretativa delle norme sul procedimento volte a salvaguardare le garanzie costituzionali riconosciute alla persona. La disciplina delle prove svolge una funzione di garanzia per le parti, tanto da essere ricondotta dal diritto costituzionale ad un concetto di processo equo e giusto. Questo ragionamento rileva soprattutto in negativo, cioè quando si trasgredisce a tali disposizioni, trovandosi violato il procedimento di formazione, la genuinità e l'acquisizione della prova, inteso nella sua valenza epistemica nel contesto decisorio finale. La sanzione comminata in questo caso sarà la più grave a livello processuale, cioè l'inutilizzabilità che priva gli elementi potenzialmente decisivi di ogni effetto.

Tale sanzione è già citata nel progetto di riforma del 1978, nella Relazione della prima Commissione Pisapia sul progetto preliminare del c.p.p., poi nel progetto del 1988. La figura si riconnette alle norme anteriori, ma anche ad una sorta di principio immanente del sistema che la Corte Costituzionale aveva già identificato nella sentenza n. 34 del 1973. Pare che la costante da tenere presente per l'applicazione delle norme sulla prova sia la riconduzione alle categorie e ai principi sanciti nella Carta costituzionale. L'art. 191 c.p.p. si inserisce come risposta generale di inutilizzabilità per qualsiasi violazione di divieti probatori espressamente o implicitamente stabiliti dalle disposizioni legislative.

Le posizioni della dottrina si alternano in relazione alla lettura dell'art. 191 c.p.p.; Cordero sostiene che la prova che non può entrare nel processo o è inammissibile o è una prova giuridicamente inesistente ed è inutilizzabile. Si distingue la figura della prova inammissibile dalla prova ammissibile ma assunta con modalità diverse da quelle previste dalla legge. Le sanzioni previste dal codice di procedura penale sono nullità, inammissibilità o mera irregolarità. Dato il principio di tassatività dei vizi degli atti processuali, occorre che la legge indichi espressamente le conseguenze derivanti dalla violazione delle forme prescritte: inutilizzabilità, nullità assoluta, relativa o di genere intermedio. Nel silenzio del legislatore si è in presenza di una mera irregolarità che non incide sull'efficacia dell'atto, ossia sulla sua idoneità a produrre l'effetto tipico.

Per delineare le due tesi bisogna interpretare l'art. 191 c.p.p. secondo cui "*le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*". Tutto dipende dal significato che si attribuisce alla parola 'acquisite', che può essere intesa come 'ammesse' o come 'ottenute'.

Il termine viene, infatti, letto da Cordero<sup>410</sup> come sinonimo di "ammesse", mentre la tesi di Nobili<sup>411</sup> attribuisce a quello stesso termine il significato di "ottenute". Nel primo caso l'art. 191 c.p.p. assumerebbe una valenza non denotativa ma connotativa. È una visione formalista in base alla quale il legislatore ricorda semplicemente ai giudici che una prova inammissibile non può essere utilizzata *in re ipsa*. La seconda lettura porta a conseguenze estremamente diverse: leggere "ottenute" anziché ammesse porta a sostenere che qualsiasi difformità dalle disposizioni di legge sarebbe causa di inutilizzabilità perché c'è stata una violazione dei divieti stabiliti dalla legge. È una visione maggiormente sostanzialista votata all'ideale del "giusto processo", il quale non può che essere inteso relativamente a questa esigenza: che siano rispettate le forme richieste nel processo. In tal caso l'inutilizzabilità viene, almeno tendenzialmente, a sanzionare qualsiasi vizio del procedimento probatorio, poco importa se attinente all'ammissibilità della prova, alle modalità della formazione

---

<sup>410</sup> A riguardo F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 614.

<sup>411</sup> In tal senso M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 157 ss.

o della ricerca. I divieti stabiliti dalla legge non sono esclusivamente quelli contenuti nelle leggi che regolano l'ammissione delle prove, ma in qualsiasi legge (anche penale sostanziale e persino civile) la cui violazione abbia avuto un'influenza causale sul risultato probatorio ottenuto nel processo.

Vi è anche una tesi intermedia che si pone a metà strada tra i due estremi. Questa posizione riconosce che l'art. 191 c.p.p. sanziona le sole prove inammissibili, ma ritiene di includere nella relativa categoria anche le prove formate in violazione di un precetto costituzionale, come le videoregistrazioni effettuate nel domicilio, in assenza di una legge che le autorizzi. Le prove in cui la violazione del precetto costituzionale sia stata soltanto l'occasione o la causa per la loro scoperta, come accade nei rapporti tra perquisizione illegittima e sequestro, per questa tesi sono, al contrario, ritenute utilizzabili. "In altri termini, l'attività che violi un precetto costituzionale non può essere produttiva, ossia formativa, di prove; ma, se si tratta di un dato preesistente ed indipendente rispetto a quell'attività, è utilizzabile, non essendo previsti divieti in Costituzione"<sup>412</sup>.

*1.1.1. Introduzione al problema del rapporto tra perquisizione e sequestro: momenti di unione e di diversità.*

Certi mezzi di ricerca della prova come perquisizioni, ispezioni, intercettazioni, hanno una notevole capacità intrusiva. Per questo motivo i presupposti di legittimità e i limiti di efficacia sono interpretati in modo rigoroso e restrittivo. La loro intrusività è, infatti, strumento di turbativa dei diritti costituzionali, alcuni dei quali inviolabili. Tali azioni intrusive da parte degli organi di polizia devono, inoltre, essere sottoposti a convalida da parte del giudice o pubblico

---

<sup>412</sup> V. BOZIO, *La prova atipica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 62.

ministero. Tali termini brevi vengono considerati, anche senza indicazioni esplicite, perentori.

Tra perquisizione e sequestro si rileva una forte interconnessione sul piano pratico e applicativo, dal momento che il sequestro spesso si pone come conseguenza di una perquisizione che ha avuto esito positivo. Inoltre, un nesso di unione è la *ratio* finale: l'*inventio* e la *adprehensio* materiale del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti. L'art. 252 c.p.p. costituisce, a riguardo, un *trait d'union* tra i due istituti prevedendo che “le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260 c.p.p.”. Ultimo punto in comune è la presentazione codicistica, che propone per le due figure le stesse garanzie difensive nonché le stesse modalità operative di esecuzione, cioè attraverso un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria o su iniziativa autonoma delle forze dell'ordine.

I due istituti sono atti investigativi detti “a sorpresa”, funzionali alla ricerca di materiale probatorio precostituito rispetto al processo e vengono inseriti direttamente nel fascicolo del dibattimento in quanto irripetibili. Divengono in tal modo dati direttamente utilizzabili dal giudice del dibattimento nella fase decisoria. La dottrina ha individuato questi momenti come “a contraddittorio imperfetto”, poiché vi è disuguaglianza di poteri tra chi effettua tali atti, quindi pubblico ministero e organi di polizia, e chi, invece, li subisce, quindi l'indagato e il suo difensore che si deve limitare a constatare la regolarità delle modalità esecutive. Solo nel momento della redazione del verbale il difensore detiene un ruolo attivo in cui può chiedere di inserire richieste ed osservazioni. Tali richieste, osservazioni, riserve possono avere ruolo decisivo nel momento decisivo<sup>413</sup>. La garanzia difensiva ha un'importanza notevole proprio per l'irripetibilità originaria di perquisizione e sequestro e il verbale confluisce direttamente nel fascicolo del dibattimento proprio perché tali atti rivestono una valenza probatoria non reiterabile.

