

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
TESI DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO
UNICO

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A. A. 2013/2014

TESI IN: DIRITTO PROCESSUALE PENALE

TITOLO: L'influenza dell'inutilizzabilità degli atti nella ricostruzione della verità processuale.

CANDIDATO: Cosimo Pedullà

MATRICOLA: 103853

RELATORE : Prof.. Carcano Domenico

CORRELATORE (1): Prof.sa Aprati Roberta

L'INFLUENZA DELL'INUTILIZZABILITÀ DEGLI ATTI SULLA RICOSTRUZIONE DELLA VERITÀ PROCESSUALE.

STUDIO CRITICO DELL'ISTITUTO

Tesi in Diritto Processuale Penale
di Cosimo Pedullà

Relatore: Ill.mo Prof. Domenico Carcano

Correlatore: Ill.ma Prof.ssa Roberta Aprati

INDICE ANALITICO

PREMESSA

Processo e Verità

Verità storica, convenzionale e processuale. Come le regole probatorie ed il relativo presidio garantistico dell'inutilizzabilità finiscono concretamente per influenzare i contorni della verità processuale.

CAPITOLO I

Inquadramento di carattere storico-istituzionale

1. Inutilizzabilità e sistemi processuali: la compatibilità dell'istituto con le logiche accusatorie e lo stridio con il sistema inquisitorio
2. Le origini della categoria: excursus storico
- 2.1. La mancata regolamentazione nel Codice Rocco. I modelli ai quali guardare
- 2.2. Prime fermentazioni interne: l'istituzione della Commissione di riforma Carnelutti ('62)
- 2.3. Interventi normativi (e non) "speciali"
 - a) legge 932/1969
 - b) sent. C. Cost. 34/1973
 - c) l. 98/1974
 - d) altre figure di inutilizzabilità *ante litteram*, frutti della c.d legislazione dell'emergenza (d.l. 59/1978)
 - e) legge 29 del 1987
 - f) divieto di uso processuale degli atti anonimi
- 2.4. Il fallito tentativo di Progetto Preliminare del 1978
- 2.5. Rilievi conclusivi sull'esperienza dell'inutilizzabilità prima del nuovo

- codice di rito
- 3. Il codice del 1988: legge delega, Progetto Preliminare e versione definitiva dell'art.191 cpp
- 4. La querelle legislatore – Giudice delle Leggi sulla dicotomia inutilizzabilità - non dispersione della prova. Il definitivo salto di qualità: il riconoscimento a livello costituzionale (l.cost. 2/1999)
- 5. La legge di attuazione del giusto processo n.63/2001

CAPITOLO II

L'inutilizzabilità come *species* di invalidità

- 1. L'Inutilizzabilità: definizione
- 2. Il genus dell'invalidità e l'articolazione nelle sue tipologie
- 2.1. Nullità ed inutilizzabilità: le ragioni sottese alla creazione di una categoria *ad hoc* per le invalidità concernenti il settore delle prove
- 2.2. Inutilizzabilità e irregolarità: il problema dei vizi formali
- 2.3. Elementi di discrimen con l'inammissibilità, la decadenza e l'inesistenza. Cenni
- 2.3.1. Inammissibilità
- 2.3.2. Decadenza
- 2.3.3. Inesistenza ed abnormità

CAPITOLO III

Le classificazioni delle inutilizzabilità

- 1. Relativamente alla tecnica di previsione normativa, i. generali e speciali. L'inutilizzabilità legalmente orientata
- 2. Circa il momento di emersione del vizio, i. originaria e sopravvenuta...
- 3. In funzione del segmento del procedimento in cui si manifesta, i. endoprocedimentale –in senso stretto- e i. endoprocedurale. La correlata distinzione riguardo l'idoneità dell'atto a fondare il convincimento del giudice: i. delle prove e degli elementi di prova
- 4. Riguardo alla summa divisio delle prove: i. dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova; i. negli atti omologhi di indagine. La concreta individuazione dei divieti probatori
- 4.1. Testimonianza
- 4.1.1. Assunzione di informazioni da parte del p.m. e della p.g.
- 4.2. Esami
- 4.2.1. Interrogatorio
- 4.3. Confronto in dibattimento
- 4.3.1. Confronto in sede di indagini preliminari e di incidente probatorio

- 4.4. Ricognizione in dibattimento e in incidente probatorio
- 4.4.1. Individuazione di cose e persone
- 4.5. Esperimenti giudiziali
- 4.6. Perizie e consulenze tecniche
- 4.6.1. Operazioni e accertamenti tecnici espletati nel corso delle indagini preliminari
- 4.7. Prove documentali
- 4.8. Ispezioni
- 4.9. Perquisizioni
- 4.10. Sequestri
- 4.11. Intercettazioni. La sentenza Torcasio.
- 4.12. Prova atipica ed inutilizzabilità. La sentenza Prisco
- 5. Riguardo al contenuto e all'estensione: i. assoluta e relativa; aspetti d'identità e profili di differenza con le categorie di i. fisiologica e patologica
- 6. Alla luce della natura tipica o atipica delle specie di inutilizzabilità
- 7. Relativamente alla fase del "procedimento probatorio" in cui maturano: i. per erronea ammissione, per erronea acquisizione, per erronea valutazione. Il divieto d'uso tra regole di esclusione e regole di valutazione

CAPITOLO IV

La natura ambivalente del termine inutilizzabilità: inutilizzabilità come vizio e come regime sanzionatorio

Sezione Prima – Il sistema dei divieti probatori. La concezione statica risultante dal lc. dell'art. 191 cpp.

- 1. Il problema della tassatività delle inutilizzabilità
- 1.1. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità patologiche
- 2. Il criterio della pertinenza-rilevanza della prova: dubbi circa la natura giuridica della regola di cui all'art. 187 cpp
- 3. Divieti derogabili e divieti inderogabili: questioni circa la derogabilità dei divieti a supporto dell'inutilizzabilità patologica e fisiologica
- 4. L'inutilizzabilità come il rifiuto del regime di conservazione degli atti imperfetti. L'insanabilità
- 5. Il problema dell'inutilizzabilità derivata. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato
- 6. L'inutilizzabilità alternativa: il principio di non sostituibilità
- 7. La prova illecita
- 8. La prova illegale
- 9. La prova incostituzionale
- 10. Il divieto d'uso avendo riguardo alla prova estera

Sezione Seconda – L’operatività dell’invalidità nelle due macrofasi del procedimento

1. Inutilizzabilità e indagini preliminari. Il sistema del doppio fascicolo: l’ambito concreto di applicazione dell’inutilizzabilità fisiologica (relativa oggettiva) e patologica
- 1.1. Le prove acquisite in violazione dei divieti ex lege: i criteri per la loro individuazione e classificazione
- 1.2. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità fisiologiche (i.e. relative oggettive)
2. Provvedimenti anteriori al dibattimento fondati su prove inutilizzabili: inutilizzabilità e gravi indizi cautelari
- 2.1. (segue) Profili problematici seguenti all’emanazione del decreto che dispone il giudizio sulla base di prove o atti inutilizzabili
3. Inutilizzabilità in dibattimento e prova della colpevolezza
- 3.1. Art.526 c.1bis e pretesa utilizzabilità *in bonam partem* delle dichiarazioni sottratte al confronto dibattimentale
- 3.2. Inutilizzabilità e sistema delle letture (artt. 511-514)
- 3.3. L’inutilizzabilità legalmente orientata: le contestazioni
4. Inutilizzabilità e riti alternativi al dibattimento
- 4.1. In dettaglio: il giudizio abbreviato (Sez.Un. 16/2000, Tamarro)
- 4.2. In dettaglio: il “patteggiamento”

Sezione Terza – I rimedi all’inosservanza dei divieti probatori. Il regime giuridico ex l.c. 191 cpp (concezione dinamica)

1. Il regime di rilevabilità del vizio che causa l’inutilizzabilità.
2. L’ipotesi patologica della sentenza emanata in violazione della regola aurea di cui all’art.526, l.c. Vizio tout-court dell’atto o vizio della decisione?
3. Inutilizzabilità nelle impugnazioni ordinarie: l’appello
4. (segue) Il ricorso per Cassazione
- 4.1. Inutilizzabilità e giudizio di rinvio
5. Inutilizzabilità ed impugnazioni extra-ordinem: il ricorso straordinario
- 5.1. (segue) Il giudizio di revisione
6. Incidenza di fonti convenzionali per la rilevazione post iudicatum di cause di inutilizzabilità
7. Inutilizzabilità e procedimento di riparazione per ingiusta detenzione
8. Inutilizzabilità e fase esecutiva: l’incidente di esecuzione
9. Inutilizzabilità e disciplina extra-penale: attività ispettive e di vigilanza.....
10. Profili di diritto intertemporale: inutilizzabilità e ius superveniens

CAPITOLO V

Osservazioni critiche: problematiche attuali e prospettive di riforma

1. Uno sguardo panoramico al dato comparatistico
2. I tratti peculiari del principio di bilanciamento nell'ordinamento italiano ...
3. Il ruolo creativo della giurisprudenza
4. Prospettive di superamento dell'inutilizzabilità
5. Possibili linee di riforma
6. Legalità formale e giusto processo

Premessa

PROCESSO E VERITA'

“La giustizia è una posta troppo alta per essere sacrificata agli idoli della procedura¹”

Verità storica, convenzionale e processuale. Come le regole probatorie ed il relativo presidio garantistico dell'inutilizzabilità finiscono concretamente per influenzare i contorni della verità processuale.

Il processo penale è uno strumento che esprime chiaramente una diretta **tensione** verso la ricerca, *rectius*, la ricostruzione della **verità** di un accadimento storico: il suo oggetto e fine ultimo, infatti, coincide in un fatto empirico. Correlativamente, il compito dei protagonisti del processo consiste nel rievocare, attraverso le cadenze dell'istruzione probatoria, la reale concatenazione delle circostanze concretamente verificatesi, di modo da offrire al giudice il quadro sul quale fondare il vaglio di conformità o meno del comportamento tenuto dall'agente rispetto alle norme di condotta prescritte dall'ordinamento.

E' chiaro che il concetto di **verità** è un concetto inafferrabile, di per sé continuamente *in fieri*, che può acquistare senso e parziale concretezza soltanto se accostato al prodromico concetto di **tensione**. L'uomo tende verso la ricerca della verità, pur consapevole che non riuscirà mai a catturarla integralmente: la verità alla quale può aspirare sarà sempre relativa.

Il concetto suindicato presenta in sé una nota di imprecisione: il processo tende ad accertare la verità o la falsità dell'ipotesi accusatoria formulata dalla pubblica accusa, in relazione ad un dato fatto naturale. Di per sé i fatti della natura non sono né veri né falsi, bensì più radicalmente si classificano in accaduti o non accaduti.

Ciò precisato, possiamo dire che tre sono le accezioni di verità, che delineano il perimetro ed i fini del processo penale:

- Verità **storica**
- Verità **convenzionale**
- Verità **processuale**.

¹ La celebre espressione risale a F.CORDERO, in Tre Studi sulle prove penali, pag.171.

a. Verità **storica**

La verità storica non è altro che l'utopia del processo penale. Si tratta di un concetto limite, che se concretizzato porterebbe a qualificare il processo come "perfetto": il risultato dello stesso è esattamente coincidente col reale svolgimento dei fatti.

Tuttavia, è evidente che accertamento nel processo penale e verità storica sono due variabili autonome e parallele, separate da un salto logico.

Il fatto storico non può rivivere, non può rievocarsi, ma deve essere ricostruito nel procedimento attraverso quel particolare filtro rappresentato dalle prove. Anche nell'ipotesi di scuola della presenza di una videocamera che riprende la commissione del reato, è necessario sempre un passaggio intermedio che consenta l'acquisizione di detta prova –nella specie, atipica- nel procedimento.

E' proprio nel fisiologico, ineliminabile, necessario passaggio dalla realtà naturale alla ridefinizione processuale, cui è adibita la fase di formazione e raccolta delle prove, che possono verificarsi distorsioni.

Una volta chiarito che la verità storica rappresenta l'obiettivo, seppur utopico, del processo penale, è possibile introdurre due questioni strettamente correlate.

La prima riguarda i **mezzi** attraverso i quali la verità storica può essere riprodotta nel processo. Si tratta del problema delle condizioni e dei limiti di ammissione della prova, nonché dello spazio da concedersi all'iniziativa probatoria, rispettivamente, delle parti e officiosa (art.190 cpp, "Diritto alla prova").

La seconda questione concerne i **contenuti** dell'accertamento condotto: una volta esaurita la fase intermedia del c.d. Procedimento Probatorio, che designa l'insieme delle modalità di acquisizione agli atti del processo dei risultati delle prove esperite, per il giudice si spiega la strada per la realizzazione dell'ultima fase, quella della valutazione delle prove, appannaggio della generale regola del libero convincimento (art.192 cpp). Il procedimento probatorio esprime in sé lo statuto dell'epistemologia giudiziaria, cioè delle modalità e delle condizioni di conoscenza all'interno del processo: il giudice decide esclusivamente sulla base delle prove che può portare in camera di consiglio, in quanto legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento (art.526 cpp).

Se, all'esito di questo procedimento, l'accertamento non consente di raggiungere un livello sufficiente di **certezza processuale**, il legislatore

precisa che il criterio che dovrà ispirare il giudice sarà espresso nella massima garantistica: “*in dubio pro reo*”, imponendo il proscioglimento dell'imputato ex 530, Il cpp per mancanza, insufficienza, contraddittorietà della prova. Correlativamente, la condanna è pronunciabile solo se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio (533 cpp).

Risulta allora evidente che il momento più delicato è rappresentato dall'insieme di regole che disciplinano ex ante l'ingresso e la formazione delle prove. Tali regole delineano il perimetro entro il quale il giudice dovrà poi motivare il proprio convincimento (artt.192 e 526).

b. Verità **convenzionale**

Se la verità storica è l'estremo utopico del processo penale, la verità convenzionale è la tentazione del processo. Il termine “*conventio*” evoca un incontro di volontà, una convergenza sulla medesima posizione da parte di soggetti animati da interessi antitetici. E' il terreno della c.d. “giustizia negoziata”.

Nella versione originaria del codice dell' '88 il fenomeno consensuale era relegato per lo più all'ambito dei **riti alternativi** ed era connesso alla logica premiale ad essi sottesa.

Con l'entrata in vigore della l.cost. n.2/1999 e la relativa legge attuativa sul “giusto processo” n.62/2001, il legislatore ha ampliato lo spazio applicativo del consenso nelle dinamiche processuali. Il nuovo **V comma dell'art.111 Cost** ammette deroghe al principio generale della formazione della prova nella sua sede principe, il dibattimento (principio sancito nel precedente IV c.), alla presenza, tra gli altri, del *consenso dell'imputato*.

Il risultato è evidente: si è definitivamente svincolato il concetto di giustizia negoziata dalle logiche premiali dei riti speciali per introdurlo anche nel più ampio -e generale- contesto del rito ordinario.

L'accordo tra le parti diviene dunque un istituto chiave dalla generalizzata applicazione che contribuisce ai meccanismi di formazione della prova. A differenza del processo civile, in cui è ammesso in quanto manifestazione del principio dispositivo, la sua applicabilità al processo penale, che coinvolge un bene giuridico indisponibile quale la libertà personale, è riconosciuta se ed in quanto portatore di una **valenza accertativa**, essendo proprio l'accertamento il fine del processo penale.

Per quel che qui ci interessa, è evidente che la giustizia negoziale non conduce necessariamente alla verità storica: la verità convenzionale, in quanto frutto di accordo tra interessi contrapposti, può ben configgersi con la

verità effettiva. Il potere dispositivo delle parti si presta ad abusi, ed è possibile che queste perseguano scopi diversi (chiusura della controversia, ottenimento di uno sconto di pena, collaborazione con la giustizia in cambio di benefici penitenziari..) rispetto all'accertamento della realtà storica. L'unico presidio alla correttezza dell'accordo è rappresentato dal vaglio attento del giudice, a garanzia dell'effettivo rispetto del fine accertativo.

c. Verità **processuale**

Punto d'incontro, *quid medium* tra verità storica e verità convenzionale, è rappresentato dal concetto di verità processuale. Essendo un punto mediano, indica il limite oltre il quale non è possibile ambire, per la tensione verso l'irraggiungibile verità storica, e prima del quale non ci si può arrestare, ostando limiti alla verità convenzionale.

La verità processuale è il risultato della somma algebrica di tutti gli strumenti accertativi che in concreto sono stati utilizzati ai fini della ricostruzione del quadro storico. Il prodotto finale varia a seconda della tipologia di strumenti che la scienza tecnica e la elaborazione normativa consentono in un dato momento storico.

La ricerca è confinata da una serie di **limiti epistemologici** che esprimono le regole di esclusione probatoria, preordinate alla tutela della qualità cognitiva del risultato probatorio. Tali limiti epistemologici garantiscono la tensione verso la realtà storica.

I **limiti etici**, invece, posti a presidio dei valori della persona umana, possono talvolta imporre una divaricazione rispetto alla realtà dei fatti.

D'altra parte, la verità processuale segna il limite prima del quale non ci si può arrestare, dovendo considerare le restrizioni alla formazione di una verità convenzionale: se il potere dispositivo riconosciuto alle parti fosse illimitato, si potrebbe giungere al paradosso di rinunciare al contraddittorio. A difesa da questo rischio, vengono in rilievo i poteri officiosi del giudice in tema di integrazione probatoria: il giudice assicura che non ci si fermi prima del raggiungimento del confine estremo consentito dalla verità processuale.

La ricostruzione della verità processuale passa attraverso la fase di raccolta delle prove. Le prove rappresentano il riflesso delle scelte di fondo effettuate dall'ordinamento, la verifica dei parametri di sviluppo dell'epistemologia del giudice.

E' anche attraverso l'istituto dell'**inutilizzabilità** che si delinea la fisionomia della verità processuale. E' proprio attraverso l'introduzione di questo nuovo gruppo di norme, sconosciute al vecchio sistema codicistico, che è possibile che si verifichi un'evidente discrasia tra verità storica e processuale: il conseguimento della verità reale nel processo penale è subordinato al rispetto delle regole e delle preclusioni processuali, tra le quali assumono rilevanza quelle imposte a pena di inutilizzabilità.

La declaratoria di inutilizzabilità di una prova, *rectius* di un risultato di prova nella fattispecie sicuramente conforme al vero, costringerà le parti ed il giudice a dover provare quel fatto *aliunde*: altrimenti quel fatto non avrà titolo di legittimazione per rientrare nella decisione.

E' decisiva l'importanza e la delicatezza della tematica, che è in grado di orientare in modo determinante la ricostruzione dei fatti oggetto del processo.

CAPITOLO I

Inquadramento di carattere storico-istituzionale

1. Inutilizzabilità e sistemi processuali: la compatibilità dell'istituto con le logiche accusatorie e lo stridio con il sistema inquisitori - 2. Le origini della categoria: excursus storico - 2.1. Mancata regolamentazione nel codice Rocco. I modelli ai quali guardare - 2.2. Prime fermentazioni interne: l'istituzione della Commissione di riforma Carnelutti ('62) - 2.3. Interventi normativi (e non) "speciali" - 2.4. Il fallito tentativo di Progetto Preliminare del 1978 - 2.5. Rilievi conclusivi sull'esperienza dell'inutilizzabilità anteriormente al nuovo codice - 3. Il codice di rito del 1988: legge-delega, Progetto Preliminare e versione definitiva dell'art. 191 - 4. La querelle legislatore – Giudice delle Leggi sulla dicotomia inutilizzabilità - non dispersione della prova. Il definitivo salto di qualità: il riconoscimento a livello costituzionale (l.cost. 2/1999) - 5. La legge di attuazione del giusto processo n.63 del 2001

1. Inutilizzabilità e sistemi processuali: la compatibilità dell'istituto con le logiche accusatorie e lo stridio con il sistema inquisitori

La normativa in materia di prove penali risente direttamente della scelta che il codice di rito opera tra i due fondamentali sistemi processuali: il sistema **inquisitorio** non ha interesse a disciplinare il fenomeno probatorio, diversamente da quanto accade nell'ipotesi di adesione al modello **accusatorio**, che fa del procedimento probatorio l'architrave della sua costruzione e della sua funzionalità.

Preliminarmente, è bene dar conto dell'evidenza di una inscindibile correlazione tra regime politico e sistema processuale: quest'ultimo è irrimediabilmente indirizzato dalla fisionomia del primo. Ad un regime totalitario corrisponde un rito penale nel quale la ricerca della verità, funzionale alla preservazione dell'ordine sociale, prevale sempre e comunque sulle garanzie dell'imputato; viceversa, ad un equilibrio democratico si correla un sistema processuale che pone le garanzie dell'imputato in posizione preminente rispetto alla difesa della società.

Dicesi inquisitorio il processo che sin dal Medioevo era affidato alle cure del *giudice inquisitore*, cui competeva il potere di attivarsi *motu proprio* per ricercare i reati e accertare la verità; d'altra parte, col termine accusatorio si designava il processo nel quale il giudice non esercitava poteri d'ufficio, dal momento che l'iniziativa era onere affidato alle parti: il giudice si limitava alla sola fase decisoria.

Tale contrapposizione di massima presenta un valore meramente esemplificativo ed astratto, mentre in concreto i sistemi processuali quasi sempre sono connotati da caratteristiche proprie vuoi del modello inquisitorio, vuoi del modello accusatorio. Non è un caso che la maggior parte dei sistemi, a partire da quello Napoleonico imperante nella Francia di inizio '800, siano **sistemi misti**.

L'operazione di classificazione di un sistema processuale nell'uno o nell'altro modello richiede allora una valutazione ponderata di tutti gli elementi essenziali. Li enuncio sommariamente, senza pretesa di completezza.

Il **modello inquisitorio**² si plasma alla luce del principio di autorità e si connota per le seguenti caratteristiche:

- iniziativa officiosa – l'attività di ricerca della verità, della quale il giudice è depositario, non deve essere compromessa dall'eventuale inerzia delle parti;
- monopolio della prova – il giudice è protagonista non solo della fase valutativa, ma anche del preliminare momento dell'iniziativa probatoria;
- assolutezza dei confini probatori – ciò che conta è il fine, non il metodo: la ricerca della verità può essere perpetrata attraverso qualsiasi strumento, lecito o illecito, garantista o lesivo della libertà morale dell'interessato;
- segretezza – l'attività dell'a.g. è coperta da una totale segretezza;
- presunzione di colpevolezza e correlata ampiezza operativa della carcerazione cautelare – in presenza di una semplice denuncia, è l'interessato ad esser chiamato a discolarsi.

Il **modello accusatorio**³ si ispira all'antitetico principio dialettico. In sua aderenza, si registrano i seguenti indici:

- iniziativa di parte – verrebbe meno l'imparzialità del giudice se fosse lui a prendere l'iniziativa processuale. Il processo si definisce accusatorio proprio per via della presenza di un accusatore –in origine privato, oggi organo pubblico-;
- iniziativa probatoria di parte – di regola, il procedimento probatorio si avvia su impulso della parte interessata, salvi i casi, tassativamente enucleati, di iniziativa *ex officio*; il principio dell'onere della prova, letto alla luce della presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva, onera l'accusa della prova della colpevolezza dell'imputato, e la difesa della dimostrazione della estraneità ai fatti dell'interessato;
- limiti all'ammissibilità della prova – determinante risulta essere il metodo attraverso il quale si giunge a formare la prova: soltanto se questo è rispettato, il risultato della prova sarà attendibile;

² P.Tonini, Manuale di Procedura Penale, V ed. (CEDAM), Cap.I

³ P.Tonini, Manuale di Procedura Penale, V ed. (CEDAM), Cap.I

- contraddittorio – il giudice non può pervenire alla decisione senza prima aver dato modo alle parti di esprimere le proprie ragioni. Nel settore probatorio, il principio prescrive la regola della formazione dialettica della prova;
- oralità-immediatezza - coloro che ascoltano hanno la possibilità di porre domande ed ottenere risposte da colui che ha fatto una dichiarazione;
- presunzione di innocenza e correlati limiti alla custodia cautelare – l'imputato non è considerato colpevole fintanto che non sia divenuta definitiva la sentenza di condanna.; parallelamente, nel corso del procedimento misure restrittive della libertà personale disposte in via cautelare sono concedibili in presenza di esigenze cautelari e di gravi indizi di colpevolezza.

Per quanto riguarda la tematica in esame, è illuminante la considerazione per cui l'istituto dell'inutilizzabilità sia stato introdotto solo dal codice di rito del 1988, essendo invece sconosciuto al codice Rocco del '30, codice che costruiva un sistema processuale di tipo misto dai prevalenti connotati inquisitori.

La previsione dell'inutilizzabilità rappresenta la reazione del legislatore di fronte alla pericolosa introduzione nel processo di prove vietate o invalidamente assunte. L'inutilizzabilità è allora espressione del principio di legalità della prova: il potere conoscitivo del giudice non è illimitato ma sottoposto ai limiti stabiliti dalla legge. E' il portato della struttura accusatoria del sistema processuale, struttura che presuppone che le prove scaturiscano dal contraddittorio delle parti e richiede l'esistenza di regole legali probatorie che selezionino i dati utilizzabili, indirizzando in anticipo i modi di conoscenza dei fatti da parte del giudice.

Viceversa, l'inutilizzabilità risulta difficilmente compatibile con la logica inquisitoria, ove il libero convincimento del giudice governa non solo il momento valutativo ma anche quello acquisitivo della prova.

2. Le origini della categoria: excursus storico⁴

2.1 Mancata regolamentazione nel codice Rocco. I modelli ai quali guardare

Il **codice Rocco** del '30 non conosceva l'inutilizzabilità come sanzione autonoma, riferendo infatti tutte le invalidità delle prove alla patologia della nullità.

⁴ Spunti di riflessione sono presenti in Pierro, Una nuova specie di invalidità, cap. II e III; Scella, Prove Penali ed Inutilizzabilità.

Unica ipotesi isolata era rappresentata dall'art.141 cpp 1930, a tenore del quale degli scritti anonimi non poteva farsi "alcun uso". La disposizione è stata definita come la fattispecie di inutilizzabilità *ante litteram* per eccellenza (vedi *infra*, pgf 2.3 l.f). Certamente, non era dato inferire dall'esistenza di questa disposizione il fatto che l'ordinamento avesse previsto, sia pure in termini impliciti, una nuova categoria di invalidità: mancava una struttura normativa organica che potesse conferire dignità giuridica autonoma alla peculiare sanzione di cui al 141 cpp. L'unico movente che aveva spinto il legislatore a tipizzare la fattispecie in termini non armonici con le altre ipotesi simili, era costituito dalla mera volontà di neutralizzare con la reazione più radicale l'ingresso di conoscenze anonime nel processo penale.

L'inutilizzabilità si affermerà come autonoma invalidità riferita specificamente al settore probatorio soltanto con l'avvento del codice del 1988. La tipizzazione della categoria rappresenta il supremo e definitivo esito di una **elaborazione teorica** che affonda le sue radici intorno agli anni '60 dello scorso secolo.

Fonte di ispirazione remota, temporalmente e geograficamente parlando, è rappresentata dalle speculazioni dottrinali che si andavano affermando in **Germania**. Proprio nel 1966 si svolgeva ad Essen un illuminante convegno giuridico in cui si disquisiva proprio sul tema dei divieti probatori; tra gli studiosi presenti, a rappresentare l'Italia c'era l'illustre figura di Piero Nuvoione, che contribuirà poi alla fioritura della categoria anche nel nostro sistema processuale.

I giuristi tedeschi evidenziavano la necessità di comprimere l'aspetto "patologico soggettivo", rilevando l'influenza negativa sui diritti individuali esercitata dall'autorità giudiziaria tramite violazioni nella fase di ricerca della prova. L'unica soluzione possibile era individuata dalla creazione di una sanzione *ad hoc* che censurasse in modo perentorio il dato viziato.

Accanto alla matrice tedesca, il fermento dottrinale italiano, letteralmente esploso negli anni '80 del secolo scorso, può ricondursi ad un altro filone, ancor più risalente: si tratta di una corrente di pensiero sviluppatasi nel **nord America**, alla quale gli stessi giuristi tedeschi dichiaravano di essersi ispirati. Sin dalla fine del XIX secolo, in seno alla giurisprudenza della Corte Suprema Statunitense, il più alto consesso della magistratura federale, era andata consolidandosi un'elaborazione ben definita dell'istituto della "*exclusionary rule*" (*i.e.* regola di esclusione, regola dell'inutilizzabilità), a tenore della quale era prevista l'estromissione dai materiali processuali di tutte le acquisizioni probatorie lesive di diritti individuali sanciti nella Carta Costituzionale.

2.2 Prime fermentazioni interne: l'istituzione della Commissione di riforma Carnelutti ('62)

L'idea di sviluppare sistematicamente il concetto di inutilizzabilità inizia ad emergere contestualmente all'affermarsi dell'esigenza di una riforma organica del sistema processuale penale. Funzionale alla sua realizzazione era stata

l'istituzione, nel 1962, di una Commissione Ministeriale per la riforma del codice procedurale presieduta da Francesco Carnelutti.

E' proprio nel Progetto Carnelutti⁵ che si rinviene il primo tentativo di tipizzare il principio dell'irrelevanza processuale della prova invalidamente assunta. L'**art.65 Ilc.** stabiliva infatti che "quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge, il giudice non può tenerne alcun conto". Tale norma apriva il titolo riservato alla materia probatoria, sottolineando neanche troppo implicitamente l'importanza che il legislatore volesse conferirle.

In questo modo si arrivava ad escludere dall'orizzonte decisorio del giudice le prove astrattamente ammissibili, ma assunte attraverso un atto *contra legem*; a maggior ragione, identica sorte era sarebbe allora da riservare agli atti acquisitivi di prove *tout court* inammissibili.

La c.d. **bozza Carnelutti** rappresentava un primo, superficiale tentativo di disciplina del fenomeno, tentativo timido per via della sua scarna formulazione dialettica; dubbi interpretativi erano i corollari immediati di una formula così ambigua: la prova "formata mediante atti vietati dalla legge" richiede necessariamente la violazione di una disposizione prescritta a pena di nullità? In aggiunta, la norma non specificava il regime del vizio nell'ipotesi in cui il giudice avesse trasgredito le previsioni.

Per trovare risposte -in parte- soddisfacenti a questi quesiti dobbiamo attendere il Progetto Preliminare del 1978 (vedi *infra*, *pgf* 2.4).

2.3 Interventi normativi (e non) "speciali"

Abbandonato momentaneamente il proposito di una riforma strutturale del sistema processual-penalistico, gli interventi immediatamente successivi si iscrivono nell'ottica della legislazione speciale, talvolta contraddistinta da connotazioni dai tratti emergenziali.

Riporto i momenti normativi più significativi.

a) legge 932/1969

La legge 932 del 1969 si iscrive idealmente nella stagione normativa del "garantismo inquisitorio"⁶, momento chiave della parabola evolutiva del processo penale nella direzione di un'affermata consapevolezza dell'indissolubile connessione tra l'attività di *iuris dicere* ed il nucleo dei diritti primari di libertà morale dell'inquisito.

Generalmente avvertita era infatti l'esigenza di adeguare il tessuto codicistico ai valori sanciti nella Carta Costituzionale, ed in particolare alla garanzia suprema dell'inviolabilità del diritto di difesa (art.24 Ilc. Cost).

La legge in esame va ad incidere sul contenuto del **Ilc.** dell'**art.304 cpp abr.:** "qualora nel corso di un interrogatorio di persona non imputata che non abbia

⁵ Ad un primo articolo redatto dal solo Carnelutti seguì una stesura emendata alla luce dei suggerimenti degli altri membri della Commissione.

⁶ L'espressione di garantismo inquisitorio non è utilizzata in termini impropri, essendo divenuta di uso corrente nella letteratura processualpenalistica (cfr. per tutti, Cordero e Grevi).

nominato un proprio difensore, emergano indizi di reità a suo carico, il giudice lo avverte che da quel momento ogni parola da lui detta può essere utilizzata contro di lui, con invito a scegliere un difensore di fiducia.” A completare il meccanismo di protezione dell’interrogando inconsapevole del suo *status* concorre il nuovo **IVc.**, che chiarisce come “le dichiarazioni precedentemente rese in assenza del difensore non possono, comunque, essere utilizzate.” La regolamentazione, oggi presente in termini più ampi nell’**attuale art.63** cpp tra le disposizioni relative all’indagato, esprime una *ratio* tipicamente accusatoria in decisa rottura rispetto allo stampo inquisitorio che ispira il codice Rocco, in cui tale regolamentazione si innesta. Il riconoscimento del canone del *nemo tenetur contra se edere* (o, che è lo stesso, del *nemo tenetur se detegere*) avviene mediante la previsione di una forma di inutilizzabilità soggettivamente e oggettivamente relativa.

b) **sent. C. Cost. 34/1973**

Passo ulteriore è rappresentato da una pronuncia della **Corte Costituzionale**, sollecitata ad esprimersi su una materia collocata per definizione nel punto di frizione tra individuo ed autorità, tra libertà ed autorità: le condizioni ed i limiti di quel delicato mezzo di ricerca della prova rappresentato dalle intercettazioni.

Nella specie, i rimettenti lamentavano l’illegittimità costituzionale dell’ultimo comma del 226 cpp abr., il quale riconosceva agli ufficiali di p.g. la facoltà di intercettare o impedire comunicazioni telefoniche, o di prenderne cognizione, previa autorizzazione dell’a.g, che la concedeva con decreto motivato. Disposizione ritenuta in contrasto con il sopravvenuto art.15 della Costituzione (si ricordi, entrata in vigore 18 anni dopo il cpp “fascista” Rocco, che sarà operativo fino all’avvento del nuovo codice nel 1988), nella parte in cui, dopo aver sancito l’inviolabilità del diritto alla segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni, ne ammette la limitazione solo a condizione che sussista un atto motivato dell’a.g.

La Corte, con **sent. 34/1973**, rigettò il ricorso, ma lo fece attraverso una pronuncia interpretativa che le consentì di precisare alcuni profili delicati.

Anzitutto, sottolineò che nel precetto costituzionale convergono due interessi, che potenzialmente possono entrare in conflitto tra loro: da un lato, la libertà e la segretezza delle comunicazioni, riconosciuti come due di quei diritti inviolabili cui fa riferimento l’art.2 Cost; dall’altro lato, la necessità di prevenire e reprimere reati, bene anch’esso oggetto di protezione costituzionale.

In secundis, la Consulta precisò che la disciplina codicistica risultava compatibile con le garanzie prescritte dall’art.15 per la limitazione del diritto al segreto: risultava infatti rispettata la previsione di un atto motivato dell’a.g. (pur essendo questo un decreto).

Tuttavia, il Giudice delle Leggi non si limitò a queste affermazioni, ma in via del tutto incidentale -in quanto non strettamente sollecitata- si spinse a

statuire osservazioni che sono sarebbero destinate a divenire una pietra miliare in materia di inutilizzabilità.

Il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza sarebbe stato inesorabilmente compromesso se a carico dell'interessato avrebbero potuto farsi valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, violando cioè le modalità procedurali prescritte dal codice. La Corte affermò il sacro principio in virtù del quale *“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”*. Lo impedisce l'esigenza di legalità che presiede al processo, accentuata ancor di più quando si tratti di osservanza della Costituzione.

La pronuncia ha un'importanza che si coglie lungo un duplice profilo.

Per la prima volta, cristallizza la tematica, di derivazione statunitense, della **prova incostituzionale** (vedi Cap.4 pgf 9): si tratta dei casi in cui un'acquisizione probatoria, non direttamente sanzionata dal codice, risulta non già semplicemente illegittima bensì incostituzionale in quanto in contrasto con un bene giuridico tutelato dalla stessa Costituzione.

In secondo luogo, rappresenta una tappa decisiva verso il percorso che conduce alla riflessione volta all'enucleazione della categoria dell'inutilizzabilità. Il principio di legalità processuale in materia di acquisizione probatoria invocato dalla Corte dovrebbe essere assistito, sul versante sanzionatorio, dallo strumento dell'inutilizzabilità dell'atto assunto in violazione del principio di legalità.

c) **I. 98/1974** e nuova regolamentazione delle intercettazioni telefoniche

La posizione assunta dalla Corte si rivelò presto d'avanguardia tanto è vero che fu assunta come ispiratrice di novelle legislative tutte accumulate dalla previsione di regole esclusioni delle prove illegittime.

L'introduzione nell'allora contesto codicistico degli **artt. 226-bis, 226-ter, 226-quer, 226-quinquies** risponde alle direttive impartite dalla Corte Costituzionale, valorizzando l'intreccio tra divieti probatori e diritti individuali tutelati a livello costituzionale.

La delicata materia delle intercettazioni telefoniche viene così ricondotta alla matrice costituzionale di riferimento. La rigorosa disciplina che ne deriva prevede innanzitutto che il ricorso alla misura possa avvenire nel corso di indagini relative ad un ristretto nucleo di reati, in presenza di gravi indizi di reità ovvero allo scopo di reperire documentazione probatoria che non risulti reperibile *aliunde*. L'esecuzione può essere disposta solo a seguito di un decreto motivato del Procuratore della Repubblica o del giudice istruttore del luogo ove si procede: nel decreto sono precisate modalità e termini delle operazioni. Delle operazioni dovrà essere redatto processo verbale, da

trasferire in custodia sigillata all'A.g., che provvede al deposito in cancelleria o in segreteria entro cinque giorni, funzionale all'esame degli interessati.

Corredo di questo assetto normativo e asse portante del sistema è rappresentato dalla regola di esclusione del valore probatorio delle attività eseguite *contra legem*. La previsione di cui all'art. 226-quinquies funge da norma di chiusura o di sbarramento, facendo leva sulla categoria dell'**inutilizzabilità** quale sanzione propria della prova illegittimamente costituita. Di fatto, l'inutilizzabilità si risolveva in un'ipotesi di nullità assoluta speciale, richiamandone il regime proprio di vizio insanabile e rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. Siamo di fronte infatti ad una fattispecie che, pur non essendo riconducibile alle violazioni contemplate in via generale dall'art.185 abr., è pur tuttavia sottoposta allo stesso trattamento legislativo delle nullità assolute.

Emergono qui in modo evidente i **limiti** della ricostruzione della categoria in termini di nullità, seppur assoluta: se da un lato la *perpetuatio nullitatis* e la *relevatio ex officio iudicis* rappresentano intense forme di garanzia, dall'altro bisognava fare i conti con il problema dell'invalidità derivata. Il principio per cui la nullità di un atto importa la nullità degli atti successivi che da essi dipendono sottintende la distinzione tra una dipendenza eziologica o funzionale-procedimentale ed una dipendenza meramente cronologica: solo nella prima ipotesi potrà operare il principio della derivazione della nullità.

Rispetto alla tematica probatoria, il quesito circa l'inquadramento in una delle due categorie è risolto nel senso di qualificare la trama probatoria come una serie di attività autonome, isolate, non avvinte da nesso causale necessario con gli atti della sequela processuale, ai quali, pertanto, non dovrebbe estendersi il vizio in cui verrebbe eventualmente ad incorrere l'atto di acquisizione probatoria. Il rigore di questa conclusione verrebbe ad essere attenuato dall'individuazione di un rapporto di dipendenza sostanziale, da valutarsi in concreto, che si concretizzerebbe ogniqualvolta l'atto probatorio invalido rappresenti la *condicio sine qua non* degli atti successivi (per una trattazione più generale della problematica, e calata nel suo naturale ambito di operatività, vedi *infra*, cap. II *pgf.* 2.1 sui nessi interrelazionali tra inutilizzabilità e nullità; *le problematiche relative all'operatività dell'inutilizzabilità derivata nel settore delle invalidità saranno invece oggetto di apposita trattazione nel Cap. IV, Sez.I, pgf. 4, 5, 6*).

d) altre figure di inutilizzabilità *ante litteram*, frutti della c.d. legislazione dell'emergenza (**d.l. 59/1978**)

La categoria –anche se di categoria è ancora prematuro parlare– dell'inutilizzabilità subisce un uso distorto ad opera della c.d. legislazione emergenziale, formula che vuole racchiudere quell'insieme di provvedimenti legislativi speciali animati dall'intento di rafforzamento dell'ordine pubblico e che segnano una brusca frenata del processo verso la sua evoluzione in chiave garantistica.

L'inserimento di istituti fino ad allora ignoti alla tradizione processual-penalistica, quali le sommarie informazioni ottenute dall'indiziato, dall'arrestato o dal fermato **-art.225-bis-** e le intercettazioni telefoniche preventive di comunicazioni o conversazioni **-art. 225-sexies-**, era infatti funzionale al disegno complessivo che intendeva contrapporre nettamente le due fasi del procedimento penale, concepite come momenti predisposti a soddisfare esigenze differenziate: l'investigazione rappresenta il settore del procedimento volto prevalentemente alla difesa della società; solo nel dibattimento si realizzerebbe invece quel momento di garanzia dei diritti individuali del cittadino imputato.

La dilatazione dei poteri di intervento degli organi inquirenti, cui parallelamente si giustappone la drastica riduzione dei diritti di garanzia dell'indagato, trova infatti la sua *ratio* più che in finalità di accertamento processuale in scopi di sicurezza amministrativa. Ne sono la riprova le previsioni legislative "*privi di ogni valore ai fini processuali*" ed "*utilizzabili al solo scopo di proseguire le indagini*", che testimoniano l'assoluta estraneità a scopi inerenti il processo in senso stretto del sacrificio della legalità nella fase di indagine.

Dietro l'apparente innocuità della netta cesura tra le due fasi del processo si celava in realtà la riproposizione di uno dei motivi ispiratori di un sistema inquisitorio quale era quello risultante dall'originario codice Rocco, superato da una progressiva ed incisiva attività concretizzatrice del giudice delle leggi e delle istanze più sensibili della dottrina e della giurisprudenza.

In questo contesto, l'impiego della categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità finisce per perdere ogni valenza garantistica e viene impropriamente utilizzata, *contra tenorem rationis*, ai fini della legittimazione di attività di accertamento non rispettose delle esigenze di legalità nell'elaborazione della prova e chiaramente miranti a scopi extra-processuali di prevenzione generale e di tutela dell'ordine pubblico.

e) **legge 29 del 1987**

Anche gli sviluppi successivi dell'impiego normativo della categoria, ravvisabili nell'introduzione, ad opera della legge 29/1987, delle previsioni di cui agli **artt. 476-bis e 475 n.5-bis**, testimoniano la difficoltà concreta di impiantare la nuova categoria in un contesto refrattario alla valorizzazione delle patologie degli atti probatori come categoria autonoma. L'inadeguatezza oggettiva del codice Rocco ad essere il concretizzatore di una piena attuazione dei valori consacrati nel Testo costituzionale era sempre più palese. Urgeva una riforma radicale degli schemi funzionali che operavano ormai nel senso di sminuire l'inutilizzabilità attraverso soluzioni di aggiramento ed impoverimento del suo significato, riconducendola nel raggio di estensione delle cause di sanatoria delle nullità relative.

f) divieto di uso processuale degli **atti anonimi**

Emblematica del percorso di evoluzione-involuzione della categoria nella sua parabola dal codice Rocco fino all'avvento del nuovo codice di procedura è la vicenda inerente all'analisi esegetica dell'**art.141** cpp abr., che come già si preannunciava può essere considerato il paradigma *ante litteram* della sanzione dell'inutilizzabilità.

La disposizione raccoglie un duplice divieto: il primo concernente l'allegazione materiale al fascicolo processuale del documento privo di sottoscrizione ("gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento"); il secondo relativo al divieto d'uso delle delazioni anonime ("né può farsene alcun uso processuale"), "salvo che costituiscano corpo del reato ovvero provengano comunque dall'imputato".

Nonostante il tenore rigoroso della disposizione - rigore a presidio della sua funzione garantista - l'interpretazione giurisprudenziale per un verso svaluta il significato assoluto della prescrizione, riducendola a regola probatoria spuria, non assistita da sanzione, e per altro verso ne snatura la *ratio*, capovolgendola, arrivando a permettere l'utilizzazione dell'anonimo quale notizia di reato.

2.4 Il fallito tentativo di Progetto Preliminare del 1978

Nonostante nella legge delega del 1974 non vi fosse alcuna menzione, nel **Progetto Preliminare del 1978** (c.d. codice Bonifacio) compare finalmente una norma generale sull'inutilizzabilità: è l'**art.182**, articolato in due commi:

- I.c. 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.
- II.c. non possono essere utilizzate le prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte a pena della nullità, salvo che la nullità sia sanata.

Invero, la disposizione non segna ancora la definitiva emancipazione della categoria, in quanto nel II c. l'inutilizzabilità è descritta nel solo versante del regime processuale, considerata come mero effetto della nullità.

La **Relazione al Progetto Preliminare del '78** chiarisce che la Commissione aveva inteso recepire le recenti istanze di dottrina, giurisprudenza e le novità normative degli ultimi anni che mostravano in termini palesi una chiara propensione a designare con il termine inutilizzabilità la sanzione dei vizi del procedimento probatorio, nella piena consapevolezza degli inconvenienti derivanti dall'utilizzazione in materia della generale categoria della nullità.

Il fallimento dell'esperienza normativa avrebbe trovato seguito dieci anni più tardi quando, in ossequio ad una seconda legge-delega (1987) troverà la luce il nuovo codice del rito penale (*vedi infra, pgf 3*).

2.5 Rilievi conclusivi sull'esperienza dell'inutilizzabilità anteriormente al nuovo codice

Ad una visione complessiva dell'esperienza normativa dell'inutilizzabilità nella disciplina previgente al nuovo codice, posso concludere nel senso che il

contesto nel quale questa nuova sanzione sboccia e si sviluppa non ha rappresentato altresì il terreno fertile per una sua matura affermazione.

Le ritrosie e le resistenze alla qualificazione della figura quale *species* autonoma nella quale si articola il ricco *genus* delle invalidità sono da individuare nella logica ispiratrice dell'allora vigente ordinamento processuale. L'inutilizzabilità era ineluttabilmente destinata ad implodere e snaturarsi nelle più blande categorie sanzionatorie esistenti perché in contrasto con la gerarchia di valori che il processo penale dal 1988 superato proponeva: in un impianto normativo proteso alla realizzazione di una conoscenza giudiziale assoluta ed illimitata, il contrasto tra legalità nell'accertamento della prova e necessità di ricerca della verità materiale non poteva essere composto se non a favore dell'interesse ritenuto prevalente.

Ciò spiega l'uniforme, granitica posizione giurisprudenziale allineata nel senso di una sostanziale libertà della prova, concepita come premessa obbligata e strumentale al raggiungimento degli obiettivi gnoseologici del giudizio.

La legislazione dell'emergenza completa il ciclo involutivo del nuovo modello sanzionatorio, trasformandolo da presidio garantistico della costituzionalità degli atti di acquisizione probatoria ad appiglio per investigazioni anomale e protese a finalità di prevenzione e sicurezza pubblica, del tutto estranee ad ogni forma di controllo processuale.

3. Il codice di rito del 1988: legge-delega, Progetto Preliminare e versione definitiva dell'art. 191

L'ingresso formale dell'inutilizzabilità nel sistema codicistico e la sua consacrazione definitiva nella cultura giuridica italiana è segnato dall'avvento del Codice Vassalli del 1988. Di inutilizzabilità si parla nella duplice accezione di categoria specifica di invalidità come vizio della prova e di regime giuridico operante in caso di violazione.

Per la verità, la **legge-delega** 81/1987 non presentava alcuna previsione generale in materia.

Questa si rinviene nel **Progetto preliminare del 1988**, in cui fa la sua comparsa la versione originaria dell'**art.191**. La differenza principale rispetto all'attuale formazione stava nel riferimento alle "prove ammesse" e non alle "prove acquisite" in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. L'ammissione non evoca la formazione della prova ma, più radicalmente, l'ingresso processuale della stessa. In tal modo sottolineandosi la struttura dell'inutilizzabilità, che opera *ad excludendum*, e non concerne le fasi del procedimento probatorio successive all'ammissione.

L'inutilizzabilità si riferirebbe ad una prova astrattamente inammissibile, esclusa *tout-court* dal processo, dovendosi invece parlare di nullità con riguardo alle prove astrattamente legittime, ma assunte con modalità atipiche.

Si delineava una distinzione netta tra l'inutilizzabilità come vizio riguardante l'*an* della prova e la nullità come sanzione che colpisce il *quomodo* della formazione della prova.

La purezza di tale distinzione si sarebbe offuscata nel corso dei lavori preparatori.

Nella **versione definitiva**, infatti, la parola "ammesse" è sostituita con quella "**acquisite**": tale sostituzione è frutto di una riflessione non certo casuale.

L'ammissione nel nuovo codice indica il momento iniziale del c.d **Procedimento Probatorio** -padre della definizione è il Cordero-, che successivamente ad essa si articola in acquisizione e si chiude con la valutazione, ad opera del magistrato, della prova.