---

<sup>413</sup> A questo riguardo L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, *Incontri ravvicinati con la prova penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 40.

A voler rivendicare indipendenti spazi di autonomia concettuale, invece, si sottolinea che la perquisizione è solo una delle possibili vie legali per giungere al sequestro. Esso, infatti, può essere esito di un rinvenimento del corpo del reato dopo un'ispezione o per spontanea collaborazione del soggetto indagato o può essere rinvenuto in fattispecie casuali come il ritrovamento su pubblica via.

### *1.1.2. Il dibattito della dottrina sul rapporto tra perquisizione e sequestro*

Per Cordero<sup>414</sup> la perquisizione non è una prova, quanto piuttosto un mezzo di ricerca della prova. La prova è ciò che viene sequestrato, sovente, se non quasi sempre, l'oggetto pertinente al reato. Il problema si pone qualora la perquisizione sia illegittima, nel caso in cui la polizia giudiziaria sia per qualche motivo priva del potere di perquisire. Ponendo, dunque, il caso in cui la perquisizione sia atto di mera forza senza alcuna base giuridica, il problema su cui ci si interroga è l'ammissibilità in giudizio dell'oggetto pertinente al reato. La tesi corderiana trova posto all'art. 253 c.p.p., in base al quale "l'autorità giudiziaria deve disporre il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato". Nella disposizione legislativa non c'è alcun riferimento alla legittimità della perquisizione. Nobili<sup>415</sup>, al contrario, sostiene che il sequestro possa essere disposto solo in seguito ad una perquisizione legittima. Per Cordero non riveste, invece, nessuna importanza la modalità con cui il corpo del reato perviene al processo.

Cordero fonda la sua tesi sull'art. 252 c.p.p., in quanto il legislatore avrebbe potuto scrivere che il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti sono sequestrate, a meno che non siano il frutto di una perquisizione illegittima, ma la norma nulla dice. La tesi contraria, pur non negando la valenza dell'art. 253 c.p.p., sottolinea la lettura del termine acquisite presente nell'art. 191 c.p.p. come ottenute, rendendo cioè l'art. 191 c.p.p., articolo da applicarsi in connessione con l'art. 253 c.p.p.

---

<sup>414</sup> F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 45.

<sup>415</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 89.

Volendosi organizzare il discorso mettendo in luce i punti di forza e i punti di debolezza delle due teorie, si potrebbe sostenere che:

- Nella tesi di Cordero:

*punto di forza*: le inutilizzabilità specifiche e le nullità in materia probatoria conservano la loro utilità.

*punto di debolezza*: l'art. 191 c.p.p. diventa una disposizione inutile, addirittura tautologica la cui unica funzione è ricordare che una prova inammissibile non può essere utilizzata. “è inammissibile la prova...non ammessa dalla legge”.

- In quella di Nobili:

*punto di forza*: l'art. 191 c.p.p. acquista un'utilità esplicitando che una prova ottenuta in violazione di legge è inutilizzabile.

*punto di debolezza*: interpretare il termine “acquisite dell'art. 191 c.p.p. come sinonimo di “ottenute” rende inutile qualunque previsione di inutilizzabilità specifica e di nullità in materia probatoria, in quanto assorbite dalla più generale previsione ai sensi dell'art. 191 c.p.p.<sup>416</sup>

Spesso la tesi maggioritaria è stata quella di Cordero, il quale è sostenitore di una tesi volta alla conservazione delle prove più che alla tutela delle garanzie: in presenza di una prova della commissione di reato, dunque, questa deve venire utilizzata. Tuttavia ci sono state sentenze<sup>417</sup> che hanno invece ritenuto pericolosa una tale tesi, avvicinandosi così alla tesi contrapposta di Nobili. Dalla stessa magistratura, infatti, erano state avanzate proposte per rinnovare la formulazione dell'art. 191 c.p.p. nei termini seguenti:

“non possono essere utilizzate le prove ottenute in violazione dei diritti previsti dalla Costituzione”.

Sarebbe stata una soluzione di compromesso, per cui una prova che pur trasgredisce a disposizioni legislative, ma non assumesse rilevanza in tema di

---

<sup>416</sup> Ad esempio, non si spiegherebbe perché l'art. 103 c.p.p. relativo alle garanzie di libertà del difensore affermi: “i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati”, quando il medesimo effetto già deriverebbe dall'art. 191 c.p.p.

<sup>417</sup> Cass. Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, p. 3276. Ivi, Cap. V, 1.4.3. Sentenza Carnevale.

diritti e libertà, avrebbe potuto essere ammessa, secondo la tesi di Cordero; mentre se la violazione fosse lesiva delle garanzie costituzionali, avrebbe prevalso la tesi di Nobili. Un'altra possibile soluzione potrebbe essere la concessione al giudice del potere di operare un bilanciamento caso per caso. Sarebbe questa una via intermedia, ma empirica, che trae ispirazione dal modello statunitense. In un caso di perquisizione illegittima o comunque in caso di violazioni delle disposizioni in materia di costituzione dell'elemento probatorio, il giudice potrebbe decidere l'utilizzabilità sulla base di un giudizio di bilanciamento degli interessi. Obiezione che si può muovere a tale soluzione è l'immenso potere che si assegnerebbe al giudice.

La connessione tra sequestro e perquisizione per Cordero è di tipo causale e non di tipo giuridico: c'è un nesso causale nel caso concreto ma nessuna norma che leghi la perquisizione al sequestro conferendo alla prima valenza di presupposto *sine qua non* perché possa avvenire il secondo.

Il discorso si lega al problema della disciplina della nullità derivata. L'art. 185 c.p.p. recita al primo comma: "La nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo". Si tratta di un principio generale, che va a favore della tesi di Nobili, per cui la nullità di un atto colpisce anche gli atti successivi che da esso derivano. In base a questo ragionamento l'illegittimità della perquisizione si estende al sequestro, perché quest'ultimo sarebbe già viziato per via della perquisizione viziata a monte. È pur vero che tale articolo fa riferimento esplicito alla nullità e la perquisizione in oggetto potrebbe non essere nulla. Secondo la tesi di Nobili sarebbe, però, inesistente e così anche l'atto susseguente.

### *1.1.3. Perquisizione e accessi*

La giurisprudenza delinea come una perquisizione locale attuata dalla polizia giudiziaria di spontanea iniziativa sia illegittima. Essa potrebbe essere ad esempio formalmente fatta rientrare in un accesso di quelli previsti nel codice

tributario, accessi in esercizi e aziende commerciali, ma in verità finalizzata a raccogliere elementi e accertamenti non di tipo finanziario. Per ciò che riguarda la figura della perquisizione, non deve essere confusa con altri tipi di accessi, che devono, però, avere come obiettivo altre finalità. La perquisizione, infatti, è ontologicamente orientata alla ricerca di prova di una fattispecie di reato. L'accesso, al contrario, pur costituendo la facoltà di entrare in determinati spazi, ha finalità esclusivamente amministrative, si limita ad ispezioni documentali, verificazioni e ricerche circoscritte a determinati luoghi e uffici oggetto di attività commerciali, industriali artigianali o professionali. L'accesso non può prescindere da un'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria o da superiori se, per via di gravi indizi, riguarda locali adibiti anche ad abitazione o ad uso privato o istituti di credito o postali per cui si applichino eventualmente talune deroghe al dovere di segretezza. Solo in casi di questo tipo, attraverso l'autorizzazione del magistrato, l'accesso può diventare perquisizione vera e propria, potendosi aprire borse, cassaforti, mobili. Talune documentazioni possono anche essere sequestrate.<sup>418</sup> Gli accessi di questo tipo e il derivante materiale acquisito sono anch'essi interessati alla questione sull'inutilizzabilità qualora si pongano in modo illegittimo. Le cause di illegittimità possono essere integrate da figure differenti: vizi riguardanti le autorizzazioni preventive, abuso di poteri degli organi di polizia procedenti, trasgressione delle disposizioni a garanzia dell'accesso. In tutti questi casi la sanzione è l'inutilizzabilità totale. Per cui si può concludere che gli accessi eseguiti dalla Guardia di Finanza sono disciplinati analogamente a quelli degli altri organi di polizia volti a ricercare il materiale probatorio relativo ad un reato.

La *vexata quaestio* a questo punto è il destino del materiale probatorio sequestrato in occasione di perquisizioni illegittime o di accessi illegittimi. Analizziamo cosa accade nel caso in cui si segua la tesi maggioritaria, quella corderiana, che porta a ritenere le due figure di perquisizione e sequestro strutturalmente e funzionalmente autonomi. La diretta conseguenza è che non

---

<sup>418</sup> I. MANZONI, *Poteri di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'IVA*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 253-260, 254-255.



sia possibile escludere *ex postfacto* le prove reperite. La tradizionale letteratura si appella al principio *male captum bene retemptum*, così da suffragare la tesi esposta. L'*inventio* della cosa viene considerata passaggio diverso dalla susseguente *adprehensio*: la perquisizione, pur portando a causare quell'*inventio*, è legata alla scoperta da un semplice nesso naturalistico, mentre l'acquisizione che ne consegue non ha alcun vincolo giuridico rispetto alla perquisizione, trattandosi di concatenazione meramente storica. La dottrina maggioritaria<sup>419</sup> sottolinea l'indipendenza delle due figure, che si riscontra anche nel momento della convalida. Anche in riferimento all'art. 13 comma 3 Cost. la convalida non avrebbe potuto essere "altrimenti intesa se non come controllo dell'operato dei perquirenti, in funzione dell'accertamento di eventuali illeciti penali o disciplinari commessi, senza alcuna incidenza tecnica sull'inutilizzabilità processuale delle cose o delle prove comunque sequestrate nel corso di una perquisizione non convalidabile."<sup>420</sup>

Le argomentazioni con cui la giurisprudenza difende le sue posizioni non sono sempre coerenti. Ci sono sentenze<sup>421</sup> che affermano che il sequestro penale probatorio, non essendo che mezzo di ricerca della prova, non possa non riconnettersi alla funzione di accertare il reato per mezzo di un nesso di pertinenza. L'art. 252 c.p.p. potrebbe essere interpretato in modo che nel regolamentare il sequestro conseguente la perquisizione, lo consideri come una figura legata da nesso di continuità teleologica, quindi con un tipo di interdipendenza che non si può considerare solo temporale. Da queste premesse, dunque, si potrebbe dedurre la traslazione delle cause di illegittimità da una figura all'altra. Sul piano normativo ci sono vari riferimenti, più e meno contestabili. Il problema è così dibattuto in dottrina e giurisprudenza proprio per la poca chiarezza legislativa che si presta ad interpretazioni distanti tra loro. Una volta ottenuta la prova, gli effetti pratici sono quelli dello "scopo ugualmente raggiunto", ma questo non può sanare i vizi prodottisi a monte. L'art. 191 c.p.p. è espressione di una visione relativistica delle prove, visione che si pone in

---

<sup>419</sup> F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 155.

<sup>420</sup> F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 158.

<sup>421</sup> Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1994, p. 116.

antitesi con quella invece normativista, che predispone livelli differenti di efficacia e utilizzabilità processuale delle prove a seconda del momento procedimentale in cui ci si trova. L'art. 191 c.p.p., dunque, enuncia una regola generale ineludibile, che pare non soggetta a decadenze o sanatorie. Ne conseguirebbe l'inutilizzabilità assoluta per la prova illegittimamente acquisita, ammessa o assunta, risultante tale sul piano genetico o funzionale. Meno condivisa è la scelta di far rivivere la nullità derivata dall'invalidità dell'atto iniziale all'atto consecutivo, intendendo in questo specifico caso come atto iniziale la perquisizione e come atto seguente dipendente dalla prima il sequestro. Sarebbe una scelta contraria alla volontà del legislatore che ritiene incompatibile la figura della nullità con la disciplina della prova, proprio per quanto riguarda il punto delle sanatorie. Ciò detto, sembra più coerente interpretare l'art. 191 c.p.p. come norma a vocazione espansiva, che prevede l'unica sanzione conseguente alla violazione di un divieto probatorio, espresso o implicito. Non esiste alcuna sanatoria, non esiste acquiescenza, decadenza e soprattutto non esiste lo scopo ugualmente raggiunto dall'atto che rimane viziato<sup>422</sup>. Il motivo su cui poggia la teoria dell'interconnessione tra perquisizione e sequestro trova come già visto analizzando la dottrina, fondamento nella legge.

Il profilo genetico e quello funzionale vengono a coincidere in nome della legalità del procedimento acquisitivo della prova. In base a questa visione gli atti sono legati da nesso teleologico. Ciò vuol dire che il fatto che uno di essi sia legittimo non esclude che l'altro possa avere vizi propri. Nel senso opposto invece la relazione è condizionante. Se il primo atto è illegittimo, attraverso il nesso teleologico strumentale il vizio si propaga all'atto derivante dal primo e le prove acquisite risultano inutilizzabili. Questo nesso non vale solo nei casi in cui il reperimento del corpo del reato sia fortuito e quindi indipendente dal punto di vista causale dalla precedente perquisizione. Si può dare infatti il caso che il

---

<sup>422</sup> Cfr. art. 191 comma 2 per quanto riguarda la rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e l'art. 606 comma 1 lett. c) per la rilevabilità in Cassazione. Sul punto, G. CONSO, V. GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, cit., pp. 167-168.

sequestro sia imposto in modo obbligatorio dalla legge, ma questo non da risposta al problema sopra esposto. Vale solo in casi specifici, così per l'acquisizione obbligatoria dei documenti costituenti corpo del reato ai sensi dell'art. 235 c.p.p. o per la confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240 comma 2 n. 1-2 c.p., in cui il sequestro probatorio non è mai revocabile o caducabile. I beni sequestrati non sono restituibili all'avente diritto neanche in caso di sopravvenuta indifferenza ai fini della prova ai sensi degli artt. 262 comma 1, 324 comma 7 e 355 comma 3 c.p.p.