L'ammissione si riferisce specificamente alle prove richieste dalle parti e si colloca all'inizio del dibattimento. Limitare la categoria dell'inutilizzabilità alla sola fase ammissiva avrebbe comportato la sua operatività limitata alle sole violazioni della fase *strictu sensu* ammissiva, escludendone la copertura degli atti di indagine compiuti in violazione dei divieti probatori, rispetto ai quali non è configurabile un'ammissione in senso tecnico.

Ecco allora come si spiega la variazione introdotta nel testo definitivo dell'art.191: l'inutilizzabilità deve poter operare lungo l'intero arco del procedimento probatorio e si riferisce a tutte le prove raccolte in violazione di divieti *ex lege*⁷.

L'operazione sostitutiva ha però prodotto come effetto collaterale quello di inquinare la chiarezza teorica della distinzione tra nullità ed inutilizzabilità. Se in precedenza il *discrimen* era tracciato dalla natura del vizio, inerente all'esistenza astratta di un divieto probatorio (inutilizzabilità) oppure alla violazione delle modalità operative del procedimento probatorio di una prova astrattamente ammissibile (nullità), oggi il solco tra le due ipotesi di invalidità è meno netto e chiaro. L'inutilizzabilità è la sanzione che consegue alla violazione di disposizioni in materia probatoria, anche se in detta materia è ben possibile che si verificano comunque anche delle ipotesi di nullità. Sui profili di possibili interferenze tra nullità ed inutilizzabilità, *vedi infra, Cap. II pgf. 2.3.*

4. La querelle legislatore – Giudice delle Leggi sulla dicotomia inutilizzabilità - non dispersione della prova.

Il definitivo salto di qualità: il riconoscimento a livello costituzionale (l.cost. 2/1999)⁸

L'inutilizzabilità rappresenta dunque il nuovo presidio posto dal legislatore a tutela delle violazioni che avvengono nel momento in cui, nella formazione della prova, non è rispettata la regola aurea del contraddittorio tra le parti.

⁷ Nel Cap.III pgf.7 verrà proposta la distinzione tra i. per erronea ammissione, acquisizione e valutazione della prova.

⁸ Per la disputa tra legislatore e giudice delle leggi, vedi *amplius* la trattazione contenuta in P. FERRUA, Il giusto processo, Illed., Cap.I e TONINI,CONTI, Il diritto delle prove penali (2012), Cap. I e V, pgf.2.

Se la categoria dell'inutilizzabilità è concretamente in grado di incidere sulla ricostruzione dei fatti ai fini del processo penale, selezionando quelli che andranno a costituire il background sul quale il giudice dovrà decidere, si è posto il problema della sua compatibilità con un'altra esigenza processuale di primaria importanza e di segno opposto: evitare che i risultati probatori debbano essere sacrificati in nome della violazione di regole formali.

Corte Costituzionale e legislatore furono i protagonisti lungo tutto l'arco degli anni '90 di un vero e proprio scontro circa la portata ed i limiti delle regole processuali disciplinanti il procedimento probatorio: secondo la Corte, queste non dovevano essere intese in termini assoluti, ma richiedevano al giudice un continuo vaglio critico, al fine di prevenire una inaccettabile dispersione della prova.

Il codice del 1988 poggia la sua intera struttura e funzionalità sulla compresenza di due fasi distinte e, almeno in linea di principio, non comunicanti: il giudice del dibattimento non ha accesso agli atti formati nella fase anteriore, potendo solamente consultare i documenti presenti nel fascicolo del dibattimento, che le parti formano alla presenza del g.u.p. al termine dell'udienza preliminare. L'art.431 cpp elenca in maniera tassativa gli atti che rientrano in questo fascicolo. Eventuali errori di inserzione potranno essere rilevati nei termini e secondo la disciplina delle questioni preliminari (art.491).

Questa costruzione è strumentale all'affermazione, riscontrabile nella versione originaria del codice, in modo pieno ed assoluto del principio di oralità del giudizio, oltre che di imparzialità e terzietà del giudice dibattimentale.

Al modello misto, che tradizionalmente ha dominato il panorama giuridico italiano, subentra il modello accusatorio, auspicato da tempo dalla parte più acuta della dottrina, preannunciato dai suindicati sporadici interventi speciali del legislatore, abbozzato nei Progetti Preliminari del '62 e del '78, ma sempre sbarrato da ostili resistenze.

Il contraddittorio, che nel sistema previgente si sviluppa su prove già formate, ora si realizza sin dal momento della formazione della prova. Di qui la netta separazione tra indagini preliminari, in cui accusa e difesa provvedono unilateralmente alla ricerca delle fonti di prova, e dibattimento, nel quale le prove si formano in contraddittorio dinanzi al giudice con il contributo decisivo delle parti.

Funzionale al principio del contraddittorio è il complesso di disposizioni volte a garantire quella che può essere senza dubbio considerata la regola d'oro del processo accusatorio: le dichiarazioni di testi e coimputati valgono nel processo come prove solo in quanto assunte con il metodo dell'esame incrociato, descritto dalle previsioni ex 495 e ss. Salvo eccezioni tassativamente previste (irripetibilità sopravvenuta per causa non prevedibile - art.512-) nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente può essere utilizzata come prova nel giudizio.

Due disposizioni assumono particolare rilievo a questo merito e, non a caso, su di esse si abatterà la scure della Corte Costituzionale:

- **art. 500, III e IV c.** - “la dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta dalla parte, non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata”; regola di esclusione soggetta a limitatissime eccezioni per “le dichiarazioni assunte dal p.m. o dalla p.g. nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell’immediatezza del fatto”
- **art. 195, IV c.** - “Gli ufficiali e gli agenti di p.g. non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni.”

Le nuove cause di esclusione probatoria erano dai compilatori giustificate come necessario “prezzo da pagare all’oralità”; ma furono accolte con diffidenza da buona parte della magistratura che, lungi dal concepire il contraddittorio come metodo di formazione della prova, lo vedevano come un ostacolo alla ricostruzione della verità.

I componenti della Consulta, imbevuti della medesima cultura dei codificatori sia pure su versanti diametralmente antitetici, hanno risposto alle soluzioni normative con un massimalismo di segno inverso, accogliendo le questioni di costituzionalità tempestivamente sollevate. Le **tre sentenze del 1992, nn. 22, 254, 255** demoliscono i pilastri dell’edificio accusatorio, ritenuti in indissolubile contrasto con il già più volte citato principio di non dispersione della prova, che illumina il fine del processo penale: la ricerca della verità -si tenga a mente che tale principio non presenta un riconoscimento a livello costituzionale, ma viene ricavato partendo dalle eccezioni codicistiche al principio del contraddittorio, che sarebbero appunto ispirate da questa finalità d’ordine generale-.

La sent. 24/92 dichiara illegittimo l’art.195 IV c., relativo al divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: caduto questo divieto, le informazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari penetrano nel dibattimento attraverso la testimonianza del verbalizzante.

La dichiarazione di incostituzionalità del 195 IVc. apre le porte ad una profonda contraddizione nel sistema: se è ammesso il recupero probatorio delle dichiarazioni raccolte dalla p.g. nelle indagini, perché mai gli atti compiuti dal p.m. dovrebbero essere sottoposti ad un regime più rigido?

Questa anomalia viene prontamente rilevata e fatta oggetto di nuove questioni di legittimità costituzionale, che sollecitano nuove pronunzie del Giudice delle Leggi.

La sent. 254 dichiara illegittimo l’art. 513 IIc “nella parte in cui non prevede che il giudice, sentite le parti, dispone la lettura dei verbali delle dichiarazioni di cui al comma I rese dalle persone indicate dall’art. 210, qualora queste si avvalgono della facoltà di non rispondere”.

Infine la sent. 255 censura la norma simbolo del processo accusatorio, dichiarando illegittimo l’art. 500 nei suoi commi III e IV “nella parte in cui non prevede l’acquisizione nel fascicolo del dibattimento, se utilizzate per le

contestazioni previste dai commi I e II, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero”.

Ne viene fuori che quando il teste depone in dibattimento, la dichiarazione da lui precedentemente resa al p.m. o alla p.g. resta inutilizzabile a patto che egli la riproduca fedelmente; in caso di difformità o anche di mancata dichiarazione in dibattimento, quella precedentemente resa, per il tramite della contestazione, è ritualmente assunta nel fascicolo del dibattimento. Il rapporto tra l'informazione *ante* dibattimentale e la testimonianza si inverte completamente.

L'effetto sul sistema è dirompente, tanto da trasformare l'indagine preliminare da fase funzionale ad acquisire le informazioni circa l'opportunità di esercizio dell'azione penale a momento di istruzione sommaria le cui risultanze sono destinate ad acquisire peso in giudizio.

Il conflitto tra verità e contraddittorio, aperto dalla Corte Costituzionale, finirà per influenzare ogni successivo intervento del legislatore, costretto ad avallare una ricostruzione debole del contraddittorio, non diversa da quella che emergeva nel codice previgente. L'idea, simmetrica e contraria, che la ricostruzione corretta dei fatti possa essere tutelata proprio dalle regole che mettono al bando i materiali raccolti irrualmente, non sfiora i giudici costituzionali.

Alla controrivoluzione inquisitoria propugnata dalla giurisprudenza costituzionale si contrappongono due timidi **tentativi di recupero** della prospettiva di centralità del **contraddittorio**.

La prima iniziativa si svolge a livello ordinario, con la legge 332 del 1995 e la successiva legge 267 del 1997 che riformula integralmente l'art.513, già dichiarato parzialmente incostituzionale dalla citata sent.254 del 1992. La riforma concerne l'ipotesi nella quale un imputato nel corso delle indagini avesse reso dichiarazioni etero-accusatorie contro un altro imputato: l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte unilateralmente prima del dibattimento, qualora l'imputato connesso si fosse sottratto al confronto col da lui accusato, avvalendosi della facoltà di non rispondere, viene limitata alla necessaria condizione per cui tali dichiarazioni siano state raccolte in altro contesto garantito -incidente probatorio- (salva ovviamente l'ulteriore ipotesi di irripetibilità sopravvenuta per cause imprevedibili).

La seconda iniziativa si sviluppa a livello di legislazione costituzionale, con l'inserimento della giustizia tra le materie di competenza della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, istituita dalla l.cost. n.1 del 1997.

Il fallimento -politico- dell'esperienza della Commissione non si estende fino al punto di far cadere nell'oblio i principi elaborati sul giusto processo: questi saranno in parte ripresi dalla riforma costituzionale dell'art.111. Da un lato, il progetto prevedeva una formulazione del giusto processo più ampia rispetto quella accolta nel 111, dal momento che comprendeva i principi di oralità ed immediatezza, nonché l'istituzione di pubblici uffici legali per l'assistenza giudiziaria dei non abbienti; d'altra parte, non si faceva menzione delle

eccezioni al principio del contraddittorio, che saranno contemplate nel Vc. del nuovo art.111 Cost.

Il “fallimento” della prima iniziativa è invece addebitabile ad un nuovo intervento della Consulta: la **sent. cost.361 del 1998** denuncia l’illegittimità del nuovo art.513 come riformulato dalla l.267 del 1997 “nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell’accordo delle parti alla lettura si applica l’art.500 c.2-bis e IV. In sintesi, davanti al silenzio del coimputato che in precedenza avesse reso dichiarazioni accusatorie *erga alios*, scatta lo stesso meccanismo di recupero probatorio previsto per l’esame dei testimoni, ovvero la contestazione funzionale all’acquisizione al fascicolo dibattimentale delle precedenti dichiarazioni.

Rispetto al 1992, questa volta evidentemente i tempi erano finalmente maturi al punto che la reazione rispetto alle prese di posizioni autoritarie della Corte fu massiccia e generalizzata. Camere Penali, associazioni dei penalisti, Professori e mondo politico si cementarono nell’accusa rivolta ai Giudici delle leggi di aver usurpato la funzione legislativa straripando dalle proprie competenze, demolendo a più riprese la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova, principio ispiratore e cardine del nuovo codice accusatorio.

Si riapre il dibattito sulla giustizia chiuso con il superamento della vicenda della Commissione Bicamerale.

Immediatamente sono presentati dodici progetti di riforma costituzionale. Uno, presto messo da parte, riguardava il valore meramente dichiarativo delle pronunzie della Corte (art.136 Cost.). Gli altri undici confluirono in un’unica versione che fu approvata in meno di un anno con una maggioranza superiore ai due terzi e tale da evitare il passaggio ulteriore del referendum.

Il Parlamento ha riconsiderato quella parte del progetto della Commissione Bicamerale 1997 (art.130) che si proponeva di rendere effettive le disposizioni sul “fair process” (“processo equo”) collocate nell’art.6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Poiché la nostra giurisprudenza mostrava riottosità nei confronti di questi valori, la Bicamerale aveva proposto di conferir loro veste costituzionale.

Il 10 novembre 1999 è a tale scopo approvata la l.cost. n.2 recante l’ “inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione”. Il nuovo testo mostra la sua vera natura di interpretazione autentica proposta dalle Camere, in quanto esplicita principi che per molti erano già implicitamente desumibili dal testo costituzionale.

Si risolve così favorevolmente al legislatore e ai propugnatori del modello accusatorio, in ossequio alle indicazioni del codice di rito, il duello politico e giuridico con la Consulta: ciò che, a torto, la Corte si ostinava a ritenere

costituzionalmente non tollerabile, si convertiva in costituzionalmente obbligatorio.

5. La legge di attuazione del giusto processo n.63 del 2001

L'art. 1⁹ della l.cost. n.2 del 1999 statuisce che "al I comma dell'art.111 Cost. sono premessi i seguenti:

*1 .La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.
2 .Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*

3 .Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

4. Il processo penale e' 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 e' sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

5. 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."

La nuova formulazione consacra definitivamente a livello costituzionale principi che, come abbiamo visto, hanno fatto un'enorme fatica ad emergere nella prassi per via delle strenue resistenze della giurisprudenza. Principi e valori che, d'altra parte, avevano già conosciuto un'autorevole affermazione a livello sovranazionale, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nella menzionata CEDU del 1950 (art.6) e nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

La svolta a livello costituzionale ha imposto al legislatore ordinario di provvedere in breve tempo ad aggiornare il sistema codicistico, allineandolo alle indicazioni della Carta. Come preannunciato nelle precedenti battute, negli ultimi anni erano emersi in maniera chiara i segni di frizione e di discrasia tra vecchia disciplina codicistica e nuovi canoni costituzionali.

La legge n.63/2001 contenente "modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in

⁹ La l.cost. n.2/99 si struttura in due commi: dopo il I c. che detta la disciplina sostanziale vi è un II c. che specifica il regime transitorio.

attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione” ha operato in una duplice direzione: per un verso è intervenuta sulla disciplina delle qualifiche dei dichiaranti ed ha previsto una riduzione dell’area del diritto al silenzio; per altro verso, ha modificato la normativa sulle dichiarazioni raccolte unilateralmente nel corso delle indagini, sancendone la regola -non assoluta- della loro inutilizzabilità in dibattimento come prova del fatto in esse affermati.

Il tratto comune delle singole disposizioni della l.63 è rappresentato dalla notevole difficoltà tecnica e dalla complessità non solo operativa ma riscontrabile già a livello teorico.

Relativi specificamente alla tematica dell’inutilizzabilità, dei divieti probatori e, più in generale, alle dinamiche sottese la materia della prova sono le disposizioni della l.63/2001 contenute negli:

- art.2, che sostituisce il III c. del 64 cpp relativo alle regole generali dell’interrogatorio con la previsione di un obbligo a carico dell’interrogante di procedere ad un triplice avvertimento preliminare all’inizio dell’interrogatorio, pena la sanzione di cui al nuovo c.3-bis di un’inutilizzabilità assoluta o relativa (cioè solo *erga alios*) a seconda dell’inosservanza delle prime due prescrizioni di avvertenza ovvero della terza.
- art.4, che riformula definitivamente il IVc. del 195 sulla testimonianza indiretta della p.g., disposizione che, come ricordato, ha rappresentato l’oggetto della pronuncia costituzionale n. 24/1992. Si è previsto il divieto di deposizione da parte di ufficiali e agenti di polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testi con le modalità di cui agli art.351 e 357, Ilc, l. a) e b)
- artt. 5 e 6, di re-inquadramento della tematica dell’incompatibilità a testimoniare (art.197) e della testimonianza assistita (art.197-bis)
- art.7 introduttivo del c.1-bis dell’art.203 circa l’inutilizzabilità -anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati o assunti a sommarie informazioni- della testimonianza del personale di p.g. priva dell’indicazione dei nomi dei relativi informatori.
- art.8 di modifica all’art.210 cpp (esame di persona imputata in un procedimento connesso -c.d. impumone-)
- art.9 che modifica i commi 2-bis, III e IV dell’art.238 -verbali di prove di altri procedimenti, utilizzabili contro l’imputato solo se formate in contesti garantiti ove abbia comunque partecipato il difensore o in cui faccia stato la sentenza civile (Ilc.), ovvero se si tratti di atti irripetibili per impossibilità sopravvenuta imprevedibile (Illc.), ovvero, negli altri casi, col suo consenso (IV c. in ossequio al Vc. del 111 Cost.)
- art.16 circa la nuova fisionomia dell’istituto delle contestazioni nell’esame testimoniale -art.500cpp-

- art.17 che modifica il IVc.dell'art.503 sull'esame delle parti private, armonizzandolo alla nuova disciplina del 500, di cui si richiama il Ilc. - valutazione del giudice ai fini della credibilità-
- art.18 di adeguamento dei primi due commi dell'art.513
- art.19 che aggiunge al 526 il comma 1-bis alla luce di quanto disposto dalla II parte del nuovo IV c. dell'art.111 Cost.

Individuato così lo sfondo costituzionale, che si è ricostruito alla luce delle tappe di avvicinamento all'attuale formulazione del 1999, e la disciplina normativa di primo grado, che risale alle innovazioni contenute nella legge di attuazione della riforma del giusto processo del 2001, ho posto le basi minime per poter affrontare nel dettaglio la tematica dell'inutilizzabilità.

CAPITOLO II

L'inutilizzabilità come *species* di invalidità

1. Inutilizzabilità: definizione - 2. Il *genus* dell'invalidità e l'articolazione nelle sue tipologie - 2.1. Nullità ed inutilizzabilità: le ragioni sottese alla creazione di una categoria *ad hoc* per le invalidità concernenti il settore delle prove - 2.2. Inutilizzabilità e irregolarità: il problema dei vizi formali 2.3. Elementi di *discrimen* con l'inammissibilità, la decadenza e l'inesistenza. Cenni. - 2.3.1. Inammissibilità - 2.3.2. Decadenza - 2.3.3. Inesistenza ed abnormità

1. Inutilizzabilità: definizione

Il titolo di questo paragrafo può dai più attenti essere avvertito come un paradosso dal momento che non esiste una definizione codicistica dell'istituto.

L'unico enunciato normativo presente nel codice dal quale sono desumibili elementi di definizione dell'inutilizzabilità fa riferimento alle "prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge."

L'inutilizzabilità è un istituto che concentra in sé una duplice accezione: già riflettendo sul significato letterale del termine, che di fatto risulta sciolto nei due commi dell'art.191 cpp, emerge in maniera nitida la sua **doppia natura**¹⁰:

- Inutilizzabilità come **categoria**, come una delle *species* in cui si articola il *genus* Invalidità. E' questa l'**accezione statica** (sarà oggetto di analisi nel *Cap.IV Sez.I*) di invalidità, come risulta dal primo comma dell'art.191 cpp:

"le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate"

- Inutilizzabilità come **regime giuridico**, come sanzione che l'ordinamento irroga in presenza di una violazione di un divieto probatorio. Si valorizza così la **prospettiva dinamica** dell'inutilizzabilità (*vedi infra, Cap.IV sez.III*), descritta dal secondo comma dell'art.191 cpp:

"l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento"

¹⁰ La paternità di questa definizione la si può far risalire a Grifantini, come risulta nella Voce da lui redatta nel Digesto delle discipline penalistiche.

La previsione di una sanzione autonoma è l'espressione di un'evidente compenetrazione tra la natura interdittiva delle modalità di svolgimento delle attività probatorie e gli effetti conseguenti alla loro violazione.

Ad un impatto immediato, emerge anche agli occhi di un "profano" del diritto la palese lacunosità della formula normativa. Si aggiunga anche il fatto che la chiarezza delle statuizioni ivi contenute non è assoluta, permettendosi così l'alimentarsi di diverse questioni interpretative. La norma non assorbe infatti tutti i profili dell'inutilizzabilità, bensì ne prospetta soltanto l'aspetto sanzionatorio: il concetto dell'inutilizzabilità, di gran lunga più ampio rispetto alle previsioni contenute nella disposizione menzionata, esige infatti un inquadramento ed una ricollocazione nell'intero contesto probatorio, che influenza e plasma nella sua concreta definizione attraverso le singole situazioni processuali come praticamente di volta in volta si materializzano. Se si operasse nel senso di isolare l'istituto dalle sue correlazioni con il sistema processuale, si andrebbe incontro all'impossibilità di considerare tutte le implicazioni che la figura in esame evoca.

Fonte di disagio interpretativo è anche la preliminare questione circa l'inquadramento della natura dell'invalidità. Come già ho anticipato, si adotterà quella posizione che qualifica l' inutilizzabilità come una delle tipologie nelle quali si articola l'ampio genere dell'invalidità. Ma tale soluzione porta dietro di sé la prospettazione di un nuovo quesito: siamo di fronte ad un vizio dell'atto e quindi ad una sanzione processuale nel significato convenzionale del termine¹¹? Oppure bisognerebbe valorizzare gli aspetti teleologici, arrivando così a ritenere che si tratti di una regola di condotta per il giudice, ed in caso di sua violazione si integrerebbe un vizio della decisione¹²? O ancora si dovrebbe più correttamente parlare di una regola di condotta imperante sul giudice da qualificarsi come regola di esclusione¹³? La questione della riconduzione dell'elemento affetto da inutilizzabilità ad un vizio dell'atto ovvero ad un vizio della sentenza non è fine a sé stessa, ma presenta degli importantissimi risvolti circa le conseguenze dell'inosservanza dei divieti probatori (*vedi infra, Cap. IV sez, III pgf. 2.1*).

2. Il genus dell'invalidità e l'articolazione nelle sue tipologie

Prendendo le mosse dalla formulazione dell'**art.606.1 lett.c**, che annovera tra i motivi di ricorso per Cassazione "l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza", passiamo ad esaminare i rapporti tra l'inutilizzabilità e le altre categorie sanzionatorie nelle quali si articola l'ampia macro-categoria dell'invalidità: la

¹¹ Fattori di questa posizione sono Siracusano, Nobili, Grevi, Chiavario ed altri.

¹² Così, Illuminati e Lozzi.

¹³ secondo le opinioni di Fassone e di Comoglio.

nullità, l'inammissibilità, la decadenza, oltre che l'inesistenza -di creazione giurisprudenziale-. Da precisare il rilievo -a cui non si nasconde di aderire- per il quale, secondo alcuni autori¹⁴, la decadenza non dovrebbe a rigore essere considerata una causa di invalidità: la decadenza infatti attiene alla perdita del potere di compiere una determinata attività processuale per l'integrarsi di un termine perentorio, con la conseguenza che nell'eventualità in cui questa attività sia comunque realizzata sarà colpita da una delle invalidità tipiche.

Il codice descrive dettagliatamente i requisiti formali dei vari atti del procedimento. Tali requisiti danno luogo al "**modello legale**" del singolo atto, facendo in modo che l'atto stesso possa svolgere le funzioni ad esso assegnate dall'ordinamento. L'efficacia dell'atto, cioè la sua idoneità a produrre effetti, è correlata, di norma, alla sua perfezione, ovverosia la conformità dell'atto concreto rispetto al modello legale ed astratto. Questo perché nel sistema penale, a differenza di quello civile ispirato in linea di principio alla libertà delle forme, gli atti sono nella stragrande maggioranza a forma vincolata.

L'atto perfetto è infatti quello che è conforme al modello legale descritto dalla norma. Esso è valido e produce tutti gli effetti giuridici riconosciuti dalla legge, primo fra tutti la sua utilizzabilità ai fini della decisione da parte del giudice, che ne vaglierà il grado di attendibilità secondo il suo libero convincimento.

L'atto non conforme al suo modello legale può essere invece **invalido** o meramente **irregolare**.