## *1.2. Il segreto*

Il segreto può essere professionale o d'ufficio. La violazione del segreto senza giusta causa è punita penalmente. Secondo la tesi di Nobili ciò viene ad identificare un comportamento vietato dalla legge che incorre nell'art. 191 c.p.p. Infatti, innestandosi sulla trasgressione di una norma di legge, la prova ottenuta dalla violazione di un segreto rientra nella previsione di detto articolo. Cordero giunge, invece, alla risposta opposta, facendo coincidere, come già detto, il termine acquisite con ammesse. La testimonianza su un segreto sarebbe quindi prova non ammessa dalla legge solo se ci fosse una norma che dicesse espressamente che non è ammissibile la testimonianza sui segreti. Nel nostro ordinamento non si ravvisano norme specifiche, ma solo, in tal senso, una disposizione volta ad esplicitare che il professionista o il pubblico ufficiale è obbligato al segreto e che la rivelazione viene punita. Il riferimento legislativo è l'art. 200 c.p.p., che al comma primo contiene un elenco dei soggetti titolari del segreto professionale. L'enunciato della disposizione, però, non è nel senso che costoro "non possono deporre", ma che "non possono essere obbligati a deporre". Dal che ne deriva che il soggetto può opporre al giudice il segreto professionale e che questo non può che rispettare il segreto. Il problema si pone, invece, quando il soggetto depone *sua sponte*, senza costrizione alcuna. Secondo

Cordero l'art. 200 c.p.p. non dispone un divieto probatorio per cui non c'è motivo per ritenere la prova inammissibile. Nobili, al contrario, collega l'art. 200 c.p.p. all'art. 191 c.p.p., in quanto prova acquisita (=ottenuta), attraverso la violazione di un divieto di legge.

L'art. 201 c.p.p., invece, ha una formulazione che può essere interpretata in modo più affine alla tesi di Nobili: "...hanno l'obbligo di astenersi dal deporre..."

A differenza dei titolari del segreto professionale, i titolari del segreto d'ufficio hanno un obbligo di astensione che è definito dalla legge penale ma anche dalla legge processuale, per cui è inevitabile la conseguenza dell'inutilizzabilità della prova eventualmente acquisita.

Cordero ritiene che le due disposizioni siano profondamente diverse tra loro, espressione di una differente *ratio* voluta dal legislatore. Questi, infatti, avrebbe voluto assegnare al segreto d'ufficio maggiore rilevanza rispetto al segreto professionale, con il che la testimonianza dei pubblici ufficiali sarebbe inutilizzabile.

Il fatto che i due articoli abbiano una diversa formulazione è, secondo questa tesi, espressione della volontà di differenziare i due casi conferendo loro diversa disciplina.

### *1.3. Domande suggestive (art. 188 c.p.p.; art. 499 comma 3 c.p.p.)*

Le domande volte a suggerire la risposta sono vietate alla parte che ha interesse all'esame. Sono consentite nel controesame se hanno lo scopo di verificare l'attendibilità del testimone e indebolire eventualmente le dichiarazioni già rese. L'unico caso in cui sia ragionevole ritenere che cada tale divieto per la parte che ha introdotto il testimone è quando quest'ultimo risulta ostile a tale parte<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> A tale riguardo P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992, p. 102.

Si tratta di domande che ledono la libertà di autodeterminazione della persona e vengono pertanto sanzionate con l'inutilizzabilità<sup>424</sup>. Anche in questo caso la dottrina si trova in disaccordo: Nobili propende nel ritenere che la risposta a una domanda suggestiva sia inutilizzabile, mentre Cordero la ritiene ammissibile ed utilizzabile. Il divieto riguarda le domande, non le risposte, e su questo si fonda la tesi di Cordero: la prova è costituita dalla risposta, la domanda non è che il mezzo di ricerca. Per Nobili, poiché ad un atto invalido segue l'invalidità dell'atto derivato, allo stesso modo se è illecita la domanda in quanto suggestiva, non potrà che essere illecita anche la risposta.

#### *1.4. Note giurisprudenziali*

##### *1.4.1. Una sentenza controversa*

Di fronte ad una dottrina<sup>425</sup> animata da fervido dibattito, divisa tra posizioni più e meno estreme, fino al 1995 la giurisprudenza era incline a ritenere che l'illegittimità della perquisizione non influisse sulla validità del sequestro. Nel 1995 la Cassazione<sup>426</sup> ribalta tale concezione e afferma, invece, l'inutilizzabilità delle cose sequestrate a seguito di una perquisizione illegittima.

L'anno successivo un'ulteriore sentenza delle Sezioni unite interviene e conclude in modo contraddittorio<sup>427</sup>. Le premesse, infatti, sembrano propendere per la soluzione dell'invalidità del sequestro preceduto da una perquisizione illegittima, in quanto la connessione tra i due atti è stretta. Così recita la Corte: "...la perquisizione non è soltanto l'antecedente cronologico del sequestro, ma rappresenta lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro...". Dopo aver riconosciuto l'esistenza di un nesso, si precisa che esso è posto da

---

<sup>424</sup> Cfr. con riferimento alle domande suggestive, Cass, 21 gennaio 1992, Daniele, in *Giur. it.* 1993, II, p. 126.

<sup>425</sup> Ivi, Cap. V, 1.1. Una premessa metodologica.

<sup>426</sup> Cass., 22 settembre 1995, Cavarero, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1545.

<sup>427</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Foro it.*, 1996, II, p. 473 per la cui critica v. F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 647 ss.

articoli dello stesso codice e si richiamano l'art. 252 c.p.p. e 103 comma 7 c.p.p.<sup>428</sup> a riprova del nesso funzionale tra perquisizione e sequestro.

A riguardo dell'utilizzabilità dell'atto la Corte specifica “..la stessa utilizzabilità della prova è pur sempre subordinata all'esecuzione di un legittimo procedimento acquisitivo che si sottragga, in ogni sua fase, a quei vizi che, incidendo negativamente sull'esercizio di diritti soggettivi irrinunciabili, non possono non diffondere i loro effetti sul risultato che attraverso quel procedimento, sia stato conseguito.”

Date tali premesse la Corte avrebbe dovuto coerentemente concludere nel senso dell'invalidità del sequestro preceduto dalla perquisizione illegittima.

Al contrario, con un atteggiamento contraddittorio viene affermata la tesi opposta che qualifica come acquisibili tutte le cose pertinenti al reato, comunque raccolte. Così conclude la Cassazione: “se è vero che l'illegittimità della ricerca della prova del commesso reato, allorquando assuma le dimensioni di una palese violazione delle norme poste a tutela dei diritti soggettivi oggetto di specifica tutela da parte della Costituzione, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire, è altrettanto vero che, allorquando quella ricerca, comunque effettuata, si sia conclusa con il rinvenimento ed il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare del tutto irrilevante il modo con cui a quel sequestro si sia pervenuti”.

La sentenza prosegue legittimando il sequestro nel caso di specie come “atto dovuto” in quanto si tratta di un provvedimento imposto *ex lege* ed una volta eseguito “non solo non poteva essere revocato, ma conservava la sua piena efficacia, a tutti gli effetti, nel procedimento nel quale era stato adottato”.

È chiaro che l'analisi di una sentenza piuttosto confusa sul piano ideologico non può orientare l'interprete verso una soluzione chiara e non fa che confermare

---

<sup>428</sup> La Corte dimostra il rapporto funzionale esistente tra perquisizione e sequestro analizzando i seguenti articoli: l'art. 252 impone il sequestro delle cose rinvenute a seguito della perquisizione e l'art. 103 comma 7 c.p.p. espressamente sancisce l'inutilizzabilità dei risultati delle perquisizioni allorquando queste siano state eseguite in violazione delle particolari garanzie di cui debbono fruire i difensori.

l'incertezza sul tema. Ci si trova di fronte ad un *non sequitur* disarmante, con argomentazioni che tra la prima e la seconda parte della sentenza cambiano in modo paradossale di segno.

#### *1.4.2. Differenti posizioni: il tema del segreto*

Il tema della rivelazione spontanea dei segreti è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni Unite<sup>429</sup> hanno sostenuto che la violazione del segreto in camera di consiglio fa sì che la testimonianza che ne deriva sia colpita da inutilizzabilità. Così recita la Corte: “..il precetto normativo di cui all’art. 201 c.p.p è modellato nella forma di uno specifico divieto e, dunque, attesa la genericità e onnicomprensività 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..”.

In verità la motivazione è assai poco chiarificatoria. L’inutilizzabilità, infatti, viene presentata come sanzione prevista a livello specifico così come esplicita l’art. 201 c.p.p. in cui compare la parola obbligo, che porta la fattispecie a distinguersi da quella prevista all’art. 200 c.p.p. che parla, invece, di una semplice facoltà di astensione. La conclusione della frase si distacca nettamente dall’*incipit* e pone a giustificazione dell’inutilizzabilità la prescrizione generale all’art. 191 c.p.p.

Tuttavia si riscontrano anche pronunce in senso contrario, in cui la Cassazione<sup>430</sup> ritiene addirittura che “l’esame testimoniale dei componenti di un collegio giudicante nel caso in cui l’imputazione attenga ad un fatto intimamente connesso con quanto si è detto e deciso nella camera di consiglio, si estende legittimamente ai giudizi formulati e ai voti espressi in quella sede, posto che l’obbligo di denuncia che grava sul pubblico ufficiale, in tal caso i componenti

---

<sup>429</sup> Cass., 6 giugno 2003, Masi ed altri, *C.E.D.*, n. 225813.

<sup>430</sup> Cass., 22 aprile 2009, Gaeta, 246579, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, p. 370; Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, in *Cass pen.*, 2003, p. 3276.

del collegio, fa venir meno il vincolo del segreto (fattispecie in cui l'imputazione per il delitto di falsità ideologica in atto pubblico atteneva alla redazione da parte del presidente estensore di un tribunale del riesame di un'ordinanza con statuizione difforme da quella deliberata in camera di consiglio)".

Tali sentenze mostrano la poca precisione terminologica e ideologica che sovente la giurisprudenza propone, aumentando così la confusione in una materia già oggetto di dibattiti e contrapposizioni. L'ultima sentenza solleva non poche discussioni a differenza di una sentenza un po' più risalente ma motivata con ragionevolezza e tale da costituire un precedente di notevole impatto in un periodo in cui la tesi antitetica era maggiormente consolidata a livello giurisprudenziale.

#### *1.4.3. Sentenza Carnevale<sup>431</sup>*

Una nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha dato ragione alla tesi propugnata da Nobili. Il tema in oggetto era il segreto dei magistrati. Quando i giudici si trovano in camera di consiglio vige, infatti, un dovere di segretezza per cui essi stessi non possono rivelare chi sia favorevole all'assoluzione o alla condanna né le discussioni avvenute in quella sede. Il giudice Carnevale era accusato di aver favorito associazioni mafiose attraverso le sue sentenze. Si ritenne che il suo ruolo fosse stato di particolare preminenza e che gli altri membri del collegio avessero agito in buona fede. L'imputato venne condannato in primo e secondo grado ma la condanna fu annullata in Cassazione. Occorre ricordare che in primo grado il pubblico ministero aveva deciso di ascoltare i colleghi del giudice Carnevale, così da determinare quale fosse stata la sua condotta. In questo modo si voleva ricostruire il contesto per capire come un solo giudice avesse potuto portare il collegio all'annullamento delle sentenze in

---

<sup>431</sup> Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, p. 3276.



oggetto. Le dichiarazioni raccolte, a cui si aggiunsero ulteriori elementi, portarono alla condanna del giudice in primo grado e alla conferma in appello.

Ma in Cassazione la Corte ritenne che i colleghi di Carnevale avessero l'obbligo di astenersi dal deporre e che tutte le testimonianze su cui si fondava l'accusa fossero inutilizzabili, in quanto acquisite in violazione del segreto d'ufficio sancito dall'art. 201 c.p.p.

La sentenza della Corte di Cassazione contiene spunti che possono andare a sostegno di entrambe le tesi. Innanzitutto l'art. 201 c.p.p. afferma che i pubblici ufficiali hanno l'obbligo di astenersi e quindi non possono deporre. Sottolineare questo dato porta a valorizzare la tesi intermedia per cui solo i risultati delle deposizioni dei titolari del segreto professionale sono utilizzabili mentre quelli del segreto d'ufficio no. La Corte sottolinea poi che l'art. 191 c.p.p. si riferisce alle sole prove inammissibili, ma una tale opinione non è sostenibile perché tutti i vizi del procedimento probatorio devono essere sanzionati con l'inutilizzabilità.

### *1.5. Una metafora esemplificativa: i frutti dell'albero avvelenato applicata alle problematiche in oggetto*

Una forte suggestione per l'invalidità del sequestro preceduto da una perquisizione illegittima deriva dalla nota teoria di derivazione angloamericana dei 'frutti dell'albero avvelenato'<sup>432</sup>, dove la perquisizione sarebbe l'albero avvelenato che contamina i suoi frutti, identificati nelle cose rinvenute dal sequestro.

Tra le due teorie riguardanti l'art. 191 c.p.p. che si traducono rispettivamente nella lettura di 'acquisite' nel senso di 'ammesse' e 'acquisite' nel senso di 'ottenute', ove si sostenga la seconda allora questa potrebbe trovare, nei rapporti tra perquisizione e sequestro, una conferma nell'art. 185 c.p.p. secondo

---

<sup>432</sup> Ivi, Cap. II, 3.3.3. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato.

cui “la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo”. Applicando in modo analogo la regola enunciata, si conclude sostenendo che l’illegittimità della perquisizione influisce sul sequestro, essendo il secondo dipendente dalla prima.

La risposta dei sostenitori dell’avversa tesi si fonda, invece, sulla natura della dipendenza dall’art. 185 c.p.p.: essa non sarebbe la dipendenza causale, che occasionalmente lega il sequestro alla perquisizione, ma la dipendenza giuridica che si concretizza quando un atto processuale gioca il ruolo di *condicio sine qua non* per il compimento dell’altro. Il sequestro può essere conseguente ad una perquisizione, come spesso accade, ma nessuna disposizione legislativa vincola il sequestro alla perquisizione.

Secondo la tesi corderiana la perquisizione in sé, per illegittima che sia, non altera né contamina ciò che si scopre, la cui esistenza è indipendente dall’attività euristica<sup>433</sup>. Un rischio riconosciuto da entrambe le voci di dottrina è che i reperti siano manipolati da chi effettua la perquisizione o volontariamente collocati. La replica che i sostenitori della tesi corderiana propongono è il fatto che abusi ed illegalità del genere possono realizzarsi anche in sede di perquisizioni regolarmente autorizzate.

La tesi di Nobili certo è più garantista sul piano del sistema e può fregiarsi del pregio indubbio di disincentivare ogni violazione della legge.

---

<sup>433</sup> Cfr. V. BOZIO, *La prova atipica*, cit., p. 86.