E' **invalido** quando la difformità rispetto al modello legale rientra in uno dei quattro modelli di invalidità previsti dal codice, cioè quando l'inosservanza di legge è punita come causa di inutilizzabilità, nullità, decadenza o inammissibilità. Le ipotesi di invalidità sono dunque ipotesi tipiche.

L'atto è invece meramente **irregolare** se la difformità rispetto al modello legale non è espressamente riconducibile ad una delle quattro cause di invalidità. Vi è stata certamente un'inosservanza di una prescrizione di legge, ma questa non è sanzionata a pena di invalidità dell'atto viziato.

Pertanto, l'atto correttamente predisposto è valido ed efficace, cioè produttivo di effetti: il giudice potrà tenerne conto ai fini della decisione, ed è libero di apprezzarne in concreto il valore probatorio. Viceversa, l'atto invalido può dirsi del tutto inefficace solo nelle patologie più gravi, quali la nullità assoluta, l'inutilizzabilità e l'inesistenza. Altrimenti il legislatore mostra di volersi avvalere -a causa delle incisive ragioni di economia processuale- del c.d. **principio di conservazione degli atti imperfetti**. La maggior parte delle volte infatti l'atto, seppur invalido, risulta idoneo a produrre comunque effetti, anche se questi ultimi sono connotati da un carattere precario, in attesa che si verifichi o la sanatoria ovvero la declaratoria di invalidità dell'atto.

¹⁴ Voena.

D'altra parte, la violazione punita con l'applicazione del regime della mera irregolarità potrà semmai rilevare dal punto di vista disciplinare, dando luogo ad una sanzione a carico dell'inadempiente che è tenuto, ex art.124 cpp, ad osservare le norme del codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale.

In via di prima approssimazione, possiamo distinguere le quattro ipotesi in cui si articola l'invalidità, con l'avvertenza che l'inesistenza rappresenta una categoria di pura creazione dottrinale e giurisprudenziale, oltre che con la precisazione *di cui supra* circa l'autonomia della figura della decadenza (*nota 5, Voena*).

- L'**inammissibilità** impedisce al giudice di esaminare nel merito una richiesta avanzata da una parte quando non ha i requisiti prescritti dalla legge.
- La **decadenza** prescrive la necessità di compiere un atto entro un termine perentorio (art.173 c.p.p.); l'atto compiuto solo dopo che sia scaduto il termine previsto per la sua realizzazione sarà connotato, a seconda dei casi, da inutilizzabilità, nullità, inammissibilità.
- La **nullità** è un vizio che colpisce l'atto del procedimento che sia stato posto in essere senza l'osservanza di disposizioni stabilite *expressis verbis* dalla legge a pena di nullità (artt.177 e ss.).
- L'**inutilizzabilità** è una invalidità che afferisce direttamente al valore probatorio di un atto: il giudice non può basarsi su di esso per emettere una decisione (artt.191 e 526).
- L'**inesistenza** è la categoria che racchiude i vizi più gravi, in presenza dei quali non può concretamente neanche dirsi che l'atto che ne sia affetto sia potuto venire giuridicamente ad esistenza.

La materia è dominata da uno stretto **principio di tassatività**: si ribadisce infatti che l'inosservanza della legge processuale determina l'invalidità dell'atto viziato solo quando una norma espressamente vi ricollega una specifica tipologia di invalidità. Se l'inosservanza non rientra in una previsione generica o specifica di invalidità, l'atto è meramente irregolare.

Il principio di tassatività è dettato espressamente per la nullità (art.177) e per la decadenza (art.173); tuttavia, si ritiene informare l'intero sistema delle cause di invalidità in quanto principio immanente e dalla portata trasversale; inoltre, si desume dalla legge-delega 81/1987, il cui criterio direttivo n.7 stabilisce "la previsione espressa sia delle cause di invalidità" (ergo di tutte le ipotesi in cui si articola l'invalidità) "che delle conseguenti sanzioni processuali".

Il legislatore è infatti ben consapevole della rilevanza e dell'incidenza degli effetti della invalidità, dal momento che impediscono al giudice di ricavare risultati utili ai fini della decisione; e ciò produce conseguenze ben più drastiche quando l'atto viziato non sia in concreto ripetibile. Il legislatore ha

voluto allora far prevalere in maniera decisa le esigenze di certezza nell'individuazione delle invalidità, in modo che tramite una prognosi di prevedibilità *ex ante* si possa sapere in anticipo e con sicurezza se un atto sia valido e processualmente efficace, o meno. E' questa la *ratio* che ha ispirato i compilatori nella realizzazione di una scelta in tale direzione.

2.1. Nullità ed inutilizzabilità: le ragioni sottese alla creazione di una categoria *ad hoc* per le invalidità concernenti il settore delle prove

La necessità dell'introduzione di una nuova categoria, denominata inutilizzabilità, appositamente destinata alle invalidità afferenti al settore probatorio era soprattutto palesata dalla totale insufficienza e dall'evidente inadeguatezza della sola nullità, sanzione che, se applicata in ambito probatorio, avrebbe portato a conseguenze dalla portata difficilmente accettabili.

L'obiettivo, già avvertito da dottrina e giurisprudenza e timidamente inseguito seppur in termini a-sistematici dal legislatore degli anni '70/'80 (vedi *supra*, *Cap.I, pgf. 2 "le origini della categoria, excursus storico"*), era proprio quello di scongiurare il pericolo che l'inosservanza delle più importanti regole probatorie venisse assoggettata ad un trattamento incongruo, quale sarebbe stato quello conseguente all'applicazione delle regole generali in materia di nullità. In particolare, si ricordi come la legislazione speciale aveva iniziato ad utilizzare la nuova categoria dell'inutilizzabilità, ma poi concretamente nel momento in cui andava a regolamentare il profilo disciplinare/sanzionatorio lo inquadrava sulla scorta della nullità assoluta, o peggio talvolta come nullità meramente relativa, con tutte le conseguenze negative che ne derivano¹⁵.

Elenco quelli che costituiscono i principali limiti di una regolamentazione che attribuisca in via esclusiva alla nullità la competenza a integrare dal punto di vista sanzionatorio la disciplina relativa alla tematica della prova:

- Il primo, eclatante, inconveniente che deriverebbe dall'applicazione del "trattamento basato sul metro delle nullità¹⁶" -N.B. relativa e intermedia- nel settore probatorio è rappresentato dall'operatività dell'istituto della **sanatoria** (artt.183 e 184), con la conseguenza che potrebbe prodursi un effetto giuridico che non si sarebbe potuto ottenere, se il giudice avesse operato in conformità alla legge.
- Altrettanto illogico sarebbe avvalersi dell'operatività della seconda regola prevista dall'art.185.l.c., mediante la quale si suole rimediare alle conseguenze negative della nullità -anche assoluta- degli atti

¹⁵ *supra* *Cap.I pgf. 2.3 lett.c.* A giudizio della dottrina maggioritaria, ad esempio, ricadeva nella nullità -meramente- relativa (quindi sanabile e sottoposta a limiti temporali e modali di rilevanza) il caso in cui fosse stata assunta la testimonianza di un soggetto incompatibile ex art.348 cpp abr.

¹⁶ l'espressione è di F.CORDERO, come risulta a pag.71 della sua opera già più volte citata Il procedimento Probatorio.

processuali: la **rinnovazione dell'atto**, ordinata dal giudice qualora sia necessaria e possibile.

Orbene, laddove sia stata posta in essere un'attività processualmente vietata in modo assoluto, non è concepibile la reiterazione di un atto già compiuto, altrimenti si finirebbe per sommare invalidità ad invalidità: la rinnovazione è giuridicamente -oltre che logicamente- impossibile, in quanto si risolverebbe nel violare la legge una seconda volta.

La norma attributiva del potere di disporre e procedere alla rinnovazione dell'atto viziato è operativa ed ha senso se ed in quanto sia astrattamente possibile sostituire all'atto invalido un' altro atto valido. La possibilità di una rinnovazione di un atto *tout-court* vietato dalla legge non può a rigore neppure astrattamente porsi, dovendosi per definizione richiedere che in luogo dell'atto viziato sia rinnovato un atto, almeno potenzialmente, valido ed efficace.

- Ulteriore disfunzione causata dall'uso del sistema delle nullità -tanto assolute quanto affievolite e relative- in questo particolare settore emerge con riguardo al meccanismo di **trasmissione dell'invalidità** dell'atto probatorio. La dottrina statunitense che si è spesa sulla materia ha coniato la teoria ispirata all'immagine simbolica dei "frutti dell'albero avvelenato".

La disposizione di cui all'art. 185.1 -in base al quale il vizio si propaga (c.d. **nullità derivata o consequenziale**) agli atti consecutivi che dipendono da quello viziato- è pensata in rapporto a quegli atti che si inseriscono, fisiologicamente, nel ciclo effettuale del procedimento, costituendo presupposto indefettibile per il compimento di almeno un atto successivo. Diversamente, secondo le posizioni dominanti in dottrina¹⁷, le prove rappresentano il tipico caso di atto eventuale, svincolato da una necessaria concatenazione di effetti: rappresentano semplicemente materiali utili al giudizio sul fatto di reato.

Il principale effetto scaturente dalla inutilizzabilità di una prova è la preclusione per il giudice di prenderla in considerazione ai fini della decisione (art.526), senza che la sequenza processuale ne abbia in qualche modo a soffrire.

(Le problematiche relative all'insanabilità e all'applicazione del meccanismo della derivazione al settore delle inutilizzabilità saranno oggetto di una trattazione specifica nel Cap. IV, Sez.I, pgf. 4, 5, 6).

Una volta chiarita l'esistenza di questo limite logico al meccanismo della diffusione automatica dei vizi dell'atto processuale, non si può non concludere nel senso che la disciplina della nullità si addice meglio, per la sua attitudine ad ingenerare l'invalidità derivata, agli atti di impulso processuale piuttosto che agli atti di acquisizione probatoria.

¹⁷ come già si evince nel *Cap.I pgf 2.3 lett.c*

- *nulla questio* con riguardo al terzo effetto della dichiarazione di nullità di cui all'art.183.3 (cioè la regressione del procedimento allo stato e al grado in cui l'atto viziato è compiuto, salvo sia diversamente stabilito): tale disposizione non si applica alle nullità concernenti le prove per effetto dell'espressa esclusione sancita nel comma IV dello stesso art.185 cpp..

In conclusione, l'elaborazione della nuova categoria sembra giustificata dal proposito di forgiare una disciplina *ad hoc* della materia che potesse tener conto delle peculiari fattezze degli atti di acquisizione probatoria.

Vengono così a delinearci i contorni di specificità del caso italiano: la creazione di un'apposita classificazione normativa dei vizi delle prove rappresenta non tanto e non solo l'esito della volontà di estromettere dall'ambito conoscitivo del giudice materiali probatori ottenuti in violazione di diritti costituzionalmente tutelati (come invece è avvenuto in Germania e prima ancora negli Stati Uniti¹⁸), quanto in primo luogo la concretizzazione normativa dell'acquisita consapevolezza di quanto sia inopportuno e fuorviante ricondurre allo schema delle nullità la trasgressione delle più importanti norme -configuranti un esplicito o implicito divieto probatorio- sul procedimento probatorio.

Ciò premesso, nella materia probatoria sono riscontrabili delle prescrizioni assistite dalla sanzione della nullità, ed è proprio dalla convivenza di questi due paradigmi di imperfezione che è possibile evidenziare e mettere in risalto le rispettive fisionomie.

L'impiego della nullità quale sanzione dei vizi per le assunzioni probatorie, ovviamente molto più circoscritto rispetto al passato¹⁹, si deve ovviamente alla possibilità di ritenere operante nel caso di specie l'art.177 c.p.p., che sancisce espressamente la tassatività delle ipotesi di nullità. Tale norma di principio non esclude allora che possano esservi delle nullità che operino nella fase del procedimento in senso stretto, tant'è vero che si annoverano delle fattispecie afferenti ai mezzi di prova, alle attività investigative degli organi di p.g. e agli atti di indagine del p.m. Così, in tema di testimonianza l'art.199.2, a tenore del quale il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone indicate nel I c. della facoltà di astenersi dal deporre, chiedendo loro se intendono avvalersene; il 497.3 prescrive a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni di cui al precedente comma II relative agli atti preliminari all'esame dei testimoni; gli artt. 213.3 e 214.3, richiamati dagli artt. 215.3 e 216.2, presidiano con la minaccia della nullità le modalità normative di svolgimento delle ricognizioni di persone (213 e 214), di cose (215) ovvero di voci, suoni o quant'altro può essere oggetto di percezione sensoriale; l'art.

¹⁸ Cap.I pgf. 2.1.

¹⁹ si vedano le indicazioni contenute nel *Cap.I pgf. 2.3 lett.c* relative all'applicazione degli schemi della nullità assoluta alle ipotesi sui *generis* di inutilizzabilità introdotte nel codice Rocco da leggi speciali.

222 stabilisce a pena di nullità numerose ipotesi di incapacità ed incompatibilità del perito; l'art.350.3 impone l'indefettibile presenza del difensore quale *condicio sine qua non* di validità delle sommarie informazioni assunte dalla persona nei cui confronti vengano svolte le indagini e che non si trovi in stato di arresto o di fermo, prefigurando una garanzia inquadrabile tra le nullità assolute di ordine generale ex 179.1 e 178.1 lett.c.; infine l'art.364.6 impone la nullità per il mancato rispetto delle forme e dei modi previsti dal precedente comma circa l'operatività della deroga, nei soli casi di assoluta urgenza, alle regole ordinarie che disciplinano le attività di interrogatorio, ispezione o confronto da parte del p.m..

Gli interessi, ritenuti meritevoli di tutela e compromessi dalla realizzazione di un *modus procedendi* disforme, si collocano nella dimensione di una garanzia formale e procedimentale che sembra funzionale più alla protezione di diritti individuali che alla protezione della essenza della prova. Tra le disposizioni ricordate, solo il 350.3 configura una causa di nullità assoluta, in quanto inquadrabile nel combinato disposto degli artt.179 e 178.1 l.c proprio perché attinente all'assistenza dell'imputato e alla necessaria presenza del difensore. Tutte le altre violazioni del *quomodo* sono fonte di mere nullità relative, il che evidenzia non solo una minore intensità di lesione ed un correlato regime sanzionatorio più blando, ma presuppone anche un potere dispositivo di parte, arbitra nel valutare se risulti conforme al proprio interesse la consolidazione definitiva degli effetti precariamente prodotti dalle acquisizioni probatorie viziate.

La declaratoria di nullità *ope partis exceptionis*, la limitata operatività della *perpetuatio nullitatis*, il più ampio meccanismo di sanatoria, l'esclusione sia della propagazione eziologica della invalidità sia del principio di regressione²⁰ rappresentano gli aspetti che più evidentemente consentono di individuare una precisa linea di confine tra nullità -ovviamente relativa- ed inutilizzabilità. Il giudizio di disvalore che il legislatore esprime nelle fattispecie rientranti nell'inutilizzabilità è incondizionato ed assoluto, a totale riprovazione della prova vietata dalla legge, sottratta proprio per questo alla disponibilità delle parti. Il consenso all'uso della prova nulla comporta invece (salvo il caso del 350.3) la sanatoria dell'atto, lasciando intendere che il divieto prescritto a pena di nullità non è appunto relativo nè rimesso alla determinante manifestazione di volontà delle parti.

Nullità ed inutilizzabilità non realizzano, pertanto, le medesime esigenze di tutela giuridica: l'atto probatorio -non assolutamente- nullo, non conforme allo schema normativo e pregiudizievole degli interessi del soggetto, è precariamente efficace e può essere oggetto di permanente stabilizzazione mediante l'operare della sanatoria; l'atto probatorio inutilizzabile, come detto contrario ai profili essenziali e al modo di essere della prova, riveste

²⁰ secondo quanto disposto dall'art.185.4 che esclude la regressione del procedimento alle nullità concernenti le prove.

un'inadeguatezza strutturale in alcun modo rimessa alle determinazioni delle parti.

Solo ragionando in questi termini ed operando le dovute precisazioni possiamo tranquillamente affermare, evitando pericolose confusioni, che ipotesi di nullità ed inutilizzabilità ben **convivano** nel settore probatorio.

Oltre alle frequenti ipotesi di nullità disseminate nel campo probatorio, è il caso esaminare quelle fattispecie in cui la stessa prova sia, contemporaneamente, -non assolutamente ex art.179- nulla ed inutilizzabile, dal momento che su di essa **convergono** una nullità **-non assoluta-** ed un'inutilizzabilità per vizio di forma.

Si fa l'esempio dell'art. 64.3 cpp disciplinante l'interrogatorio reso senza che l'imputato sia stato avvertito della facoltà di non rispondere; oppure si pensi al caso dell'imputato di un reato connesso esaminato come teste, anziché come "impumone", con le modalità di cui all'art.210 cpp; o ancora il caso della nullità di intercettazioni -in quanto autorizzate con provvedimento non motivato ergo nullo ex art.125- inutilizzabili ex art.271²¹.

In tali eventualità l'atto è nullo ex art.178 lett.c e, nel contempo, è anche inutilizzabile ex art.191, dal momento che risultano essere violati divieti probatori prescritti a pena di inutilizzabilità.

Emerge quindi il **problema** del **coordinamento** tra queste due sanzioni, posto che la legge non determina i rapporti tra le due invalidità.

Siamo di fronte a due ipotesi di invalidità a carattere generale, quindi non sembra poter trovare spazio il principio di specialità.

Secondo la posizione da ritenere preferibile²² il regime della nullità deve cedere di fronte alla possibile applicazione della sanzione tipica delle prove, dotata di un regime dagli effetti più radicali ed incisivi. Negli esempi suindicati, infatti, la prova inutilizzabile, in quanto attinente al *quomodo* della prova e non già all'*an*, potrebbe essere rinnovata nel rispetto delle scadenze procedurali indicate nel codice, ma non può altrimenti rientrare nel materiale probatorio a disposizione del giudice, cosa che invece si verificherebbe qualora si qualificasse il vizio come nullità intermedia, e quindi possa intervenire la sanatoria.

Il problema di coordinamento non si pone ovviamente in quelle ipotesi²³ in cui gli effetti delle due invalidità tendono a coincidere, cioè quando una prova inutilizzabile per difetto di forma sia contemporaneamente viziata da nullità

²¹ in questo senso si è pronunciata la Cass. nel 1991 nel caso D'Errico ed altri.

²² di cui esponenti più autorevoli sono GRIFANTINI, come risulta dalla voce sull'inutilizzabilità contenuta nel Digesto delle Discipline Penali, GALANTINI e DE GREGORIO. Diversamente, si pronunciano a favore della prevalenza della nullità illustri autori del calibro di SIRACUSANO, NOBILI, CHIAVARIO, NAPPI, BARGI. Svia il problema chi ritiene (LOZZI) che l'inutilizzabilità operi limitatamente all'ammissione delle prove.

²³ è il caso dell'atto compiuto all'interno di un'udienza di incidente probatorio svoltasi senza la necessaria presenza del difensore di uno degli imputati: nullità assoluta per il combinato disposto degli artt.178l.c e 179.1cpp.

assoluta (art.179 cpp): per entrambe le categorie il vizio è insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento.

Non è stata accolta nel codice quella simmetria, secondo alcuni prospettata dalla *Relazione Preliminare*²⁴ (alla versione preliminare del Codice), che vedrebbe legate le violazioni commesse nella fase di ammissione all'inutilizzabilità e quelle poste in essere nella fase di acquisizione alla nullità. Si sosteneva, in particolare, che l'ambito operativo del nuovo art.191 cpp sarebbe limitato al solo momento ammissivo, riservandosi alla nullità le violazioni di legge che riguardino le modalità di formazione della prova.

Si era infatti affermato un cospicuo indirizzo interpretativo di matrice prevalentemente giurisprudenziale che fissava l'*actio finium regundiorum* tra le due categorie valorizzando come punto di cesura la distinzione tra l'*an* ed il *quomodo* della prova. La prova è inutilizzabile soltanto nelle ipotesi più gravi, cioè quelle in cui il legislatore stesso ha predisposto delle condizioni di ammissibilità sulla base di una preliminare e generalizzata valutazione di invalidità in sé della prova. Ogniqualevolta il vizio del procedimento probatorio non riguardi l'*an* bensì il *quomodo*, non coinvolga cioè prove illegittime in sé in quanto *sic et simpliciter* non assumibili ma prove astrattamente ammissibili ma assunte in maniera irrituale, allora in questo caso scatterà la sanzione della nullità.

Come prontamente osservato da una parte attenta della dottrina²⁵, il distinguo -pur se espressione di un apprezzabile intento classificatorio- pecca di eccessivo semplicismo, e risulta essere riduttivo dal momento che non tiene conto della varietà di situazioni concretamente verificabili: è indiscutibile la presenza nell'ordinamento di testuali casi di inutilizzabilità che attengono al *quomodo* della prova.

Del resto, tale simmetria avrebbe potuto trovare un senso con riferimento alla formulazione originariamente contenuta nel *Progetto Preliminare*, e non ha più motivo di esistere con la definizione di inutilizzabilità contemplata nel testo definitivo²⁶ che fa riferimento alle "prove **acquisite** in violazione dei divieti probatori" *ex lege*.

D'altra parte, come vedremo in modo più approfondito nel *Cap.III pgf.7*, l'art.191 è applicabile, oltre ai divieti di acquisizione/assunzione/formazione materiale della prova (come risulta testualmente dalla norma, che parla per l'appunto di "prove acquisite"), anche a quelli di ammissione e di valutazione²⁷.

Non deve trarre in inganno la già ricordata circostanza che la versione definitiva del testo ha sostituito l'espressione di prove "ammesse" con quella

²⁴ Cfr. *Relazione al Progetto Preliminare* al cpp, 1988, pg.161 e ss.

²⁵ Tra gli altri, NOBILI, *La nuova procedura penale*; GRIFANTINI, *Digesto penale*, voce *Inutilizzabilità*; GALANTINI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Inutilizzabilità*.

²⁶ a riguardo vedi *supra*, *Cap.I pgf.3*.

²⁷ Le tre fasi del c.d. "procedimento probatorio" sono per l'appunto quella ammissiva, quella acquisitiva o assuntiva e quella valutativa. In merito, si veda anche la successiva *nota 17*.

di “prove acquisite”: l’art.191.1, secondo quella che è da ritenersi l’opinione preferibile²⁸, utilizza l’espressione “acquisite” in modo a-tecnico e non selettivo. Non avrebbe senso che il legislatore avesse voluto circoscrivere la presenza dei divieti probatori -la cui inosservanza dà luogo ad inutilizzabilità- al solo momento di formazione concreta della prova, escludendone l’operatività nella preliminare fase di ammissione e nel successivo passaggio della valutazione dei risultati delle prove. Il legislatore vuole coprire con l’inutilizzabilità ogni violazione che si verifichi lungo l’intero arco del procedimento probatorio.

Ad ogni modo, la problematica relativa alla corretta delimitazione dei labili confini delle due ipotesi di invalidità era testimoniata dall’esistenza di un contrasto giurisprudenziale fervente, che ha rappresentato la causa della rimessione di una questione riferibile al caso di specie alle Sezioni Unite²⁹. Nel 1996 con la pronuncia **Sala** il Supremo organo della giustizia italiana chiarisce definitivamente i contorni delle due categorie, delimitandone le rispettive “sfere di competenza”. Nullità ed inutilizzabilità, pur operando entrambe sul piano della patologia della prova, restano distinte ed autonome, perché correlate a presupposti differenti.

La nullità riguarda l’inosservanza delle formalità nel momento di formazione della prova espressamente previste sotto comminatoria di nullità.

L’inutilizzabilità presuppone la presenza di una prova vietata non solo per la sua invalidità oggettiva ma anche per le ipotesi di manifesta illegittimità del procedimento acquisitivo, correlate alla violazione di diritti soggettivi di sostrato costituzionale. La Corte individua allora il criterio distintivo non già nel fatto che la inutilizzabilità non riguarda l’acquisizione, bensì nelle tipologie di vizi che possono manifestarsi nel momento acquisitivo, facendo ricorso alla categoria delle *prove incostituzionali*, e riallacciandosi alla posizione espressa dalla sentenza 34 del 1973 dalla Corte Costituzionale.

In questo senso, le ipotesi previste dagli artt. 350, 360, 228, 403 e 103 cpp pongono divieti correlati alla necessità di salvaguardare, nel procedimento di ricerca, acquisizione o assunzione della prova, il doveroso esercizio del diritto di difesa, definito inviolabile dall’art.24.2 Cost.

Ancora, i divieti probatori che emergono dagli artt. 254, 267, 270 e 271 sono funzionali a tutelare il valore costituzionale della libertà e della segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza (art.15 Cost.).