## 2. Riflessioni conclusive

### 2.1. Premessa

L'analisi condotta relativa alla *ratio* delle disposizioni probatorie e alle figure dei divieti probatori<sup>434</sup> permette di dedurre qualche riflessione finale dal lavoro svolto. Per un processo che possa definirsi “giusto”, il materiale probatorio acquisito non segue solo il criterio della pertinenza al reato indagato così da far entrare in giudizio qualsiasi prova, anche irrualmente raccolta. Al contrario i pubblici ministeri e la polizia giudiziaria hanno il dovere di tenere una condotta qualificabile come ineccepibile sul piano formale, cosicché l'azione investigativa possa essere ricondotta all'adempimento di disposizioni legislative. Il fine ultimo, oltre il prerequisite di tutela delle garanzie, è di garantire una prova attendibile, visto che può rivestire un ruolo decisivo sulla sentenza finale; ma perché ciò avvenga, devono essere seguite le disposizioni acquisitive poste ed esclusi gli atti derivanti da irrualità. I divieti probatori, oltre che per la tutela delle garanzie dell'imputato, si possono distinguere in base all'interesse tutelato che può essere *endo* od *extra* processuale<sup>435</sup>, in ogni caso volto a salvaguardare l'esito processuale finale. È facile dedurre, a questo punto, che deve essere escluso dal materiale probatorio utilizzabile l'atto che viola il divieto<sup>436</sup>.

L'assenza delle condizioni minime per l'acquisizione probatoria potrebbe comprometterne, infatti, l'affidabilità, così da rilevare anche alla luce del diritto alla difesa dell'imputato o indagato<sup>437</sup>. La prima riflessione su cui si pone l'attenzione è la *ratio* stessa delle disposizioni di legge, che traduce l'*intentio*

---

<sup>434</sup> Ivi, Cap. III, 2. Il presupposto della sanzione dell'inutilizzabilità: i divieti probatori e la loro violazione.

<sup>435</sup> Così N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 146.

<sup>436</sup> È anche vero che, nel caso in cui una perquisizione domiciliare sfiori i limiti temporali, non si verifica una vera e propria violazione di divieto probatorio e il divieto di acquisire sarebbe eccessivo in quanto non proporzionale. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 137.

<sup>437</sup> A questo riguardo N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 219.

*legislatoris* di garantire un risultato, quindi la genuinità e completezza del materiale raccolto.

L'inutilizzabilità, in conclusione, sembra rivestire un ruolo di garanzia del sistema volto non solo a ripristinare l'eventuale legalità probatoria violata, ma anche la giusta decisione. In questo modo il rimedio al vizio probatorio oltre a tutelare la conoscenza giudiziale, integra un rimedio contro l'arbitrio e l'errore giudiziario. Sarebbe auspicabile che la corretta interpretazione dell'art. 191 c.p.p. fosse, oltre che esperienza quotidiana del processo, anche parte della cultura dei giuristi, in nome della realizzazione della giustizia e della legalità

## 2.2. *Vexata quaestio e sequitur applicativi*

Sembra che l'antico brocardo *male perquisitum male captum, bene retentum* venga contraddetto ed emerga la necessità di trovare una risposta al tema della propagazione del vizio da una prova illegittima a quella conseguente. La regola di esclusione probatoria deve essere interpretata in modo da armonizzarsi nel sistema e occorre un bilanciamento tra l'efficienza per ciò che concerne la raccolta del materiale probatorio e il tema delle garanzie per l'imputato. È chiaro che rilevano le esigenze di non dispersione delle prove e la regola di esclusione è il punto di equilibrio, anche perché la rilevabilità della prova illegittimamente acquisita è eccepibile in ogni stato e grado del processo. Bisogna a questo punto porre un *discrimen* netto su ciò che può essere ricondotto all'art. 191 c.p.p., trattenendosi da interpretazioni estensive volte a far rientrare nella previsione ogni vizio. Il compito dell'interprete si concretizza in quello di discernere la natura del vizio, in ogni caso in cui si verifichi la presenza di una prova raccolta in seguito ad una perquisizione illegittima. La posizione conclusiva del nostro lavoro pare trovarsi in equilibrio con le norme relative all'invalidità degli atti così come con il principio di tassatività, principio

che è considerato dalla dottrina<sup>438</sup> estendibile anche alla fattispecie dell'inutilizzabilità, come ricavabile implicitamente dalla legge delega e da un'interpretazione sistematica del codice volte a considerarla eccezione, essendo la regola normale l'utilizzazione delle prove da parte del giudice.

L'inserimento di qualche accenno al diritto statunitense<sup>439</sup> tra le matrici ideologiche considerate necessarie per svolgere il discorso qui in oggetto trova a questo punto piena giustificazione. Si ritiene, infatti, auspicabile che vi sia un giudice pronto a procedere ad un'analisi *cost to benefit*, volta ad una valutazione comparatistica tra il modello legislativo astratto e la reale fenomenologia acquisitiva della prova e decidere di conseguenza se il valore probatorio effettivo è stato compromesso dalla difformità dal modello posto. Per motivi di natura storica la cultura giuridica europea tende ad essere caratterizzata da una radicata diffidenza nella figura del giudice, che cresce in misura esponenziale se a questo vengono attribuiti poteri discrezionali, ma si tratterebbe in questo caso di adottare una posizione che potrebbe portare ad indubbi benefici processuali. Il giudice potrebbe, a questo punto, estromettere la prova illegittima nel caso in cui, all'ammissione di una tale prova, ne conseguisse una mancanza eccessiva di garanzie per l'imputato. La decisione di consentire al giudice di operare caso per caso potrebbe portare a difformità sul piano valutativo, però, sarebbe un passo necessario per evitare estensioni eccessive volte a sottrarre al processo materiale probatorio utile alla decisione finale.

Allo stesso modo è impensabile tener conto di prove acquisite in modo illegittimo, attraverso modalità di grave violazione di legge, tale da essere lesivo di garanzie. Si deve categoricamente evitare l'entrata in giudizio delle cosiddette "prove incostituzionali"<sup>440</sup>, che sono il baluardo di difesa non solo dell'imputato, ma anche della correttezza del processo. Parte della dottrina, infatti, sostiene che già i richiami ai principi costituzionali e alle Convenzioni internazionali, contenuti nella Legge Delega, spingevano ad un adattamento

---

<sup>438</sup> Su questa posizione P. TONINI, *La prova penale*, Cedam, Padova, 1988, pp. 28-29.

<sup>439</sup> Ivi, Cap. II, 3. Qualche breve considerazione sul processo penale statunitense: *exclusionary rule* e sua destrutturazione.

<sup>440</sup> Ivi, Cap. II, 1.2.4. La prova incostituzionale.

della procedura novellata verso un'ideologia di “giusto processo”, imponendo “la configurazione di una categoria di atti inefficaci, in quanto contrari a norme costituzionali”<sup>441</sup>. A nostro avviso è necessario optare per una scelta interpretativa che, nel bilanciare i due interessi contrapposti tra la repressione del crimine e la tutela dei diritti dei singoli, privilegi la seconda.

### *2.3. Il sequestro derivante da perquisizione illegittima: una possibile risposta*

Il problema del sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima è stato analizzato attraverso le opinioni della dottrina<sup>442</sup> e si prova ora a dare una risposta conclusiva coerente con il lavoro in oggetto. Ci si chiede se, a prescindere da uno specifico divieto probatorio, il momento di reale raccolta materiale della prova sia del tutto indipendente rispetto alle attività che hanno permesso la scoperta delle stesse. L'art. 191 c.p.p.<sup>443</sup> tratta solo di prove “acquisite”, ma le garanzie che ne derivano possono essere lette come equilibrio e attuazione del principio del giusto processo, anzi come *conditio sine qua non* per la sua realizzazione. L'acquisizione processuale della prova deve avvenire *secundum jus* e si individua nei principi costituzionali una “costante ermeneutica essenziale”<sup>444</sup> che diviene presupposto dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova. Se il nesso che lega i due atti viene considerato solo come mera sequenza storica, allora gli atti sono autonomi e si deve escludere la possibilità di rinvenire nel secondo atto un'invalidità derivata. Per noi i due atti si pongono in sequenza storica, il che avvalorata la tesi di una connessione logico-funzionale imprescindibile tra i due atti. La risposta parte dal presupposto che l'atto idoneo

---

<sup>441</sup> Così, G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 509.

<sup>442</sup> Ivi, Cap. V, 1.1.1. Introduzione al problema del rapporto tra perquisizione e sequestro: momenti di unione e di diversità.

<sup>443</sup> Ivi, Cap. V, 1. Le posizioni della dottrina relativamente all'art. 191 c.p.p.

<sup>444</sup> L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1548.

alla raccolta della prova sia senza alcun dubbio finalizzato a che essa sia assicurata al processo. Si ritiene, dunque, di abbracciare l'orientamento della stessa Cassazione, che si espone con la seguente affermazione in tema di invalidità derivata: “..poiché il nesso di consequenzialità comunica all'atto successivo la nullità di quello che ne è l'antecedente cronologico, storico e funzionale”<sup>445</sup>.

Il fatto che i due atti siano configurabili in modo distinto non vale ad escludere il nesso teleologico di fondo che li lega<sup>446</sup>. Per questo l'invalidità dell'atto antecedente non può che contagiare il sequestro con la stessa invalidità processuale<sup>447</sup>. Questa connessione può essere eventualmente non operante in un caso e cioè qualora la raccolta degli elementi probatori sia avvenuta per caso fortuito. La cosa pertinente al reato, infatti, può derivare da illecito effettuato da terzi o da illecito effettuato dalla polizia giudiziaria: i due casi sono tra loro ben differenti<sup>448</sup>.

La risposta che si vuole proporre è vicina a quella prospettata dalla Corte Suprema statunitense<sup>449</sup> la quale, analizzando il rapporto tra sequestro e perquisizione, ha concluso nel senso che il destino processuale dei due atti era il medesimo e le conseguenze erano quelle derivanti dalla teoria dei *fruits of the poisonous tree*<sup>450</sup>.

Questo lavoro, attraverso l'analisi dei singoli mezzi di prova<sup>451</sup>, si propone di dimostrare l'accentuata capacità intrusiva di determinati mezzi, tali da ottenere risultati solo a fronte di un *deficit* di garanzie per l'imputato o l'indagato. In

---

<sup>445</sup> Cass., Sez. II, 10 dicembre 1990, Rocchi, in *C.E.D.*, n. 188313.

<sup>446</sup> La Corte di Cassazione non ha un orientamento univoco a riguardo e si segnala la presenza di pronunce contrarie alla tesi che questo lavoro si propone di sostenere. Ad esempio Cass, Sez. IV, 24 aprile 1991, Lionetti, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1879: “perquisizione e sequestro hanno differenti presupposti e differente funzione giuridica, ancorché eventualmente convergenti sul piano dei risultati”.

<sup>447</sup> A questo riguardo G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 79.

<sup>448</sup> La Cassazione si è pronunciata a riguardo in un caso che ha dato modo di operare il distinguo tra l'acquisizione e utilizzazione della registrazione fotografica di un colloquio a seconda che sia effettuata da un partecipe o dalla polizia. Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21.

<sup>449</sup> *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338-341, 1939.

<sup>450</sup> Ivi, Cap. II, 3.3.3. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato.

<sup>451</sup> Ivi, Cap. IV, I singoli mezzi di prova: quando si definiscono illegittimi e relativa inutilizzabilità.

relazione ad essi occorre limitare il più possibile l'arbitrarietà delle modalità di acquisizione da parte della polizia giudiziaria e dei pubblici ministeri.

Le priorità da difendere, oltre alla repressione del crimine e, come imposto dall'art. 111 Cost.<sup>452</sup>, la realizzazione del giusto processo, sono anche la credibilità del sistema giuridico di fronte all'opinione pubblica, vale a dire di un sistema in cui il cittadino crede e si sente garantito e tutelato. In conclusione, se l'atto è viziato deve essere estromesso dal processo ed è inutilizzabile per la decisione.

---

<sup>452</sup> Ivi, Cap. II, Costituzione e contraddittorio: non solo principio ma metodo epistemico di ricerca della verità esercitato in divenire.



## *Bibliografia*

- G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.
- E. AMODIO, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- E. AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989.
- E. AMODIO, M. C. BASSIUNI, (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988.
- A. BARGI, *Il ricorso per Cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, trattato diretto da A. Gaito, vol. II, Utet, Torino, 1998.
- A. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene, Napoli, 1990.
- M. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Giuffrè, Milano, 1980.
- M. BARGIS, *L'esame della persona imputata in un procedimento connesso nel nuovo codice di procedura penale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1991.
- G. BARONE, *sub artt. 42 e 43*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989.
- G. BARONE, voce *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, Torino, 1990.
- E. BASSO, *sub. art. 244*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- G. BELLAVISTA, voce *Confronto*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1961.
- G. BELLAVISTA, voce *Esperimento giudiziale*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966.
- G. BELLAVISTA, G. TRANCHINO, *Lezioni di dir. proc. pen.*, Giuffrè, Milano, 1987.

- G. BONETTO, *sub. artt. 360 e 361*, in G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1987.
- C. BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. merito*, 2000.
- V. BOZIO, *La prova atipica*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965.
- I. CALAMANDREI, *sub. art. 195*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della verità e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *Scienza e casualità*, a cura di S. Seminara e C. De Maglie, Cedam, Padova, 2006.
- F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Edizioni dell'ateneo, Roma, 1947.
- F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione delle leggi processuali penali*, in *Questioni sul processo penale*, Zuffi, Bologna, 1950.
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1940.
- F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Morano, Napoli, 1963.
- N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1989.
- G. C. CASELLI, *sub. art. 351*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Utet, Torino, 1990.
- M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984.
- L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996.
- G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1955.

- G. CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969.
- G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., Cedam, Padova, 2010.
- G. CONSO, V. GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1990.
- G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, riprodotta in *Il nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1990.
- C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.
- C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: deviazioni sostanzialistiche e itinerari della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- F. CORDERO, *sub. art. 197*, in *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990.
- F. CORDERO, *sub. art. 209*, in *Codice di procedura penale commentato*, II ed. Utet, Torino, 1992.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, V ed., Giuffrè, Milano, 1987.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- F. CORDERO, *Strutture di un codice*, in *Ind. pen.*, 1989.
- F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963.
- F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963.
- F. CORDERO, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965.
- P. CORSO, *Periti e perizia*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.
- P. CORSO, *Scritti anonimi e processo penale*, Cedam, Padova, 1977.
- A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, Torino, 1991.
- L. D'AMBROSIO, *sub art. 210*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.