Nonostante il pregevole sforzo ermeneutico delle sezioni Unite, dottrina e giurisprudenza hanno spesso continuato a seguire strade diverse.

Del resto, a confondere le idee ci si è messo anche il legislatore. L’impostazione dogmatica che fonda il distinguo tra le due categorie patologiche sul solido fondamento della *ratio* di tutela di valori primari (inutilizzabilità) o secondari (nullità) ha finito col “perdere contatto con la

²⁸ sul punto, cfr. NOBILI, opera ultima citata, cap.XX; dello stesso avviso, DINACCI in Gaito, La prova penale, v.III, pag.196.

²⁹ In particolare, Sez. Un. 27 marzo 1996, n.3, ricorrente “Sala”.

realtà³⁰ del diritto positivo, alla luce del recente orientamento del legislatore a far ricorso sempre più spesso e in maniera sempre più massiccia alle più gravi sanzioni processuali (della nullità assoluta e) dell'inutilizzabilità anche per violazioni puramente formali. Tra le altre, possiamo menzionare la previsione della nullità assoluta insanabile in caso di violazione dei termini per la decisione sulle istanze di gratuito patrocinio, la comminatoria di inutilizzabilità del nuovo 141bis per la violazione di mere formalità di documentazione relativa alla riproduzione fonografica o audiovisiva della persona in stato di detenzione, o ancora le ipotesi di inutilizzabilità per mere irregolarità formali di atti compiuti all'estero contemplate dalla l.367/2000 modificatrice di disposizioni del codice in tema di rogatorie internazionali.

Menziono infine l'isolata opinione nella dottrina, della quale portavoce più illustri sono riconoscibili in Illuminati ed in Lozzi³¹, che muove una critica alla scelta sistematica operata dal legislatore, dal momento che avrebbe mancato di sottolineare l'ennesimo elemento di scarto tra inutilizzabilità e nullità, rappresentato dalla diversa struttura delle fattispecie: la nullità costituirebbe un **vizio dell'atto**, l'inutilizzabilità invece rileverebbe solo come **vizio della decisione** del giudice, illegittima in quanto abbia tenuto conto di prove non utilizzabili secondo il disposto del 526 cpp..

Se la posizione presenta l'indubbio merito di evidenziare quale sia l'effetto ultimo della violazione di un divieto probatorio, ovvero sia l'ingiustizia formale della decisione e quindi la sua natura viziata, d'altra parte trascura di considerare che in ambito probatorio pure la nullità opera secondo uno schema del tutto analogo.

Questo perché tutti i vizi dell'atto processuale con funzione probatoria, prescritti a pena di inutilizzabilità, nullità, o altra sanzione, non producono conseguenze sulla sequela degli atti successivi, essendo -come già ricordato³²- attività reciprocamente svincolate, e risolvendosi nella mera espulsione della prova dal contesto valutativo cui potrà attingere il giudice ai fini della decisione.

2.2. Inutilizzabilità e irregolarità: il problema dei vizi formali

Come già anticipato all'inizio del *pgf.2*, preliminare distinzione utile ai fini di un corretto inquadramento della tematica in oggetto è quella tra l'atto invalido e l'atto meramente irregolare. A sua volta, l'atto è invalido se rientra in una delle categorie di vizi tipicamente previste dal legislatore: nullità, inutilizzabilità, inammissibilità (o inesistenza).

³⁰ L'espressione è di Fanuli (Inutilizzabilità e nullità della prova, in Quaderni di Cassazione Penale), e ha il merito di evidenziare come classificazioni ermeneutiche ineccepibili divengano inadeguate, o peggio anacronistiche, a causa di modifiche normative improvvise.

³¹ La posizione dell'Illuminati è un corollario della sua concezione dell'inutilizzabilità come vizio della decisione (vedi precedente nota 3).

³² Si fa riferimento a quanto detto nella *nota 8*.

Elementi di possibile continuità che rischiano di creare erronee sovrapposizioni tra i due insiemi possono intravedersi tra la macro-categoria dell'irregolarità e quella *species* di invalidità che è l'inutilizzabilità.

Come detto, l'**irregolarità** risponde alla funzione di individuare una regola di chiusura del sistema, ispirata al principio generale dell' "obbligo di osservanza delle norme processuali" (in questo senso recita la rubrica dell'art.124cpp) "anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale". Da questa laconica disposizione, in combinato disposto con il II c. dello stesso art.124 che prescrive un dovere di vigilanza da parte dei dirigenti degli uffici sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare, emerge la *volutas legislatoris* di architettare un sistema ove le sanzioni connotate da un regime particolarmente drastico siano tipiche, riservando in via residuale alla figura dell'irregolarità la necessaria ed irrinunciabile garanzia che tutti gli atti processuali -non soltanto quelli assistiti dal punto di vista sanzionatorio da invalidità- siano comunque da eseguirsi nel rispetto dei modi e dei termini prescritti dalla procedura penale e cristallizzati nel codice di rito.

Sull'altro versante si attesta l'**inutilizzabilità**, forse la più decisa tra le sanzioni tipiche, predisposta dai compilatori del codice in ossequio alla *ratio* di escludere *tout-court* dall'orizzonte decisorio del magistrato atti formati in violazione dei divieti probatori.

Dei diversi volti che l'inutilizzabilità può assumere si farà ampia trattazione nel prossimo capitolo³³; ma emergono in maniera immediata, e non può non rinviarsene l'analisi senza anticipare gli aspetti che alla tematica in oggetto sono direttamente afferenti, i profili di possibile intersezione proprio tra quella che è qualificata come una sanzione minore -i.e. la mera irregolarità- e quella che invece rappresenta la più forte delle invalidità tipizzate³⁴ -i.e. l'inutilizzabilità-.

L'inutilizzabilità richiede ai fini del suo integrarsi la violazione di un divieto probatorio. Ed è partendo dal contenuto del divieto probatorio che può correttamente procedersi a distinguere le ipotesi di **inutilizzabilità** riguardanti l'**an** della prova -si tratta cioè di ipotesi di inutilizzabilità assoluta, patologica, *contra legem*- da quelle che invece ineriscono al profilo del **quomodo** - inutilizzabilità relativa o *secundum legem*-.

Ed è proprio tra la figura di inutilizzabilità relativa perché determinata dalla violazione di un divieto probatorio relativo al *quomodo*, ovvero sia al modo in cui si procede all'ammissione, all'acquisizione o alla valutazione della prova, e la parallela figura dell'irregolarità per la mancanza dei requisiti estrinseci di forma che sono ravvisabili elementi di contatto evidenti al punto da correre il rischio di ingenerare confusione.

³³ particolare attenzione riveste, perché strumentale all'analisi di cui si discorre, la distinzione tra inutilizzabilità *secundum legem* (in.**relativa** e fisiologica) e *contra legem* (in.**assoluta** e patologica) - si veda il Cap.III pgf. 5.

³⁴ si ricordi la genesi dottrinale e giurisprudenziale della nuova categoria dell'inesistenza.

Risulta *ictu oculi* percepibile quanto sia importante tenere sempre netto il confine e fermo il distinguo tra due ipotesi che operano in senso analogo ma che dal punto di vista del regime sanzionatorio si differenziano in termini macroscopici. Non è indifferente qualificare un'ipotesi come mera irregolarità, con la conseguenza che non si finisce per incidere negativamente sulla produzione degli effetti giuridici dell'atto, non interferendo tale vizio sulla compiuta integrazione della fattispecie e restando solo fonte di responsabilità disciplinare a carico dell'autore della imperfezione, piuttosto come inutilizzabilità, foriera del nettamente più rigoroso regime sanzionatorio indicato dal 191 cpv.

Il *discrimen* allora non può che essere individuato avendo riguardo alla definizione base dell'inutilizzabilità, risultante dal l.c. dell'art.191 cpp: è necessaria la violazione di un divieto probatorio, espressamente qualificato come tale o implicitamente desumibile dal sistema, ai fini dell'operatività della sanzione principe del sistema probatorio. Altrimenti, se tale divieto manca, la violazione delle forme tipiche di realizzazione di un atto probatorio sarà ascrivibile nell'ambito della semplice irregolarità, dal momento che non esiste una disposizione codicistica che evidenzi la natura inaccettabile del vizio al punto da incidere negativamente sull'atto qualificandolo come inutilizzabile.

2.3 Elementi di *discrimen* con l'inammissibilità, la decadenza e l'inesistenza. Cenni.

2.3.1. Inammissibilità

La causa di invalidità in oggetto si riferisce specificamente alle domande avanzate dalla parte effettiva o potenziale, virtuale: queste sono dichiarate dal giudice inammissibili e non possono essere esaminate nel merito dal momento che non presentano i requisiti necessari, stabiliti per l'appunto espressamente dalla legge a pena di inammissibilità della richiesta.

Il requisito può riguardare il tempo entro il quale deve essere compiuto l'atto (e qui vengono in rilievo profili di analogia con la decadenza – es. art.591.1,lett.c, per l'impugnazione), il contenuto dell'atto (es. art.78.1 per la costituzione di parte civile), ovvero può toccare un aspetto formale (es. art.122.1 sulla forma della procura speciale), o ancora inerire alla legittimazione al compimento dell'atto stesso (es. art.41, a tenore del quale è inammissibile la ricusazione presentata da chi non ne ha diritto).

L'inammissibilità è rilevata dal giudice su eccezione di parte o anche, nei casi in cui la legge espressamente lo ammette, d'ufficio; una volta rilevata, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda (con ordinanza o con sentenza) e la rigetta in rito, non potendo decidere sul merito della stessa.

Il codice non stabilisce in via generale il termine entro il quale la domanda dovrà essere dichiarata, se del caso, inammissibile: perciò se ne desume la regola generale in base alla quale il giudice può rilevare il vizio anche officiosamente fino a che la sentenza non sia divenuta definitiva; ovviamente,

restano salve eventuali eccezioni espressamente tipizzate (es. art.81 cpp, che per la dichiarazione di inammissibilità della costituzione di parte civile pone come termine ultimo “la dichiarazione di apertura del dibattimento”).

Connotati specifici e degni di un’autonoma trattazione riguardano invece la tematica dell’ammissibilità della prova. Questa rappresenta il primo momento -cronologico oltre che logico- del procedimento probatorio³⁵ ed uno dei cardini del nuovo sistema accusatorio disegnato dal codice. La fase dell’ammissione delle prove richieste dalle parti -salvi i casi tassativamente previsti dalla legge in cui il giudice ha competenza nel procedere d’ufficio (190.2 cpp)- è regolata dal combinato disposto degli artt. 190 e 187 c.p.p.: il giudice ammette con ordinanza le prove richieste dalle parti, escludendo quelle vietate dalla legge e quelle che risultano manifestamente superflue o irrilevanti (*id est*, quelle che non rientrano nel perimetro del *thema probandum* delineato dall’art.187).

Orbene, tracciate queste premesse, si pone il quesito circa l’inquadramento della violazione delle regole che disciplinano la corretta ammissione delle richieste di prova nella categoria dell’inammissibilità piuttosto che in quella dell’inutilizzabilità. Più avanti nel *Cap.III pgf.7* si vedrà come sono configurabili delle ipotesi di inutilizzabilità per la violazione delle regole di ammissione della prova, tutte le volte in cui la norma che disciplini la fase di ammissione possa essere concepita come un divieto probatorio, esplicito o implicito, idoneo a dar luogo ad inutilizzabilità. Altrimenti, se non è configurato in termini espressi dal legislatore né sussistono i margini perché l’interprete possa intravederlo, la mancanza di un divieto probatorio farà sì che la sanzione conseguente alla violazione della norma sarà qualificabile come inammissibilità.

2.3.2. decadenza

La decadenza indica l’avvenuta perdita del potere di porre in essere un atto, a causa del mancato compimento dello stesso entro un *termine* qualificato dalla legge *perentorio*. L’atto compiuto solo una volta dopo che sia intervenuta la scadenza del termine è giuridicamente invalido. Talvolta è lo stesso legislatore a specificare a quale tipologia di invalidità l’atto compiuto fuori termine vada incontro.

Premessa d’ordine generale, sempre valida e utile per inquadrare questo ragionamento, è la considerazione circa quella che è la fisionomia e la natura del procedimento penale. Questo è caratterizzato da una concatenazione successiva di atti, tra loro teleologicamente collegati al fine di arrivare al passaggio finale, la sentenza; tale successione di atti deve avvenire secondo un *iter* logico e cronologico prestabilito. Gli strumenti che impongono una determinata cadenza alle fasi del procedimento sono, per l’appunto, i *termini*:

³⁵ L’espressione divenuta ormai di uso costante tra gli addetti ai lavori è di F.CORDERO, e si trova nella sua opera “Il procedimento probatorio” collocata in “Tre studi sulle prove penali” (1963).

indicano il momento, entro il quale o non prima del quale (rispettivamente termini *dilatatori* e *acceleratori*) l'atto può o deve essere compiuto. La previsione di un termine perentorio e la correlata prescrizione della decadenza del soggetto dal potere di compiere l'atto una volta scaduto tale termine rispondono allora al precipuo scopo di accelerare le fasi processuali nelle quali si innestano le attività da compiere.

“I termini stabiliti dalla legge a pena di decadenza non possono essere prorogati, salvo che la legge disponga altrimenti” (art.173.2 cpp).

Unico rimedio previsto dal codice e volto ad eliminare gli effetti gravosi della decadenza è rappresentato dalla *restituzione nel termine*, disciplinata dall'art.175. Questa è disposta dal giudice con ordinanza (IVc,) ed è concedibile, non più di una volta per ciascuna parte in ciascun grado del procedimento (IIIc.), se le parti interessate provano di non aver potuto osservare il termine per caso fortuito o forza maggiore (Ic.) ovvero in caso di sentenza contumaciale o decreto di condanna, salvo che l'a.g. non provi che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento ed abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione o opposizione (IIc.).

2.3.3. Inesistenza ed abnormità

Come accennato, la categoria dell'inutilizzabilità, di paternità giurisprudenziale, risponde alla funzione di evitare che vizi macroscopici e clamorose violazioni della legge processuale possano ricevere il semplice trattamento prescritto da una delle categorie nominate o tipiche di invalidità, o, peggio ancora, risultino non coperte da alcuna previsione sanzionatoria, essendo la materia informata ad uno stretto principio di tassatività (*vedi supra*). Sarebbe infatti del tutto illogico oltre che iniquo che anche in queste situazioni-limite(per la verità, per lo più si tratta di casi di accademia, come quello della sentenza emessa *a non iudex*) intervenisse il giudicato che sappiamo essere la più generale, assoluta e potente forma di sanatoria.

Per far fronte a questo problema -di scuola- (dottrina e) giurisprudenza hanno plasmato questa nuova figura di invalidità: l'atto inesistente è escluso dall'orizzonte giuridico, è un atto che si considera come se non fosse mai venuto giuridicamente ad esistenza, ergo su di esso non può avere effetto quell'azione sanante propria del giudicato. L'atto inesistente potrà dunque essere oggetto di censura anche dopo l'eventuale intervenuta irrevocabilità della sentenza.

Bisogna infine dar conto del fatto che (a mio avviso *ad abundantiam*) la giurisprudenza abbia creato l'ulteriore categoria dell'**abnormità**. Il provvedimento abnorme è suscettibile di ricorso diretto per Cassazione, prima dell'irrevocabilità della sentenza, applicandosi specificatamente il disposto dell'art.111.7 Cost., dal momento che non è previsto alcun mezzo di impugnazione.

E' abnorme non solo il provvedimento che, per la sua evidente stranezza, risulti avulso dall'intero sistema processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione del potere legittimo, si espliciti al di fuori dei casi previsti e delle ipotesi consentite.

CAPITOLO III

Le classificazioni delle inutilizzabilità

1. Relativamente alla tecnica di previsione normativa, i. generali e speciali. L'inutilizzabilità legalmente orientata - 2. Circa il momento di emersione del vizio, i. originaria e sopravvenuta - 3. In funzione del segmento del procedimento in cui si manifesta, i. endoprocedimentale - in senso stretto- e i. endoprocedurale. La correlata distinzione riguardo l'idoneità dell'atto a fondare il convincimento del giudice: i. delle prove e degli elementi di prova - 4. Riguardo la summa divisio delle prove: i. dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova; i. negli atti omologhi di indagine. La concreta individuazione dei divieti probatori - 4.1. Testimonianza - 4.1.1. Assunzione di informazioni da parte del p.m. e della p.g. - 4.2. Esami - 4.2.1. Interrogatorio - 4.3. Confronto in dibattimento - 4.3.1. Confronto in sede di indagini preliminari e di incidente probatorio - 4.4. Ricognizione in dibattimento e in incidente probatorio - 4.4.1. Individuazione di cose e persone - 4.5. Esperimenti giudiziali - 4.6. Perizie e consulenze tecniche - 4.6.1 Operazioni e accertamenti tecnici espletati nel corso delle indagini preliminari - 4.7. Prove documentali - 4.8. Ispezioni - 4.9. Perquisizioni - 4.10. Sequestri - 4.11. Intercettazioni. La sentenza Torcasio - 4.12. Prova atipica ed inutilizzabilità. La sentenza Prisco - 5. Riguardo al contenuto e all'estensione: i. assoluta e relativa; aspetti d'identità e profili di differenza con le categorie di i. fisiologica e patologica - 6. Alla luce della natura tipica o atipica delle specie di inutilizzabilità - 7. Relativamente alla fase del "procedimento probatorio" in cui maturano: i. per erronea ammissione, per erronea acquisizione, per erronea valutazione. Il divieto d'uso tra regole di esclusione e regole di valutazione.

1. Relativamente alla tecnica di previsione normativa, i. generali e speciali. L'inutilizzabilità legalmente orientata.

La prima distinzione che introduciamo è quella che si fonda sulla tecnica di previsione normativa utilizzata dal legislatore. Si tratta di un tipico distinguo rintracciabile in ogni categoria che presenta una copertura codicistica.

L'inutilizzabilità-vizio è talvolta stabilita con disposizione di carattere generale, nel senso che la sua disciplina risale direttamente all'art.191. In molti altri casi, invece, il legislatore detta un'apposita previsione di inutilizzabilità-vizio, in specifiche disposizioni disseminate lungo l'intero arco del codice³⁶.

Nelle ipotesi speciali di inutilizzabilità, il legislatore interviene "a due livelli"³⁷: attraverso una norma di *genus* -con la quale detta le caratteristiche del vizio: art.191.1- e attraverso disposizioni di *species* -che stabiliscono, già esse, l'inutilizzabilità-.

Le specifiche fonti di inutilizzabilità si distinguono a loro volta tra quelle che si limitano a porre un divieto probatorio, quelle che espressamente sanciscono la sanzione applicabile, e quelle che non solo indicano la sanzione ma si spingono fino al punto di inquadrarne il regime giuridico applicabile.

Nel primo caso, presente solo il divieto probatorio, sarà necessaria l'applicazione integrale dell'art.191, non solo per inquadrarne il regime di rilevazione (Ilc.) ma anche per l'individuazione della sanzione stessa (Ic.). Esempi sono gli artt. 103.2, 197, 220.2 cpp.

Nella seconda ipotesi, la disposizione speciale prescrive direttamente l'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità: risulta chiaro che il ricorso all'art.191 sarà necessario solo avendo riguardo al Ilc., che interverrà ad integrare la fattispecie specificandone il regime applicabile (artt. 195.3 e 7, 203, 240, 350.6).

Il terzo gruppo di ipotesi è quello più interessante: in questi casi, avendo il codice stabilito oltre all'inutilizzabilità anche un peculiare regime applicabile, non sarà necessario l'intervento integrativo dell'art.191. Si può fare l'esempio dell'**art.238.4** cpp, secondo cui, al di fuori dei casi di cui ai precedenti commi, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati in dibattimento soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta, altrimenti il loro uso è limitato alle contestazioni. Siamo di fronte ad ipotesi atipiche di inutilizzabilità, il cui regime fuoriesce dall'alveo generale fornito dall'art.191 cpp.

Correlativamente, volendo analizzare la questione sotto la prospettiva dell'art.191 cpp, possiamo dire che la sua funzione non opera secondo

³⁶ Fenomeno analogo a quello che accade con le nullità: l'art.179 cpv. infatti qualifica come nullità assoluta speciale ogni ipotesi di nullità assoluta non riconducibile nell'alveo delle nullità di ordine generale.

³⁷ L'espressione risale a NOBILI, come risulta nella sua Nuova Procedura penale, cap.XX pag.148

schemi fissi, ma varia alla luce della fisionomia delle disposizioni speciali di inutilizzabilità. Talvolta, sarà applicabile integralmente; talaltra, solamente nel suo II c.; altre volte, infine, di fronte ad ipotesi atipiche di inutilizzabilità, non sarà richiamabile né nel I né nel II comma.

L'esistenza di ipotesi speciali di inutilizzabilità di quelle del terzo tipo non riconducibili al paradigma generale (non richiamanti né il I né il IIc. dell'art.191) ci porta ad introdurre la riflessione relativa all'**inutilizzabilità legalmente orientata**. L'espressione risale alla posizione di D.CARCANO³⁸ che sottolinea come in questa situazione alla previsione dell'inutilizzabilità non segua l'applicazione del normale regime di cui all'art.191, bensì un diverso regime giuridico, indicato dallo stesso legislatore (sia chiaro, è pur sempre dunque un'ipotesi di inutilizzabilità legale e quindi tipica, da tenere distinta rispetto alle ipotesi atipiche di inutilizzabilità-effetto - *si veda il successivo pgf.6*).

La questione si riallaccia alla tematica, approfondita per la prima volta da AMODIO³⁹, che analizza quelle che possono essere le modalità di utilizzo della prova fisiologicamente inutilizzabile in dibattimento perché formata nel contesto non garantito delle indagini preliminari (si veda a proposito il successivo pgf.5).

Salve le circoscritte ipotesi nelle quali i materiali probatori raccolti *ante iudicium* siano legittimamente utilizzabili *in iudicio* nella veste "suprema" di prove a tutti gli effetti -vuoi perché rientrano tra i documenti suscettibili di inserzione nel fascicolo del dibattimento ex art.431, vuoi perché eccezionalmente recuperabili attraverso il meccanismo descritto dall'art.512-, gli elementi raccolti nella fase preliminare godono in dibattimento di un valore limitato alle sole contestazioni (art.500 per le contestazioni nell'esame testimoniale; art.503 per le contestazioni nell'esame delle parti private). Alla problematica in oggetto sarà destinata ampia trattazione nel successivo Cap.IV Sez.II pgf.3.3 a proposito di come opera in dibattimento l'inutilizzabilità. Per intanto, ci si accontenta di chiarire il perché si parla di inutilizzabilità legalmente orientata. Anche il regime tradizionale e generale del 191 è legalmente orientato, nel senso che è il legislatore che specifica il divieto di utilizzazione delle "prove acquisite in violazione dei divieti probatori". Ma nelle ipotesi di specie, il legislatore enuncia un regime giuridico parzialmente differente, lo "orienta" in termini atipici, dal momento che non sancisce l'inutilizzabilità *tout court* degli atti di indagine (specificatamente, delle deposizioni di testi e di parti), ma specifica che "le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, **possono servirsi** delle dichiarazioni precedentemente rese dal teste (o dalla parte esaminata) e contenute nel fascicolo del p.m." (artt.500.1 e 503.3). E ancora, "le

³⁸ Le disposizioni sulla formazione della prova in dibattimento, in LATTANZI, Guida alla riforma del giusto processo.

³⁹ Fascicolo processuale ed inutilizzabilità.

dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate **ai fini della credibilità** del teste/della parte esaminata” (artt.500.2 e 503.4).

Ecco, in queste situazioni non è sancita un’inutilizzabilità totale, assoluta, ma un’utilizzabilità meramente relativa, di natura oggettiva (si veda il pgf.5): le precedenti dichiarazioni presentano una possibilità di utilizzazione limitata alla valutazione della credibilità del dichiarante.

Sono comunque fatte salve le ipotesi di violenza, minaccia, subornazione e, ovviamente, di consenso dell’interessato, che conferiscono alla precedente deposizione valore di prova in senso pieno (artt.500.4 e 7).

2. Circa il momento di emersione del vizio, i. originaria e sopravvenuta

La differenziazione tra i. originaria e i. sopravvenuta non sembra incontrare un trasversale favore nella dottrina. Anche perché, più a monte, bisogna ricordare come la stessa teoria generale delle invalidità accolga con molte riserve la dicotomia invalidità originaria - invalidità successiva. La perfezione di un atto va infatti valutata alla stregua del “momento in cui viene a realizzarsi il fatto che ne costituisce il nucleo⁴⁰”. La circostanza sopravvenuta va riferita al piano degli effetti giuridici e non può incidere sull’integrazione della fattispecie, la cui compiutezza o incompiutezza è logicamente avulsa e non influenzabile da eventuali difformità sopravvenute.