- M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009.
- G. DELLA MONICA, voce *Giudicato*, in *Digesto pen. agg.*, Torino, 2008.
- E. M. DELL'ANDRO, *Colloqui registrati ed uso probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984.
- G. DE LUCA, *La cultura della prova ed il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Giuffrè, Milano, 1991.
- M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Cedam, Padova, 2003.
- F. R. DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007.
- F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. III, Utet, Torino, 2008.
- O. DOMINIONI, *sub. art. 62*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989.
- M. D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000.
- R. DOTTA, *sub. art. 218*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- P. DUBOLINO, T. BAGLIONE, F. BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, La Tribuna, Piacenza, 1988.
- S. ERCOLI, voce *Perquisizioni e ispezioni*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1984.
- E. FASSONE, in AA. VV. *Manuale del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1990.
- E. FASSONE, *Processo penale e criminalità organizzata*, in AA.VV., Laterza, Roma-Bari, 1993.
- A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965.

- V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987.
- P. FERRONE, *Il sequestro nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1975.
- P. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007.
- P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1990.
- P. FERRUA, *L'avvenire del contraddittorio*, in *Critica dir.*, 2000.
- P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1990.
- P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1990.
- P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992.
- P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990.
- P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998.
- E. FLORIAN, *Delle prove penali*, III ed., a cura di P. Fredas, Istituto Editoriale Cisalpino, Varese-Milano, 1961.
- G. FRIGO, *sub. art. 103*, in E. Amodio, O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989.
- A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992.
- N. GALANTINI, *Limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991.
- N. GALANTINI, voce "Inutilizzabilità" (dir. proc. pen), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1968.

- N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991.
- G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1968.
- R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1994.
- G. GIANZI, *Note sul sequestro penale*, in *Arch. pen.*, 1965.
- G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001.
- E. GIRONI, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro italiano*, 2000.
- F. GIUNCHEDI, *La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.*, 2009.
- V. GREVI, *La corrispondenza fra imputato, detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972.
- V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973.
- V. GREVI, *Le sommarie informazioni di polizia e la difesa dell'indiziato*, Giuffrè, Milano, 1980.
- V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972.
- V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, Cedam, Padova, 2006.
- F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto IV ed.*, Utet, Torino, 1993.
- F. M. GRIFANTINI, *Riesame del sequestro e valutazione dei presupposti nella giurisprudenza sul c.p.p. del 1930 e nel c.p.p. del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- F. M. GRIFANTINI, *Sulla inutilizzabilità contra alios delle dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63 comma 2 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 1996.
- H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965.

- F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997.
- L. IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giur. it.*, 2000.
- G. ILLUMINATI, voce *Giudizio*, in G. Conso, V. Grevi, *Profili del nuovo c.p.p.*, IV ed., Cedam, Padova, 1996.
- G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983.
- G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.
- H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952.
- W. LA FAVE, J. ISRAEL, *Criminal Procedure*, V ed., *Hornbook Series*, II ed., St. Paul, Minnesota, 1992.
- A. LANDOLFI, *L'inutilizzabilità a seguito di perenzione dei termini di indagine*, in *Cass. pen.*, 1996.
- M. LAUDI, *Le intercettazioni telefoniche*, in AA.VV., *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di L. Violante, Giuffrè, Milano, 1986.
- G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Jovene, Napoli, 1961.
- S. LONGHI, in *Commentario al codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1922.
- G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978.
- A. MAGARAGGIA, *I principi per la riforma del processo penale*, Cedam, Padova, 1988.
- I. MANZONI, *Poteri di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'IVA*, Giuffrè, Milano, 1993.
- L. MARAFIOTI, *Dichiarazioni auto-indizianti, testimonianza indiretta e diritto sostanziale alla difesa*, in *Giur. it.*, vol. II, 1990.
- A. MELCHIONDA, *sub. art. 212*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.

- A. MELCHIONDA, *sub. art. 213*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- U. NANNUCCI, *Analisi critica delle indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990.
- A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1991.
- A. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991.
- A. NAPPI, *Nell'attuazione del giusto processo il nodo delle dichiarazioni irripetibili*, in *Dir. giust.*, 2000.
- D. NEGRI, *Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato fra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000.
- M. NOBILI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989.
- M. NOBILI, *Cosa si puo' rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: "voi invocate le forme perche' non avete principi?"*, in *Critica del diritto*, 1994.
- M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991.
- M. NOBILI, *Il nuovo diritto alla prova ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974.
- M. NOBILI, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989.
- M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998.
- P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969.



- R. ORLANDI, *sub art 209*, in AA. VV. *Commento al nuovo codice di procedura penale* coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- B. PANNAIN, M. ALBINO, M. PANNAIN, *Il giudizio tecnico sulla personalità dell'imputato*, in *Studi sulla memoria di R. Pannain*, Napoli, 1987.
- M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Aras Edizioni Universitaria, Fano, 2012.
- G. PAOLOZZI, *Il sequestro penale*, Cedam, Padova, 1984.
- G. PAOLOZZI, *sub. art. 348*, in G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1987.
- M. PAPA, *Brevi spunti sulle rules of evidence*, in *Il processo penale degli Stati Uniti d'America* a cura di E. Amodio, C. Bassiouni, Giuffrè, Milano, 1988.
- S. PATANÉ, *Validità della perizia in relazione alla possibilità del perito di incaricare collaboratori di sua iniziativa*, in *Giust. pen.*, 1967.
- P. P. PAULESU, voce *Anonimi, denunce e documenti*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990.
- A. PERDUCA, *sub. art. 198 c.p.p.*, P. Calamandrei, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950.
- G. PIERRO, *Una nuova fattispecie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
- M. PISANI, *Le prove, Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di un nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978.
- M. PISANI, *Le riforme del "codice Rocco"*, in *Introduzione al processo penale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997.
- G. SABATINI, voce *Prova* in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1967.
- R. SANLORENZO, *sub. art. 352*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coord. da M. Chiavario, Utet, Torino, 1990.
- A. SANNA, *Dichiarazioni indizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giur. it.*, 1996.
- M. SCAPARONE, *Common law e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1974.

- M. SCAPARONE, *Confidenti della polizia e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1970.
- M. SCAPARONE, *Agenti segreti di polizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972.
- A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità, uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- E. SELVAGGI, voce *Esame diretto e controesame*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, Torino, 1992.
- D. SIRACUSANO, *Le prove*, in AA. VV. *Diritto processuale penale*, II ed., vol. I, Giuffrè, Milano, 1996.
- G. SPANGHER, *I procedimenti speciali fra razionalizzazione e modifiche dl sistema*, in AA.VV. *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Giuffrè, Milano, 2000.
- G. SPANGHER, *sub. art. 200*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990.
- C. SQUASSONI, *sub. art. 238*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990.
- M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- P. TONINI, *La prova penale*, Cedam, Padova, 1988.
- P. TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005.
- G. UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Giuffrè, Milano, 2008.
- G. UBERTIS, V. PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979.
- G. L. VERRINA, *Approccio esaustivo della Corte di Cassazione al problema di inutilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2000.
- I. VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Cedam, Padova, 1968.

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

E. ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudizio penale*, Giuffrè, Milano, 1989.