Secondo i sostenitori di questa posizione⁴¹, affermare la possibilità che una situazione di utilizzabilità originaria divenga affetta da inutilizzabilità per fatti sopravvenuti non appare impostazione accettabile, trattandosi di distinte ed autonome fattispecie.

Altra autorevole parte della dottrina⁴² riesce ad eludere il problema ricollegando le due categorie alle differenti ipotesi di inutilizzabilità per erronea ammissione e per erronea acquisizione/formazione (*vedi infra, pgf.7*): l’invalidità dell’atto acquisitivo è originaria quando la prova è *tout-court* inammissibile. In questo contesto l’atto nasce invalido.

Può darsi invece che la prova, validamente ammissibile, sia stata formata in maniera irrituale: questa ipotesi di inutilizzabilità per erronea acquisizione coinciderebbe con l’inutilizzabilità sopravvenuta.

3. In funzione del segmento del procedimento in cui si manifesta, i. endoprocedimentale –in senso stretto- e i. endoprocedurale. La correlata distinzione riguardo l’idoneità dell’atto a fondare il convincimento del giudice: i. delle prove e degli elementi di prova

Secondo una dizione invalsa tra alcuni dei più autorevoli esponenti in materia⁴³, tutto il nuovo sistema processuale inaugurato dal codice del 1988

⁴⁰ secondo l’insegnamento di CONSO, Il concetto e la specie, p.78.

⁴¹ PIERRO, Una nuova specie di invalidità, pag.148 e ss.

⁴² CORDERO, Procedura penale.

⁴³ In questo senso convergono CONSO, GREVI, BARGIS ed altri singoli autori (ILLUMINATI) nel Compendio di Procedura penale.

sarebbe informato alla dicotomia procedimento in senso stretto - processo. Il procedimento -in senso ampio- rappresenta l'intero arco nel quale si dipana la trafila processuale. Esso consta di due momenti fondamentali: il procedimento in senso stretto ed il processo. Linea di confine tra i due è rappresentata dall'atto con il quale il pubblico ministero esercita l'azione penale - che l'art.112 Cost. qualifica obbligatoria - richiedendo che il giudice dell'udienza preliminare si pronunci sull'opportunità di rinviare a giudizio l'indagato, divenuto imputato dal momento in cui è formulata l'imputazione.

Da queste premesse ne deriva come consequenziale la distinzione all'interno della *subiecta materia* tra ipotesi di inutilizzabilità **endoprocedimentali** ed **endoprocessuali**, a seconda che esse si formino e si manifestano nella fase preliminare al processo o in quella propriamente processuale.

Strettamente correlata, anche se non integralmente coincidente, è la distinzione tra inutilizzabilità afferente alle prove ed inutilizzabilità riguardante gli elementi o, il che è lo stesso, le fonti di prova. Si considerano **prove** solo quanto compiuto in un contesto garantistico, cioè in contraddittorio tra le parti, come vuole la regola aurea sancita nell'art.111.4 Cost. (i.e. all'interno dell'incidente probatorio ex art.392 e ss. e in dibattimento ex art.495 e ss.: sono i c.d. **mezzi di prova**); sono qualificabili come **elementi (o fonti) di prova** i risultati delle attività di ricerca ed assicurazione di materiale probatorio esperite in contesti non qualificati dalla garanzia della giurisdizionalità⁴⁴. Si tratta delle inutilizzabilità dei c.d. **atti omologhi di indagine** e dei **mezzi di ricerca della prova**, di cui si discorrerà nel successivo paragrafo.

Incrociando le due categorie, sono ipotesi di i. endoprocedimentale le inutilizzabilità che coinvolgono tutte le fonti o elementi di prova, oltre che quelle che maturano nel garantito contesto dell'incidente probatorio (contesto sussumibile nella diversa categoria di "prova"); figure di inutilizzabilità endoprocessuale riguardano invece casi di inutilizzabilità delle prove in senso stretto, tali in quanto compiute in dibattimento.

4. Riguardo la *summa divisio* delle prove: i. dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova; i. negli atti omologhi di indagine.

La concreta individuazione dei divieti probatori

A testimonianza della centralità della materia probatoria il nuovo codice di rito dedica alla stessa un intero libro, collocato nella c.d. "parte statica": il Libro III. Strutturato in tre Titoli, dopo un Titolo introduttivo dedicato alle "disposizioni generali" (artt.187-193), si articola in altri due Titoli, disciplinanti, rispettivamente, i "**mezzi di prova**" (art.194-243) e i "**mezzi di ricerca della prova**" (art.244-271).

Il codice introduce una dicotomia che trova la sua ragion d'essere in due motivazioni: *in primis*, la diversa incidenza di tali mezzi sui meccanismi di formazione del convincimento del giudice. Se infatti i mezzi di prova

⁴⁴ In argomento, tra gli altri, SIRACUSANO, voce Prova.

(testimonianze, esami, confronti, ricognizioni, esperimenti giudiziari, perizie, prove documentali) si caratterizzano per la loro idoneità ad offrire al giudice risultati probatori che può legittimamente utilizzare ai fini della decisione -alla luce del disposto dell'art.526 cpp-, lo stesso non può dirsi per i mezzi di ricerca della prova (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni), che non possono integrare fonti del convincimento giudiziale, ma sono funzionalmente diretti a permettere l'acquisizione di elementi utili ai fini delle indagini.

Un secondo profilo di differenziazione tra le due categorie, avente natura tecnico-operativa, risiede nel fatto che mentre i mezzi di ricerca sono diretti a propiziare l'acquisizione al processo (per lo più mediante atti a sorpresa) di elementi probatori precostituiti allo stesso, i mezzi di prova si connotano per la loro funzionalità ad assicurare la formazione della prova in dibattimento (art.111.4 Cost.).

Alla luce di queste differenze strutturali si giustifica la diversa regolamentazione delle due categorie, anche per sottolineare a livello sistematico l'evidenza che rispetto ai mezzi di prova l'attenzione legislativa si concentra soprattutto sulle modalità di assunzione *in iudicio* degli stessi, mentre avendo riguardo ai mezzi di ricerca della prova il legislatore si premura di regolamentare le modalità d'ingresso nel processo di elementi preesistenti all'istruzione dibattimentale.

Se la disciplina dei mezzi di ricerca ha come referenti tutti gli organi -non solo dunque il g.i.p. ed il g.u.p., ma anche il p.m. e, per gli atti di relativa competenza, gli ufficiali e gli agenti di p.g.- che intervengono nella fase delle indagini preliminari⁴⁵, diversamente la disciplina dei mezzi di prova si rivolge eminentemente al giudice, trattandosi di atti normalmente affidati alla sua gestione, in quanto destinati a sfociare in prove formate nel processo, come tali idonee a concorrere validamente alla formazione del convincimento giudiziale⁴⁶.

Conferma ulteriore di questa statuizione risiede nella considerazione secondo la quale il codice ha inteso sottolineare con un diverso *nomen juris* e, conseguentemente, con un'autonoma regolamentazione, le attività del p.m. (e della p.g.) all'interno della fase delle indagini preliminari, attività omologhe a quelle che svolge il giudice funzionalmente alla ricostruzione -in giudizio- dei mezzi di prova.

La differente regolamentazione di queste attività, costituenti la categoria dei c.d. **atti omologhi di indagine**⁴⁷, testimonia proprio la volontà di ergere una cesura tra le stesse e i paralleli mezzi di prova. Gli atti del p.m. (e della p.g., quando legittimata) omologhi ai mezzi di prova sono dal legislatore definiti e disciplinati avendo cura di usare una differente nomenclatura: negli artt.359 e

⁴⁵ vedi pgf. precedente circa la distinzione del procedimento in due macroaree: il procedimento in senso stretto e il processo.

⁴⁶ Così, GREVI in CONSO-GREVI, Cap. III pgf.2.

⁴⁷ Ancora, CONSO-GREVI (vedi nt. precedente).

360 si parla di operazioni ed accertamenti tecnici anziché di perizie; nell'art.361 di individuazione di persone e cose anziché di ricognizione; nell'art.362 di assunzione di informazioni (e negli artt.350 e 351 di assunzione di sommarie informazioni da parte della p.g.) anziché di testimonianze; nell'art.363 di interrogatorio di persona imputata in un procedimento connesso anziché di esame ex art.210; rimane invece invariata la dizione dei "confronti" (artt.211-212 per i mezzi di prova; art.364 per l'attività investigativa del p.m.). Non previsti gli esperimenti giudiziali e le prove documentali.

Spinoso problema da affrontare pregiudizialmente concerne l'operatività o meno all'interno degli atti omologhi d'indagine delle regole e dei divieti probatori formulati avendo apposito riguardo ai mezzi di prova. I rinvii espressamente contenuti nelle discipline degli atti omologhi alla parallela regolamentazione dei mezzi di prova sono da considerarsi tassativi?

Nulla quaestio infatti ogniqualvolta sia lo stesso legislatore che espressamente preveda l'applicabilità *de relato* delle disposizioni che regolano l'omologo mezzo di prova (è il caso dell'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero, rispetto alla quale, ai sensi dell'ultima parte dell'art.362 cpp, "si applicano le disposizioni degli articoli 197, 197bis, 198, 199, 200, 201, 202 e 203"; o ancora è l'ipotesi dell'interrogatorio di persona imputata in un procedimento connesso, che ex art.363.1 prescrive la diretta operatività dei commi II, III, IV e VI dell'art.210 disciplinante l'omologo mezzo di prova dell'esame di imputato in un procedimento connesso).

Il dubbio da sciogliere sta nel quesito circa la natura tassativa o meramente esemplificativa di questi richiami. Secondo una prima lettura⁴⁸, tanto lineare quanto semplicistica, alla domanda bisognerebbe risponderci invocando quel generale principio che informa l'interno ordinamento giuridico per il quale "*ubi lex dixit, voluit; ubi tacuit, noluit*": ove manchi l'esplicito richiamo alla parallela regolamentazione dei mezzi di prova, dovrebbe ritenersi esclusa qualsiasi forma di estensione applicativa delle regole di esclusione.

Tale posizione riceverebbe conferma, ad esempio, dalla modifica normativa intervenuta sull'art.362 già citato ad opera della l.63/2001 attuativa del giusto processo. Secondo la vecchia formulazione, infatti, le norme in materia di testimonianza ivi richiamate non ricomprendevano né l'art.197 sull'incompatibilità con l'ufficio testimoniale, né il successivo 197bis sulla testimonianza assistita. Che senso avrebbe avuto allora l'operazione legislativa del 2001 volta ad estendere espressamente il richiamo alle due disposizioni se queste fossero potute considerarsi già applicabili implicitamente attraverso un'operazione estensiva⁴⁹?

⁴⁸ Cfr. ALBANO, Il giudizio nel nuovo processo penale.

⁴⁹ La riflessione è di chi scrive, tenendo conto che si parte come punto di riferimento dal testo di N. GALANTINI aggiornato al 1992.

Bisogna però evitare frettolose semplificazioni, dettate dalla superficialità di aderire ad una lettura troppo elementare e poco problematizzata. Galantini⁵⁰ infatti mette in guardia lo studioso delle conseguenze negative che possono manifestarsi qualora si seguisse acriticamente tale metodo di lavoro.

In primo luogo, negare l'operatività all'atto omologo di un divieto previsto per il mezzo di prova conduce ad una conseguenza stridente con la struttura sanzionatoria costruita dal sistema per la prova invalidamente formata: l'atto (omologo di indagine) compiuto dal p.m. (o dagli organi di p.g.) potrebbe essere posto alla base di un provvedimento restrittivo della libertà personale; in aggiunta, l'atto, seppur in via di principio inammissibile in dibattimento, vi potrebbe surrettiziamente accedere per il tramite del meccanismo descritto dall'art.512 cpp (irripetibilità sopravvenuta per causa imprevedibile). Diventerebbe cioè utilizzabile un atto che, se assunto in dibattimento, sarebbe illegittimo.

Terza, palese ed inaccettabile contraddizione sta nel fatto che se l'atto omologo di indagine compiuto in spregio dei divieti probatori previsti per i paralleli mezzi di prova potrebbe trovare operatività -limitata- in dibattimento solo attraverso l'art.512, tale atto sarebbe invece generalmente passibile di utilizzazione in quei giudizi speciali caratterizzati dalla "definibilità allo stato degli atti": un atto inammissibile in dibattimento perché rientrante nella categoria dell'inutilizzabilità fisiologica⁵¹ potrebbe al contrario essere legittimamente utilizzato nel giudizio speciale (es. rito abbreviato) agli stessi fini della valutazione nel merito.

Né a superare tale antinomia può essere invocata la natura consensuale del rito: il consenso dell'imputato vale solo come rinuncia a seguire il metodo canonico della formazione della prova in contraddittorio tra le parti (rinuncia legittima ai sensi del Vc. dell'art.111 Cost.), ma non può determinare il superamento di regole e divieti che tutelano l'attendibilità stessa dell'accertamento.

Di fronte a queste evidenti ed insuperabili incongruenze, bisogna allora sposare una tesi intermedia, più cauta, che suggerisce di valutare caso per caso se ricorrano le condizioni per estendere agli atti omologhi di indagine limiti e divieti appositamente tipizzati in relazione ai paralleli mezzi di prova. Solo adottando un approccio del tipo di quello suggerito potrà evitarsi l'elusione ingiustificabile di garanzie poste a presidio dell'attendibilità e della verosimiglianza dell'accertamento⁵². Ed è proprio questo il *modus procedendi* che seguiremo nei prossimi paragrafi per rispondere al quesito in oggetto.

⁵⁰ N.GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, pagg. 195 e ss.

⁵¹ Vedi il successivo pgf.5 circa la dicotomia tra i. fisiologica e patologica.

⁵² Volendo fare una valutazione che tenga conto delle moderne tendenze della procedura penale, in verità notiamo come il legislatore sempre più costantemente vuole risolvere espressamente questa problematica e fugare ogni dubbio interpretativo: i casi degli artt. 362 e 351 ne sono la dimostrazione (vedi pgf. 4.1.1)

Tracciata questa necessaria premessa introduttiva, prenderò spunto dalla *summa divisio* di cui si discorre per individuare e passare in rassegna i singoli divieti probatori⁵³ operanti nelle due macrofasi del procedimento penale (si veda il pgf. precedente) e dislocati all'interno della disciplina relativa ai singoli mezzi di prova e di ricerca della prova, oltre che degli omologhi atti di indagine portati avanti dagli organi di polizia giudiziaria e dalla magistratura inquirente⁵⁴.

4.1. Testimonianza

La disposizione che apre il capo I, Titolo II del Libro III è l'**art.194**, rubricato "oggetto e limiti della testimonianza". Il lc⁵⁵ chiarisce che "il testimone è esaminato sui fatti che costituiscono oggetto di prova: emerge il collegamento con l'art.187 che specifica come siano oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza, i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali, e, se vi è costituzione di parte civile, i fatti inerenti alla responsabilità civile da reato. Del quesito su quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione delle regole che fissano il *thema probandum* (risultante dal combinato disposto degli artt.187 e 190 -"il giudice ... escludendo quelle manifestamente superflue ed irrilevanti"-) ci si occuperà nel Cap.IV Sez.I pgf.3. Per ora conviene semplicemente limitarsi ad anticipare che lo sconfinamento nella non pertinenza non provochi la sanzione dell'inutilizzabilità.

Ben più utile ai nostri fini è la prescrizione contenuta nel IIIc. dell'art. in esame secondo la quale "il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti". L'espressa formulazione in chiave di divieto delle disposizioni richiamate esige infatti il rinvio alla norma generale sull'inutilizzabilità, determinando una svolta rispetto al regime applicabile sotto il vigore del precedente codice che qualificava le stesse ipotesi⁵⁶ come figure affette da nullità.

La disposizione secondo la quale l'esame si svolge mediante domande su fatti specifici è riproposta nell'**art.499.1** all'interno delle "regole per l'esame testimoniale". Nei commi II e III della stessa norma si ripropongono i due divieti (prima integrati nell'art.349.1 abr.) concernenti rispettivamente "le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte" e, limitatamente all'esame -non al controesame-, "le domande che tendono a suggerire le

⁵³ La definizione di divieto probatorio sarà esaustivamente fornita nel Cap. IV Sez.I pgf. 1.1.

⁵⁴ L'analisi dei divieti probatori effettuata attraverso la scomposizione della disciplina sui mezzi di prova, mezzi di ricerca della prova ed atti omologhi di indagine si ispira all'architettura del Cap. III de "L'inutilizzabilità della prova nel procedimento penale", edita nel 1992 ad opera di N. GALANTINI.

⁵⁵ Va comunque tenuto presente che il Iic. dello stesso art.194 estende l'esame testimoniale, tra le altre cose, anche alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutare la credibilità del teste.

⁵⁶ Si tratta degli abrogati artt. 349.3,4,5 e 450.1 cpp Rocco.

risposte”. L’inequivocabile formulazione del compilatore del 1988 in chiave di proibizioni sgombra il campo dal dubbio circa il tipo di sanzione incidente sull’atto viziato sotto questo profilo⁵⁷.

Per quanto concerne l’aspetto dei limiti soggettivi della testimonianza, il legislatore ripropone sostanzialmente la disciplina espressa nel codice abrogato, con l’implicita affermazione che, se verranno elusi gli accertamenti ordinati dal giudice per verificare l’idoneità fisica o mentale del teste a rendere testimonianza, la risposta sanzionatoria sarà ovviamente quella dell’inutilizzabilità, configurando la formula di cui all’**art 196** cpp un divieto probatorio implicito.

Riguardo la nuova disciplina della testimonianza indiretta, l’**art.195** cpp pone una serie di divieti probatori (ai quali si ricollega la sanzione dell’inutilizzabilità). Calamandrei, nel commentare l’articolo in oggetto, sosteneva che il legislatore avesse costruito la regola di esclusione “muovendo da statuizioni di carattere generale per approdare a prescrizioni specifiche”. Scorrendo i sette commi dei quali si compone l’art.195, avvertiamo come nei primi due commi il giudice, a richiesta di parte ovvero *motu proprio*, “quando il teste si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, dispone che queste siano chiamate a deporre”; ancora, il IIIc. sanziona espressamente con l’inutilizzabilità l’inosservanza delle precedenti disposizioni, salvo ovviamente⁵⁸ che l’esame del c.d. teste-fonte “risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità”.

Il IV c. sancisce l’impossibilità per gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357.2 I.a e b. Negli altri casi, sono operanti le richiamate prescrizioni dei precedenti tre commi.

Il divieto contenuto nel VIc. si inquadra in una logica di coerenza interna del sistema alla stregua delle garanzie ex artt.200-202 (relative alle norme sul segreto professionale, d’ufficio e di stato), che vengono meno solo se le persone indicate “abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano oltremodo divulgati”.

Infine, l’ultimo comma vieta la testimonianza anonima.

La rinnovata disciplina dell’incompatibilità con l’ufficio testimoniale di cui all’**art.197** evita di riproporre l’inciso “a pena di nullità” che tante dispute⁵⁹ aveva invece sollevato nell’interpretazione dell’abrogato art. 348.3 cpp 1930: una previsione in tal senso costituirebbe ora una nota dissonante in una norma che pone in maniera evidente un divieto probatorio e che dovrebbe

⁵⁷ Cfr. CORDERO, Procedura penale; NOBILI, Il principio del libero convincimento.

⁵⁸ In ossequio all’indicazione di carattere generale di cui al 111.5 Cost. che tra le deroghe al principio del contraddittorio inserisce “l’accertata impossibilità di natura oggettiva”.

⁵⁹ in assenza di espressa qualificazione normativa, CORDERO propendeva per considerare la nullità sanabile, mentre BARGIS e AMODIO ritenevano si trattasse di una nullità assoluta.

pertanto essere assistita, in caso di sua violazione, dalla previsione dell'inutilizzabilità.

Cardine del nostro sistema processuale, oltre che principio di civiltà giuridica universalmente riconosciuto⁶⁰, è il c.d. privilegio contro l'autoincriminazione, che trova la sua regolamentazione codicistica nell'**art.198.2**⁶¹: "il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale".

Il disposto in oggetto introduce un'espressa regola di esclusione, la cui violazione è coperta dall'operare dell'inutilizzabilità della dichiarazione resa in sua violazione.

Tale prescrizione necessita di essere raccordata con la parallela indicazione proveniente dall'**art.63** cpp, che disciplina l'ipotesi in cui il non imputato o il non indagato renda dichiarazioni, anche in sede testimoniale⁶², dalle quali emergano indizi di reità a suo carico.

L'ambito operativo dell'art.198.2 è esteso anche al caso in cui dalle dichiarazioni rese nel corso dell'esame testimoniale non emergano quegli indizi di reità che imporrebbero l'onere di formulare l'avvertimento ex art.63.1 cpp. Emerge il problema dell'individuazione della sottile linea di demarcazione tra dovere di testimoniare e diritto di non autoaccusarsi.

Il contemperamento tra queste due previsioni si ottiene tenendo presente che, se fosse obiettivamente ravvisabile in partenza la situazione in forza della quale l'interessato non avrebbe dovuto sentirsi nella veste di testimone, la testimonianza egualmente resa sarebbe affetta *in toto* da inutilizzabilità; per contro, nel caso di dichiarazioni *contra se* rese dal teste legittimamente assunto, e non obbligato dal giudice con la minaccia di trasmissione degli atti al p.m. per testimonianza presunta falsa o reticente, l'inutilizzabilità opera relativamente al dichiarante, conservandosi l'efficacia probatoria della dichiarazione *erga alios*.

⁶⁰ Di matrice inglese, ma tipizzato per la prima volta nel V emendamento del *Bill of Rights* statunitense, il principio del "*nemo tenetur se detegere*" o, il che è lo stesso, del "*nemo tenetur contra se edere*" presenta oggi un riconoscimento a livello sovranazionale nell'art.14 pgf.3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato in sede Onu nel 1966; pur non essendo testualmente previsto nella CEDU, la Corte edu di Strasburgo lo ritiene pacificamente principio immanente nel sistema della Convenzione Europea del 1950, desumendolo dall'art.6 sull'equo processo; anche nella Costituzione italiana manca una norma espressa di riferimento, ma dottrina e giurisprudenza lo considerano operativo in quanto corollario dell'art.24.2 Cost. - diritto inviolabile di difesa-, dell'art.111 Cost. -giusto processo-, e ad ogni modo direttamente applicabile per il tramite dell'art.117 Cost.

⁶¹ Alla stessa *ratio* è ispirato l'art. 63 -dichiarazioni indizianti- e, sul piano sostanziale, l'art.384 c.p. che esclude la punibilità del teste falso o reticente, che abbia commesso il fatto per non incorrere in un grave ed inevitabile nocumento alla libertà e all'onore.

⁶² L'art.63 disciplina il regime delle dichiarazioni indizianti rese alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria: copre, quindi, non solo la fase delle indagini preliminari, ma si estende anche alla fase dibattimentale.

Per quanto riguarda le norme che disciplinano la “facoltà di astensione dei prossimi congiunti” (in questo senso recita la rubrica dell'**art.199** cpp), potrebbero emergere difficoltà interpretative dalla coesistenza⁶³ nella medesima disposizione delle due sanzioni dell'inutilizzabilità (Ic.) e della nullità (IIc.). Si pone allora la necessità di delineare gli spazi applicativi entro i quali le due sanzioni vanno a proiettarsi: il disposto di cui al I c. fissa un divieto probatorio⁶⁴ alla cui violazione consegue l'inutilizzabilità, mentre l'inosservanza da parte del giudice dell'obbligo di avvisare gli interessati della suindicata facoltà è assistito dalla sanzione della nullità, peraltro relativa e quindi sanabile. La possibile confusione tra i due piani va risolta tenendo presente che l'ambito operativo delle due sanzioni è effettivamente diverso ed infungibile. Non può dunque ritenersi ancora valido il regime operante sotto il previgente codice secondo il quale si consentiva l'utilizzazione della prova in sé inutilizzabile, qualora fosse intervenuta la sanatoria della nullità per la mancata comunicazione da parte del giudice della facoltà di astensione degli interessati. Ora, la violazione della regola di esclusione della prova comporta necessariamente l'integrarsi del vizio più grave, che sopravvive, non essendone in alcun modo influenzata, all'eventuale maturazione della sanatoria della nullità ex IIc.

Differenti problemi emergono invece dall'analisi della disciplina normativa sul segreto professionale (**art.200**), d'ufficio (**art.201**) e di Stato (**art.202**). Pacifica⁶⁵ è la statuizione a tenore della quale dalle norme citate risulti la fissazione di espresse regole di esclusione, con la correlata conseguenza sanzionatoria calibrata sul disposto dell'art.191 cpp.

Il dubbio si sposta sull'ulteriore profilo della possibilità di ricondurre l'operatività dei divieti probatori alle prescrizioni inerenti le sole norme processuali ovvero riguardanti anche la legge penale sostanziale. Tocchiamo il diverso profilo della contrapposizione tra prova invalida/illegittima e prova illecita⁶⁶.

Per intanto è sufficiente preannunciare che la dottrina prevalente⁶⁷ esclude che la violazione della norma penale sostanziale possa ricadere sotto l'incidenza della sanzione dell'inutilizzabilità.

Ennesima ipotesi la ricaviamo all'interno dell'**art.203**, a tenore del quale il giudice non può obbligare ufficiali e agenti della p.g., nonché i dipendenti dei servizi per la sicurezza, a rivelare i nomi dei propri informatori confidenziali:

⁶³ Vedi anche *supra*, Cap. II pgf. 2.1.

⁶⁴ In questo senso, CORDERO; SPANGHER. Il divieto è infatti in via implicita: il legislatore, dicendo che “i prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre” indirettamente sancisce il divieto, rivolto alle autorità interroganti, di obbligare questi ultimi alla deposizione.

⁶⁵ Cfr. SPANGHER, sub. art.200, sub. art.201, sub. art.202 in Commento, vol.II

⁶⁶ Si veda *infra*, cap.IV Sez.I pgf.7.

⁶⁷ GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, cap. II, sez.I, pgf.11.

d'altro canto, se questi non sono esaminati come testi, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate.

La disamina della disciplina della testimonianza è incompleta se non si fa altresì riferimento alle norme disciplinanti l'istruzione dibattimentale (artt.496 e ss.). Dell'art.499 si ha già avuto modo di soffermarsi, alla luce dell'evidente contiguità con le prescrizioni di cui all'art.194 cpp.

Altri divieti probatori contenuti in questo Capo III del Titolo II del Libro VII dedicato al Giudizio sono presenti nelle norme che disciplinano l'istituto delle contestazioni (*infra, Cap.IV Sez.II pgf.3.3*).

4.1.1. Assunzione di informazioni da parte del p.m. e della p.g.

Assodata l'applicazione, seppure corretta dai necessari accorgimenti, della disciplina sulla testimonianza alle ipotesi in cui tale mezzo di prova venga assunto in incidente probatorio⁶⁸ oppure in udienza preliminare⁶⁹, ci riproponiamo di calare in questo specifico contesto il già affrontato problema di ordine generale⁷⁰ dell'operatività nei confronti degli atti omologhi di indagine delle previsioni contenute nei paralleli mezzi di prova: in particolare, si tratta di verificare se sussistono i margini per la possibile applicazione delle norme sulla testimonianza all'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari.

L'originaria regolamentazione, estremamente criptica e incompleta, della disciplina delle sommarie informazioni assunte dagli operatori di polizia giudiziaria (artt.350 e 351) e dal pubblico ministero (art.362), non rispondeva affatto al quesito che stiamo affrontando (art.351) ovvero vi rispondeva, ma soltanto parzialmente (art.362, che limitava il richiamo alle norme sulla testimonianza indicate negli artt. 199 - 202). Ecco che la questione circa l'operatività o meno in materia dei divieti stabiliti nel Capo I del Titolo II del Libro III era risolta dai vari esponenti della dottrina⁷¹ attraverso interpretazioni anche diametralmente opposte, ma tutte potenzialmente corrette, proprio perché nessuna incompatibile con un tenore letterale così limitato.

Determinante è stato l'apporto chiarificatore della legge di attuazione del giusto processo, la n.63/2001, che è intervenuta a colmare le lacune, parziali (art.362) e totali (art.351), superando *per tabulas* ogni dubbio interpretativo *in subiecta materia*.

Il legislatore ordinario da un lato ha completato la disciplina del 362 cpp terzo periodo, estendendovi l'applicazione anche delle disposizioni contenute negli

⁶⁸ Cfr. art. 392.1 lett. a e b. Quanto alle modalità di assunzione, l'art.401.5 richiama le forme stabilite per il dibattimento.

⁶⁹ Cfr. art. 422.1 cpp (per quanto l'audizione dei testi sia sottratta, ai sensi del IIIc., alle regole dibattimentali della c.d. *cross examination*, essendo integralmente rimessa alla conduzione del giudice.

⁷⁰ Si fa riferimento alla tematica descritta al termine del pgf.4.

⁷¹ Al tema N. GALANTINI ha dedicato il Cap.III pgf.5 della sua opera "L'inutilizzabilità della prova nel processo penale".

artt. 197, 197bis e 198; dall'altro ha aggiunto un ultimo periodo al l.c. dell'art.351 a tenor del quale "si applicano le disposizioni del secondo e del terzo periodo del comma I dell'art. 362 cpp".

4.2. Esami

L'assunzione delle dichiarazioni rese dalle parti private che chiedono o consentono di essere esaminate in dibattimento segue le regole fissate dall'**art.209** cpp: "si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 198.2, 499 e, se è esaminata una parte diversa dall'imputato, quelle previste dall'art.195."

Anche per quanto riguarda l'esame di persona imputata in un procedimento connesso, l'**art.210.5** sancisce la diretta applicabilità delle disposizioni previste dagli artt.194, 195, 498, 499, 500.

4.2.1. Interrogatorio

La disciplina predisposta dal legislatore per l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini è estremamente composita e si articola in una pluralità di disposizioni: artt. 64 e 65 -regole generali per l'interrogatorio e interrogatorio nel merito-, 374.2 -presentazione spontanea- e 376 -accompagnamento coattivo- per l'interrogatorio dell'indagato libero da parte del pm, 388 -interrogatorio da parte del pm dell'arrestato o del fermato-, 294 -interrogatorio c.d. di garanzia della persona in stato di custodia cautelare-, 391.3 -interrogatorio dell'arrestato o del fermato in sede di udienza di convalida- 350 -sommarie informazioni di p.g.- 421.2 e 422.3 -interrogatorio dell'imputato in udienza preliminare-.

Emerge *prima facie* la preminente presenza di prescrizioni ispirate dalla *ratio* di tutelare la ritualità del momento assuntivo dell'atto, mentre non si rinvencono divieti probatori, aldilà di quelli fissati dalle norme generali sulla prova (art.188 cpp) e dalle "regole generali dell'interrogatorio". La prima regola di esclusione che salta subito evidente agli occhi è l'art. 64.2 che vieta l'utilizzazione, anche in presenza del consenso dell'imputato, di metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti (si tratta in effetti di un principio che specifica il più generale disposto dell'art.188).

Il III comma dell'art.64 impone all'autorità interrogante di procedere ad un triplice avvertimento: l'originaria assenza di una previsione sanzionatoria che assistesse quest'obbligo aveva indotto la dottrina a ritenere integrabile una nullità di tipo intermedio. L'inaccettabile lacuna è stata colmata con la citata legge 63 del 2001, che ha introdotto un nuovo comma 3bis, specificando che l'inosservanza dei primi due avvertimenti contenuti nel precedente comma (a. le dichiarazioni potranno essere usate contro il dichiarante; b. comunicazione

della facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, anche se il procedimento seguirà il suo corso) comporti inutilizzabilità assoluta, mentre la violazione del terzo adempimento (c. avvertimento del fatto che se l'indagato renderà dichiarazioni eteroaccusatorie assumerà in ordine ad esse l'ufficio di teste assistito) determini un'ipotesi di inutilizzabilità relativa.

Per quanto riguarda gli atti omologhi, si ripropone il generale problema dell'applicabilità all'atto compiuto in indagini delle disposizioni enucleate per il corrispondente mezzo di prova in fase processuale, al quale bisogna rispondere in termini affermativi.

4.3. Confronto in dibattimento

La disciplina del confronto quale mezzo di prova (artt.211-212) non presenta specifiche problematiche interpretative, dal momento che non vi sono espresse statuizioni di nullità né di inutilizzabilità circa il rispetto delle modalità esecutive dell'atto.

Quanto alla nullità, l'eventuale individuazione di un vizio incidente sul regolare compimento del confronto può effettuarsi mediante il ricorso alle disposizioni generali in tema di nullità, che si attingerà come assoluta nel caso l'atto sia disposto in assenza del difensore dell'indagato o dell'imputato (combinato disposto degli artt.178.1 lett.c e 179.1), ovvero relativa, e quindi sanabile e sottoposta ai limiti temporali di rilevazione, se sia mancata la partecipazione del difensore di altre parti private diverse dall'indagato o imputato.

Quanto all'inutilizzabilità, la *Relazione al Codice*⁷² specifica come sia colpito da questa sanzione il risultato del confronto avvenuto in assenza dei presupposti indefettibilmente tipizzati nell'art.211: si ritiene infatti che la scelta di utilizzare la formula "esclusivamente"⁷³ per delimitare l'ambito di validità del confronto integri un divieto probatorio, come tale sanzionabile in caso di sua violazione attraverso l'art.191 cpp.

4.3.1. Confronto in sede di indagini preliminari e di incidente probatorio

Pur riconoscendosi nella stessa *Relazione al progetto preliminare*⁷⁴ la scarsa compatibilità di tale mezzo di prova con la sede delle indagini preliminari, è comunque oggetto di regolamentazione e possibilità astrattamente prevista dall'art. 364 cpp il confronto promosso dal p.m. nella fase preprocessuale. Alla disciplina si ritengono⁷⁵ senza dubbio applicabili le prescrizioni presenti nelle disposizioni sul confronto-mezzo di prova: è necessaria infatti la presenza di una serie di garanzie minime per l'attività compiuta, in via anticipata, in un contesto che non è quello propriamente tradizionale.

⁷² Cit. pag.181.

⁷³ L'art.211 ammette il confronto "esclusivamente fra persone già esaminate o interrogate, quando vi è disaccordo fra esse su fatti o circostanze importanti".

⁷⁴ Cit. pag.64.

⁷⁵La posizione qui riportata è espressa da V:GREVI, Prove, pag.169

Sul fronte dell'utilizzabilità o meno dei verbali di confronto in sede dibattimentale, la soluzione positiva o negativa dipende essenzialmente dall'attribuzione all'atto della qualifica di ripetibilità. Come è stato efficacemente puntualizzato dalla dottrina più attenta⁷⁶, il confronto, pur essendo astrattamente un atto ripetibile, si connota per dei caratteri di estemporaneità e drammaticità che giustificano il dubbio circa la sua effettiva e reale ripetibilità. Ad ogni modo, a fronte dell'assenza di una definizione normativa del carattere della ripetibilità, la soluzione più cauta conclude nel senso di ritenere il confronto atto ripetibile, il cui verbale non rientrerebbe -di norma- tra gli atti inseribili nel fascicolo per il dibattimento⁷⁷: potrebbe fare ingresso tra i materiali utilizzabili ai fini della decisione solo nell'ipotesi in cui subentri per causa non prevedibile *ex ante* l'irripetibilità dello stesso⁷⁸.

Diverso il discorso sulle prospettive di utilizzabilità per il confronto realizzato in udienza di incidente probatorio (art.392 lett.e): i verbali degli atti assunti in incidente probatorio confluiscono infatti per espressa previsione normativa (*lett.e*) nel fascicolo ex art.431 cpp.

D'altra parte, non bisogna sottovalutare la circostanza che in questa sede emerga comunque un'ipotesi di inutilizzabilità di tipo relativo misto (vedi *successivo pgf.5*). Si tratta dell'**art.403** che, a ben vedere, rappresenta di un'ipotesi di inutilizzabilità dall'operatività estesa a tutte le ipotesi di incidente probatorio, e non circoscritta al solo confronto compiuto in questa sede. Si precisa infatti che le prove assunte in questo contesto siano inutilizzabili *in dibattimento* (profilo oggettivo dell'inutilizzabilità relativa) *solo nei confronti* degli imputati i cui difensori abbiano partecipato alla loro assunzione (profilo soggettivo dell'inutilizzabilità relativa).

Qualora dovesse maturare tale più grave sanzione, questa finirebbe per assorbire la pur prospettabile nullità assoluta (per l'assenza del difensore dell'indagato dall'udienza di incidente probatorio) che si materializza alla luce del combinato disposto dell'art.178.1 lett.c e 401.1 cpp. (partecipazione necessaria in udienza di p.m. e difensore della persona sottoposta alle indagini).

4.4. Ricognizione in dibattimento e in incidente probatorio

La ricognizione di persone (oltre che di cose, di voci, suoni e quant'altro possa essere oggetto di percezione sensoriale) vanta una regolamentazione molto analitica nella descrizione tanto degli "atti preliminari" (art.213) quanto soprattutto dello "svolgimento" della stessa (art.214): analiticità funzionale rispetto all' "esigenza di assicurare nella maggior misura possibile il rispetto di regole dirette ad evitare esiti influenzati e precostituiti"⁷⁹.

⁷⁶ NOBILI, La nuova procedura penale.

⁷⁷ L'art.431 cpp alle lett.b e c contempla tra gli atti da inserire nell'apposito fascicolo del dibattimento i verbali degli atti irripetibili compiuti da polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensore.

⁷⁸ Alla stregua del meccanismo descritto dall'art.512 cpp.

⁷⁹ Queste le parole della *Relazione al progetto preliminare*, pag.64.

Il profilo sanzionatorio è rimesso ad una serie di previsioni di nullità, quale conseguenza di violazioni di modalità assuntive collegate a prescrizioni dal tenore formale. Si tratta tuttavia di nullità di natura relativa sottoposte al regime di deducibilità e alla connessa possibilità di sanatoria. Qualora si verificano nel corso del procedimento violazioni non contemplate espressamente tra le ipotesi di nullità, sarà operativa la più blanda sanzione dell'irregolarità (art.124), non idonea ad intaccare il profilo dell'efficacia.

Il legislatore non ritaglia un concreto spazio operativo all'inutilizzabilità⁸⁰: non pare sostenibile l'inutilizzabilità della ricognizione effettuata senza le precauzioni dell'art.214.2, anche nel caso in cui il ricogniscente subisca effettive intimidazioni dalla persona oggetto del riconoscimento, non potendosi prospettare la violazione di un divieto probatorio, neppure indiretto o eventuale⁸¹.

Tali considerazioni valgono non solo per la ricognizione dibattimentale, ma anche per quella che si svolga, in presenza di "gravi ragioni di urgenza che non consentono di rinviare l'atto al dibattimento" (art.392 lett.g), in incidente probatorio. Ed è proprio con riferimento alla ricognizione in incidente probatorio che si riattualizza quell'ipotesi di inutilizzabilità relativa già descritta con riguardo al confronto⁸²: è chiaro infatti che l'utilizzabilità in dibattimento della prova assunta in tale sede è limitata al solo imputato assistito dal difensore presente al momento del compimento dell'atto (art.403 cpp).

4.4.1. Individuazione di cose e persone

L'individuazione, ad opera del p.m., di persone, di cose e di quant'altro può essere oggetto di percezione sensoriale è un atto di indagine omologo e distinto dalla ricognizione (art.213 e ss.): essa risponde infatti alla *ratio* di poter disporre di un'attività "necessaria per la immediata prosecuzione delle indagini" (361.1).

Se dal punto di vista oggettivo e operativo l'atto omologo di indagine coincide con il parallelo mezzo di prova, lo stesso non può dirsi per quanto concerne la disciplina. L'individuazione è diretta a scopi di mera indagine e non rientra tra gli atti realizzabili in sede di incidente probatorio né rappresenta un mezzo destinato a cristallizzare un atto irripetibile: ne consegue che non sono richieste le specifiche e rigorose forme che governano la ricognizione⁸³. Non è un caso infatti che la disciplina normativa in chiave garantistica della ricognizione non goda di spazi operativi, posta l'assenza di richiami espressi ad eccezione dell'indicazione contenuta nell'art.361.3 cpp che fa rinvio alle cautele presenti nell'art.214.2, se si hanno "fondatte ragioni di ritenere che la

⁸⁰ Unica eccezione è rappresentata dall'art.343.4, secondo il quale è inutilizzabile, tra gli altri (perquisizione, ispezione, individuazione, confronto, intercettazione) anche il verbale del confronto disposto in assenza dell'autorizzazione a procedere, e al di fuori dell'unico caso ammissibile, disciplinato dal IIIc. (la persona interessata è colta nella flagranza di uno dei reati di cui al 380.1 e 2).

⁸¹ In questo senso, GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, pag.356.

⁸² Supra, pgf. 4.3.1.

⁸³ CONTI-MACCHIA, Il nuovo processo penale.

persona chiamata all'individuazione possa subire intimidazione o altra influenza dalla presenza di quella sottoposta ad individuazione".

Non trovano riscontro le previsioni circa le modalità esecutive dell'atto e le correlate conseguenze sanzionatorie in caso di loro violazione.

Si ripropone anche qui la più generale problematica dell'applicabilità agli atti di indagine delle disposizioni generali in tema di prova (artt.187 - 193 cpp).

L'opinione preferibile⁸⁴ ritiene che, in linea di massima, le disposizioni sulla prova non debbano trovare spazio rispetto agli "atti omologhi di indagine", e ciò si desumerebbe da una serie di fattori: diverso *nomen juris*; diverso referente soggettivo (p.m. e non giudice); diversa disciplina; diverso finalismo sul piano della valenza probatoria; presenza di richiami *expressis verbis* da parte del legislatore quando ha inteso estenderne l'operatività.

Ciò non significa che al di fuori degli espliciti rinvii predisposti dal legislatore non si possa pervenire attraverso un'operazione interpretativa in senso estensivo a ritenere applicabili le norme dettate per i mezzi di prova anche a particolari attività di indagine del pubblico ministero. Questo *modus agendi* risponde alla finalità di colmare delle eventuali lacune in chiave garantistica. L'approccio preferibile anche in questa materia è dunque la valutazione caso per caso delle singole situazioni che vengono in rilievo.

D'altra parte, è diffusa la posizione⁸⁵, in un certo senso correttiva, secondo la quale disposti così generali come la "libertà morale della persona nell'assunzione della prova" (art.188) godrebbero di un'operatività estesa anche agli atti di indagine.

4.5. Esperimenti giudiziari

L'impostazione impressa al procedimento penale ha fatto sì che il mezzo di prova in oggetto (artt.218-219) possa essere disposto unicamente nelle sedi dell'incidente probatorio (art.392.1 lett.f), dell'udienza preliminare (qualora risulti la sua decisività ai fini del proscioglimento ex art.422), predibattimentale in qualità di atto urgente (art.467) e dibattimentale (art.219). L'esclusione dell'esperimento dalle indagini preliminari è infatti resa manifesta dall'assenza di qualsiasi riferimento all'atto, neanche in forma omologa.

Venendo alla disamina dell'apparato sanzionatorio a corredo delle prescrizioni operative, i problemi interpretativi sul piano dei vizi per violazione di forme e modalità esecutive non risultano consistenti. In effetti, le norme sull'esperimento giudiziale non contengono alcuna comminatoria diretta di nullità. Restano salve le cause di nullità generali connesse all'assenza dall'udienza del difensore dell'indagato o dell'imputato e ancora all'assenza del p.m.

Per quanto concerne l'estensione applicativa dell'inutilizzabilità, essa si presenta in maniera assai limitata, non sussistendo espliciti divieti probatori

⁸⁴ espressa da VOENA in Manuale di Procedura Penale, CONSO GREVI, Pag.301.

⁸⁵ GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova.

aldilà di quelli previsti dalle norme generali (vedi ancora l'art 188). Si ritiene⁸⁶ infatti che il disposto di cui all'art.219.4, a tenore del quale "il giudice nel determinare le modalità dell'esperimento se del caso dà le opportune disposizioni affinché si svolga in modo da non offendere sentimenti di coscienza e da non esporre a pericolo l'incolumità delle persone o la sicurezza pubblica", non costituisca un divieto probatorio dalla cui violazione discenderebbe l'inutilizzabilità. Pur essendo inquadrabile come una sorta di specificazione del principio di cui all'art.188 cpp, non pare tuttavia costituire un divieto probatorio in senso proprio.

4.6. Perizie e consulenze tecniche

La **perizia** è un mezzo di prova finalizzato ad integrare le conoscenze del giudice con l'apporto fornito da un esperto. Ed è disposta dal giudice quando occorre compiere una valutazione per la quale sono necessarie "specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche" (art.220). La perizia adempie a due possibili funzioni: svolgere indagini per acquisire dati probatori; sottoporre a valutazione tecnica dati già acquisiti⁸⁷. Ma la perizia non rappresenta l'unico mezzo di prova che permette di raggiungere tali finalità: esiste anche la **consulenza tecnica di parte**.

Quando viene disposta la perizia, infatti, "il p.m. e le parti private hanno la facoltà di nominare i propri consulenti tecnici in numero non superiore a quello dei periti" (art.225): è la consulenza tecnica c.d. endoperitale.

Inoltre, "fuori dai casi di perizia" (art.233) sia il p.m. (artt.359 e 360) che le parti private (artt.327bis.3 e 391decies.3) possono avvalersi dell'opera di esperti sin dalla fase delle indagini preliminari al fine di raccogliere elementi di prova: è la consulenza tecnica extraperitale⁸⁸.

Del fatto che la struttura normativa della disciplina risultante nel codice di rito sia informata ad una *ratio* garantistica si ha conferma analizzando le specifiche regole di esclusione e le espresse previsioni sanzionatorie per le violazioni di ordine formale.

Si fa riferimento alla prescrizione contenuta nel l.c. dell'art.220 secondo la quale "quando la perizia è dichiarata nulla, il giudice cura, ove possibile, che il nuovo incarico sia affidato ad altro perito".

Si fa soprattutto riferimento al divieto di perizia psicologica e criminologica di cui al 220.2 cpp, superabile solo in fase di esecuzione (artt.656 e ss. cpp e art. 13.2 l. ord. penitenziario n.354/1975). Tale divieto riflette non tanto la diffidenza verso l'effettività e l'efficacia di questi particolari strumenti di indagine, quanto il rifiuto del legislatore di legittimare forme che incidano sulla dignità morale dell'interessato⁸⁹.

⁸⁶ GALANTINI, op.sup.citata.

⁸⁷ TONINI, CONTI, Il diritto delle prove penali, pag.296.

⁸⁸ Vedi successivo pgf. 4.6.1.

⁸⁹ Nello stesso senso, possono leggersi i disposti degli artt. 194.2 (che disciplina restrittivamente l'ipotesi in cui la deposizione verta su circostanze tendenti a definire la personalità del reo), 236.1 (che limita le ipotesi di acquisizione di documenti sulla personalità del reo all'evidenza che il fatto per il quale si procede deve

Un parziale ma innegabile cedimento individuabile nella coerente linea garantistica seguita in materia dal legislatore parrebbe invece emergere sul piano delle prescrizioni relative alle fattispecie di incapacità e incompatibilità descritte all'art. 222 cpp: siamo di fronte ad ipotesi di nullità relative e, pertanto, sanabili (art.181 cpp). Non si può tenere sottaciuto il rilievo critico in ordine alla totale inadeguatezza della nullità ad incidere con efficacia sulla validità di un atto che, per sua natura, è destinato a fornire alla causa un supporto valutativo di non poco momento.

Di fronte ad una perizia eseguita da un soggetto incapace o incompatibile, l'unica tutela è rimessa alla diligenza dell'intervento di parte, volto all'eccezione di nullità; in caso contrario, resta rimesso all'apprezzamento del giudice -che non necessariamente sarà a conoscenza della causa di invalidità- la valutazione circa l'attendibilità del risultato peritale.

Si tenga presente che l'art. 225.3 richiama le "condizioni indicate nell'art.222.1 lett. a-d" per fissarne un apposito divieto probatorio ("non può essere nominato consulente tecnico").

Maggiori garanzie sono rinvenibili sul profilo dell'astensione e della ricusazione: il rinvio contenuto nell'art.223 cpp all'omologa disciplina enucleata per l'istituto giudiziale (artt.39 e ss.) risulta funzionale a fronte del quesito circa l'utilizzabilità del risultato peritale proveniente da soggetto ricusato o astenutosi. Bisogna riconoscere che anche in questa situazione l'inutilizzabilità necessita di un ancoraggio all'esistenza di un divieto probatorio: un atto probatorio compiuto dal perito ricusato sarà colpito da inutilizzabilità soltanto nel caso in cui abbia violato un divieto probatorio.

Se la causa di ricusazione emerge prima che il perito abbia esternato oralmente il risultato, *nulla quaestio*: gli eventuali accertamenti già espletati rimangono presso il tecnico.

Se il motivo di ricusazione si sveli invece durante l'esame del perito, può presentarsi il problema delle eventuali dichiarazioni già rese, riguardanti il tema dell'accertamento e confluite nel verbale di udienza. In questa situazione dovrebbe soccorrere il principio di conservazione degli atti, alla stregua del quale il giudice che ha deciso sull'istanza di ricusazione conserva il potere di apprezzare quali fra gli atti compiuti conservino efficacia⁹⁰. Tale osservazione troverebbe riscontro nella previsione ex art. 231.5 per la quale il perito colpito da un'ordinanza che abbia accertato gli estremi per la ricusazione "deve mettere a disposizione del giudice la documentazione e i risultati delle operazioni peritali già compiute".

essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questo), 196.2 (sugli "accertamenti opportuni" che il giudice ordina qualora sia necessario verificare l'idoneità fisica o mentale del teste a rendere deposizione). La sua operatività è invece da ritenersi esclusa -anche se in materia persistono dubbi circa la sua estensione- in sede di processo penale minorile.

⁹⁰ ZAPPALA', La ricusazione, pag.141.

Si assiste quindi in questa fattispecie ad una sorta di utilizzabilità condizionata dalla decisione giudiziale⁹¹ e che può riguardare solo eventualmente l'atto probatorio.

4.6.1. Operazioni e accertamenti tecnici espletati nel corso delle indagini preliminari

Il regime delle invalidità degli atti probatori aventi natura specialistica (operazioni ed accertamenti tecnici) espletati nel corso delle indagini preliminari risulta costruito, da un lato, attraverso prescrizioni *ad hoc* formulate e, dall'altro, attraverso il rinvio alle statuizioni concernenti il mezzo di prova di *genus* (art.220 e ss.).

Anche in quest'ambito le cause invalidanti possono qualificarsi soggettivamente, qualora afferiscano alla persona cui è conferito l'incarico, ovvero oggettivamente, in caso di violazioni di disposizioni relative a presupposti, condizioni operative, oggetto e modalità di svolgimento.

Per quanto riguarda le imperfezioni qualificate sotto il versante soggettivo, emerge il collegamento con le previsioni contenute nell'omologo mezzo di prova in materia di incapacità ed incompatibilità (art.222), esaminate nel precedente paragrafo. Pur premettendo l'illogicità di una soluzione che escluda *sic et simpliciter* l'operatività di tali disposti agli accertamenti in oggetto, bisogna riconoscersi la necessità di procedere ad una diversificazione delle soluzioni interpretative. Si tratta quindi di individuare gli elementi di contatto ed i punti di distacco rispetto alla perizia, in modo da poter effettuare eventualmente un'applicazione estensiva per la normativa predisposta per quest'ultima.

In particolare, si ritiene⁹² applicabile al soggetto incaricato dell'indagine tecnica la normativa predisposta per il perito incapace e incompatibile, nonché quella sull'astensione e ricusazione.

Quanto al profilo oggettivo delle invalidità, pur essendo delineato alla luce delle prescrizioni in materia di perizia, è da ritenere che, nonostante la natura informale, nel senso di scarsamente vincolata, dell'attività di indagine del pubblico ministero, quest'ultimo sia ad ogni modo sottoposto a limiti di carattere oggettivo/funzionale che, da una parte, gli impediscono di disporre la consulenza per fatti estranei al *thema probandum* (art.187) o comunque non richiedenti specifiche competenze tecniche, scientifiche, artistiche (art.220), e, dall'altra, gli precludono l'ammissione dell'indagine specialistica per scopi preclusi dall'ordinamento (vedi art. 220.2).

Particolarmente illuminante è la regolamentazione degli accertamenti tecnici non ripetibili che riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a

⁹¹ Siamo di fronte ad un'altra possibile ipotesi di inutilizzabilità atipica o inutilizzabilità effetto, categoria designata da GALANTINI ed oggetto di approfondimento nel pgf.6: la peculiarità della stessa sta nel fatto che l'inutilizzabilità non dipende a monte da una prescrizione legale, ma da una decisione giudiziale.

⁹² GREVI, Prove, cit. pag. 169

modificazione: il Vc. dell'art 360 prescrive l'inutilizzabilità -in dibattimento⁹³- dei risultati degli accertamenti eseguiti in assenza dei presupposti richiesti. Intrinseco a questo disposto sembra essere l'intento di tutelare comunque il diritto di difesa, per la cui garanzia è predisposta quella sorta di veto che si manifesta attraverso l'eventuale riserva di promuovere incidente probatorio (art.360.4 in combinato con l'art.392.1 lett.f).

4.7. Prove documentali

La prova documentale rappresenta una delle principali fonti sulle quali si articola il procedimento penale. Il codice non contiene una definizione espressa di documento, anche se questa la si può ben ricavare dall'**art.234** cpp, che parla di "scritti o altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo".

La sua accezione dunque è talmente estesa da non consentire limitazioni che non trovino espressi appigli testuali. Si fa riferimento a quell'opinione dottrinale sostenuta all'avvento del codice in merito all'inutilizzabilità di un documento contenente una dichiarazione, dal momento che in caso contrario sarebbe violato il principio di oralità. In materia si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza interpretativa di rigetto n.142 del 1992, precisando che l'art.234 non distingue tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni: pertanto, il documento contenente una dichiarazione può costituire prova dei fatti in esso asseriti.

D'altra parte, a presidio del supremo canone dell'oralità che informa il nuovo codice accusatorio, si può invocare la II parte dell'art.111.4 Cost., introdotta con la l.cost. n.2/99 e rafforzata sotto il profilo sanzionatorio dell'inutilizzabilità dal neo c.1bis dell'art.526 cpp, a sua volta inserito con la l.63/2001: "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi, per sua libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio dell'imputato o del difensore."

Da queste considerazioni si ricava implicitamente l'esistenza di un diritto dell'imputato a confrontarsi con l'autore della dichiarazione, eventualmente contenuta in un documento.

L'acquisizione del documento⁹⁴ quale elemento di prova su cui il giudice fonda le sue valutazioni di merito deve essere preceduta dal giudizio di ammissibilità del medesimo in rapporto ai divieti probatori previsti per legge: la sanzione dell'inutilizzabilità viene a colpire la prova pur ritualmente assunta, se la procedura di ammissione risulta invalida. In tal senso va colto il riferimento all'interno degli artt. 234.1 e 3, 235, 236, 238, 240 alla formula "acquisizione", che peraltro richiama l'omonima formula contenuta nell'art.191

⁹³ Si tratta di un'ipotesi di inutilizzabilità relativa, in quanto operante nella sola fase -eventuale- del dibattimento.

⁹⁴ Bisogna evitare di confondere i documenti intesi come i risultati della prova documentale e gli atti del procedimento: i primi si caratterizzano per essere degli elementi esterni, formati al di fuori del procedimento - non necessariamente prima dell'inizio dello stesso- e che vi fanno ingresso attraverso la procedura di acquisizione (relazione al Progetto Preliminare dell'attuale codice di rito).

cpp. Ferma la preliminare valutazione di pertinenza del mezzo di prova rispetto all'“oggetto della prova” (combinato disposto artt.187 e 190), limiti specifici si rinvengono nella disciplina predisposta dagli artt.234 e ss.

Espressione della medesima *ratio* dell'art.194.3 dettato per la testimonianza, il **234.3** sancisce il divieto di acquisizione di documenti che contengono informazioni sulle voci correnti del pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità in generale delle parti.

Ribadito è il divieto, già presente nel precedente codice (art. 141 cpp 1930)⁹⁵, di utilizzazione del documento anonimo che non costituisca corpo del reato o che non provenga comunque dall'imputato (**art.240**, richiamante gli artt. 235 e 237). Alla norma citata fa riferimento anche l'art.333.3 relativo all'uso, limitato, delle denunce anonime.

Particolare attenzione viene dedicata dall'**art.238** cpp all'“acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale”, che viene avvertita⁹⁶ come una “categoria intermedia fra prove precostituite e prove costituende”, come un momento di raccordo tra le contrapposte esigenze di fruire dei risultati probatori maturati in altri procedimenti e garantire, comunque, il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Se nel l.c. si ammette la possibilità di utilizzare i verbali di prove di altro procedimento penale, limitatamente a quelle formate in un contesto garantito (*id est*, incidente probatorio ovvero dibattimento), nel II c. tale possibilità è estesa anche alle prove raccolte in un procedimento civile, a condizione che si sia concluso con sentenza irrevocabile. Se poi si tratta di verbali di prove contenenti dichiarazioni contro l'imputato, il c.2bis vincola la loro utilizzazione alla circostanza che il suo difensore abbia partecipato all'assunzione della prova ovvero, in caso di sentenza civile definitiva, questa faccia stato anche nei confronti dell'imputato.

Resta salva la regola generale secondo la quale è comunque ammessa l'acquisizione di documentazione di atti che non sono ripetibili; e se l'irripetibilità è sopravvenuta, l'acquisizione è ammessa se i fatti o le circostanze che hanno determinato il sopravvenire dell'irripetibilità siano imprevedibili⁹⁷.

Al di fuori di queste ipotesi, il IV c. precisa che ai fini dell'utilizzabilità dei verbali di prove di altri procedimenti è necessario il consenso dell'imputato⁹⁸: in sua mancanza, la loro utilizzazione sarà limitata alle contestazioni dibattimentali.

Divieto probatorio implicito può essere colto dall'analisi dell'**art.238bis**, che regola l'acquisizione in giudizio delle sentenze divenute irrevocabili. Questa è

⁹⁵ Divieto analizzato nel Cap.I pgf.2 sull'*excursus storico* della categoria dell'inutilizzabilità.

⁹⁶ GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, pag.413; vedi anche NOBILI, La nuova procedura penale, pag. 218.

⁹⁷ Art. 512 cpp, concretizzazione specifica dell'art.111.5 Cost. nella parte in cui fa riferimento all' “accertata impossibilità di natura oggettiva”.

⁹⁸ Si tratta dell'altra eccezione generale alla regola aurea della formazione della prova in contraddittorio, enucleata dal V c. dell'art.111 Cost. (consenso dell'imputato)

infatti limitata “ai fini della prova di (un) fatto in esse accertato”, e comunque sono valutate a norma degli art.187 e 192.3 cpp (sono richiesti cioè dei riscontri probatori estrinseci che ne confermino l’attendibilità).

4.8. Ispezioni

Mezzo di ricerca delle “tracce e degli altri effetti materiali del reato”, come tutti gli altri mezzi di ricerca della prova lega la sua efficacia alla sua dimensione di atto da svolgersi “a sorpresa”.

Il ricorso a tale strumento di natura prettamente investigativa trova una regolamentazione più esigua nella parte generale (artt.244-246), alla quale si contrappone la specificità delle previsioni riferite allo stesso atto -ma valide normalmente anche con riferimento alle perquisizioni- compiuto in sede di indagine dall’autorità inquirente (art.364) ovvero eseguito in particolari contesti spazio-temporali (si fa l’esempio dell’art.103, ispezioni e perquisizioni negli uffici dei difensori).

La disposizione introduttiva, dal momento che prescrive quale condizione applicativa la necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato, richiede un raccordo con l’art.187, restringendone la portata: i criteri di ammissibilità dell’ispezione sono quelli specificamente indicati nell’art.244.1, mentre non si applicano i criteri generali di ammissibilità indicati negli artt.190-187.

Dall’esame delle norme generali si constata una sostanziale assenza di prescrizioni idonee a fissare in termini concreti divieti probatori o regole dalla cui violazione possa scaturire un limite di utilizzabilità⁹⁹.

Ipotesi specifiche di inutilizzabilità si rinvencono invece nella situazione particolare dell’ispezione -e perquisizione- compiuta negli uffici del difensore: l’intero art.103 è costellato di previsioni¹⁰⁰ che chiaramente sono da inquadrare in termini di divieti probatori, tanto che l’espressa sanzione dell’inutilizzabilità imposta dal VIIc. può risultare addirittura superflua alla luce dell’immediata riconducibilità dei divieti al disposto generale dell’art.191 cpp. Le ipotesi di nullità hanno un carattere residuale e sono invece dettate con riferimento alle prescrizioni contenute nei commi III (mancato avviso al consiglio dell’ordine forense del luogo circa l’imminente compimento dell’atto di ispezione, perquisizione o sequestro, funzionale alla possibilità di assistervi riconosciuta al Presidente o ad un consigliere da lui delegato) e IV (omessa motivazione del decreto di autorizzazione di cui al 103.4, in quanto ricadente nella sfera del 125.3).

⁹⁹ Una specifica fattispecie di inutilizzabilità si rinviene nell’art.343.2 e 4. Si veda la precedente nt.43.

¹⁰⁰ Casi tassativi in cui è consentito l’atto a sorpresa negli uffici del difensore (c.I); gli altri commi invece prescrivono l’inutilizzabilità con riferimento al sequestro (c. II e VI), all’intercettazione (c.V), al controllo della corrispondenza (c.VI).

4.9. Perquisizioni

Come risulta testualmente¹⁰¹ dalla *Relazione al Progetto Preliminare*, la disciplina della perquisizione si distingue per “il rafforzamento delle dimensioni garantistiche dell’istituto” anche al fine di effettuare un “adeguamento della normativa ai principi costituzionali” -art.14 Cost.- : tali garanzie sono insite nelle disposizioni contenute nella parte generale di cui agli artt. 247-252, ma sono ritenute applicabili alle attività compiute in sede di indagini preliminari (è questa la sede principe ove avvengono) da parte del p.m. (art.365) e della p.g. (artt.352 e 247.3).

Come già rilevato a proposito delle ispezioni, va ribadito che, a fronte della normativa ordinaria non risultano enucleate espresse fattispecie di inutilizzabilità, che sono invece presenti nella normativa peculiare sulle perquisizioni negli uffici del difensore (art.103, *vedi pgf. precedente*), oltre che nel già menzionato art.343.2 e 4 (*vedi prec. nota 43*).

All’inosservanza dei disposti contenuti nelle regole generali in materia non dovrebbe ricollegarsi la sanzione più grave, dal momento che solo apparentemente sottendono un divieto probatorio. E’ l’esempio della violazione dei limiti temporali fissati dall’art.251 cpp per le perquisizioni domiciliari; analogamente, lo stesso si può dire con riguardo alla mancata attuazione di quella procedura agevolata che potrebbe esplicitarsi ogniqualvolta la perquisizione abbia ad oggetto una cosa determinata: la decisione di invito alla consegna rappresenta un atto discrezionale dell’autorità giudiziaria procedente (art.248).

Discussa è invece la situazione nella quale si materializzi una violazione dell’art.249.2 -a sua volta richiamante la formula dell’art.245.2 valida con riferimento alle ispezioni- : le due norme rientrano nel solco dell’art.188 che tutela la libertà morale della persona nell’assunzione della prova, dunque rispondere all’interrogativo circa la natura o meno di divieto probatorio implica una valutazione a monte sulla fisionomia dell’art.188 cpp. Secondo l’accreditata opinione della Galantini¹⁰², non saremmo di fronte ad un divieto probatorio comportante il grave effetto invalidante dell’inutilizzabilità.

Dall’esame delle disposizioni circa le perquisizioni disposte con decreto motivato dal p.m. in fase di indagini preliminari (art.365), sul piano sanzionatorio possiamo agevolmente concludere nel senso che la violazione delle prescrizioni ivi contenute (a tutela del diritto di assistenza difensiva nel corso del compimento delle operazioni) sia da ricondurre al piano della nullità ex art.180.

Con precipuo riferimento alle perquisizioni eseguite in fase di indagini dagli organi di polizia giudiziaria, è bene distinguere tra l’atto compiuto ad iniziativa degli ufficiali di p.g. (art.352) e quello realizzato su delega del p.m. (artt.247.3

¹⁰¹ pag.68 Rel. Prog. Prel.

¹⁰² Sul punto, GALANTINI, L’inutilizzabilità della prova nel processo penale, cap.II sez.I nt.237.

e 370). In particolare, sul piano delle perquisizioni compiute autonomamente l'art.352 contiene una serie di condizioni la cui violazione sottintende l'inutilizzabilità dei risultati irrisultatamente ottenuti. Alla necessaria osservanza degli stretti presupposti indicati ai fini dell'ammissibilità dell'atto (Ic.) si somma l'ulteriore condizione dell'urgenza nelle ipotesi del IIc. Circa la natura, di divieto probatorio corroborato da inutilizzabilità o meno, del IVc si discute; ma ritengo che la posizione preferibile sia quella più rigorosa che inquadri tale disposizione alla stregua di un divieto *ex lege*: risulterebbero altrimenti elusi i presupposti di ammissibilità dell'atto, senza i quali non potrà disporsi la convalida ad opera dell'autorità giudiziaria. La giurisprudenza di merito diversamente concepisce la diversa e parallela ipotesi in cui la convalida vi sia stata, seppur tardivamente: in questo caso non si integrerebbe l'inutilizzabilità dell'atto.

Volendo d'altra parte focalizzare l'attenzione sul profilo della perquisizione delegata agli organi di p.g. ex art. 370 cpp, causa di invalidità è rappresentata per l'appunto dall'assenza *tout-court* ovvero dalla natura viziata nei suoi requisiti sostanziali o formali della delega. La giurisprudenza si è pronunciata nel senso della sussistenza dell'inutilizzabilità.

4.10. Sequestri

Il nostro ordinamento conosce tre diverse forme di sequestro: conservativo (art.316 e ss.), preventivo (art.321 e ss.) e probatorio (artt.253 e ss.). Il minimo comun denominatore è rappresentato dalla circostanza di costituire un vincolo di indisponibilità su una cosa mobile o immobile determinata, spossessandone coattivamente il proprietario o il possessore. Diforme è la finalità: le prime due ipotesi di sequestro rientrano tra le misure cautelari reali; quella che interessa alla nostra analisi è il sequestro probatorio, consistente nell'acquisizione al procedimento del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato. Pertanto, ai fini della legittimità dell'atto si esige che esso sia diretto al vincolo di un tale oggetto.

Sul piano dei vizi conseguenti all'inosservanza delle prescrizioni funzionali al legittimo compimento dell'atto in fase investigativa (per la p.g. la competenza a procedere e le relative condizioni da osservare si desumono dal 354.2; per il p.m. i limiti al potere di sequestro derivano dal disposto generale ex art.253), anche qui possiamo ribadire che non esistono previsioni di inutilizzabilità contemplate nella disciplina generale; d'altra parte, merita un richiamo la suindicata disposizione che regola le "garanzie di libertà del difensore" (art.103 cpp): nelle ipotesi in cui è consentito procedere *ex lege* al sequestro presso gli uffici dei difensori (IVc.), risulta stabilito a pena di inutilizzabilità (VIIc.) che l'organo legittimato alla materiale esecuzione dell'atto sia -in corso d'indagini- il pubblico ministero in forza di un decreto motivato del giudice per le indagini preliminari.

In caso di sequestro -così come di ogni altro atto a rilevanza probatoria- disposto dal giudice incompetente, l'art.26.1 precisa che l'atto in questione

non è inficiato da alcuna invalidità, purché ovviamente non risultino viziate le regole di esclusione probatoria.

Nella sentenza n.3/1996 (Sala) le Sezioni Unite affrontano lo specifico tema relativo al riconoscimento degli effetti conseguenti al riconoscimento di una perquisizione illegittima rispetto all'utilizzabilità della prova rinvenuta nel corso della sua esecuzione e sulla quale si sia disposto il vincolo di sequestro. Si faccia presente che la tematica dell'inutilizzabilità derivata sarà oggetto di attento esame nel successivo *Cap.IV Sez.I pgf.5*.

La Corte precisa che esiste una relazione tra perquisizione e sequestro che non si esaurisce alla mera consequenzialità cronologica, ma si estende al profilo logico e funzionale: la perquisizione è lo strumento giuridico attraverso il quale si rende praticabile il sequestro¹⁰³. Con la naturale conseguenza che l'utilizzabilità dell'oggetto sequestrato è influenzata dalle preliminari attività che ne sono alla base, restando subordinata all'esecuzione di un legittimo procedimento acquisitivo. I vizi del procedimento di acquisizione, dal momento che incidono negativamente sull'esercizio di diritti soggettivi irrinunciabili oltre che indisponibili, non possono non propagare i loro effetti sul risultato che, attraverso quella trafila procedimentale, sia stato conseguito.

(Nel caso di specie, la censura promossa dal ricorrente non è stata accolta perché ricorreva l'unica ipotesi in cui si verifica un cedimento di una disciplina improntata al rigoroso rispetto della legalità nella procedura di perquisizione: il bene sequestrato costituiva il corpo del reato, e rientra quindi tra gli elementi rispetto ai quali il sequestro è imposto ex lege come obbligatorio - artt.253.1, 235, 103, 240-).

4.11. Intercettazioni. La sentenza Torcasio

Come abbiamo visto nel Cap.I trattando degli esordi normativi della categoria, uno dei primi settori nei quali l'inutilizzabilità inizia a prendere corpo è proprio quello delle intercettazioni telefoniche (art.226**quinquies** cod.abr.). Le intercettazioni, infatti, da sempre hanno rappresentato l'*humus*¹⁰⁴ nel quale l'inutilizzabilità si è sviluppata, trovando progressivamente la propria fisionomia.

Ad aprire la strada verso l'attuale disciplina furono le affermazioni contenute nella commentata¹⁰⁵ sentenza costituzionale n.34 del 1973, che aveva rappresentato un punto fermo nella soluzione del problema circa l'efficacia delle prove assunte in violazione di disposizioni legislative. L'art.15 Cost. rappresenta la fonte di un espresso divieto probatorio relativo alle

¹⁰³ Anche volendo limitare l'analisi al mero dato statistico, emerge evidente come la stragrande maggioranza di sequestri risulti conseguenza di una prodromica attività di perquisizione.

¹⁰⁴ L'espressione è di C. CONTI, Intercettazioni ed inutilizzabilità, articolo pubblicato in Cassazione Penale, fascicolo 10, 2011.

¹⁰⁵ Vedi supra Cap.I pgf. 2.3 lett.b)

intercettazioni abusive, tanto da far concludere nel senso della sussistenza di quella categoria di prove, definite “incostituzionali”¹⁰⁶, alle quali si applica la drastica conseguenza dell’inutilizzabilità. E’ all’art.15 Cost. che si affida il ruolo di mediazione tra i due interessi contrapposti entrambi oggetto di inquadramento costituzionale della libertà e segretezza delle conversazioni e corrispondenza, da un lato, e dell’esigenza di reprimere (e prevenire) i reati, dall’altro. Il *trade off*, ovvero il più scrupoloso ed attento bilanciamento tra questi due valori primari è rimesso alla previsione costituzionale di una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, alla quale risulta subordinata la disposizione di questo tanto delicato quanto efficace mezzo di ricerca della prova¹⁰⁷.

Il legislatore del 1974 recepiva parzialmente le indicazioni contenute nella sentenza in oggetto, limitando l’applicazione dell’inutilizzabilità alle sole ipotesi di prove assunte in violazione del diritto di difesa in quanto poste a garanzia della legalità del procedimento (per la Corte Costituzionale sarebbe incostituzionale ogni prova assunta in violazione del diritto di difesa, a prescindere dalla specifica finalità coinvolta).

L’intera materia infatti risulta polarizzata sul conflitto tra libertà ed autorità, tra garanzia dei diritti di espressione individuale ed esigenze accertative di carattere pubblicistico.

Forte delle indicazioni del Giudice delle Leggi, la nuova formulazione dell’art.226*quinquies* sanciva a pena di nullità insanabile e non soggetta a limiti di rilevazione l’inutilizzabilità delle “intercettazioni effettuate fuori dai casi consentiti dalla legge o eseguite in difformità delle prescrizioni in essa stabilite”: la sanzione veniva quindi ad incidere su qualsiasi deviazione del modello legislativo e le regole concernenti le modalità di formazione della prova assumevano il ruolo di condizioni di legittimità. Emerge l’insufficienza dell’inutilizzabilità come categoria autonoma, testimoniata dal fatto che il legislatore vi ha affiancato la tradizionale sanzione della nullità assoluta, posta la volontà di escludere l’eventuale sanatoria e prevenire l’operare di quella prassi giurisprudenziale tendente a derubricare a mera irregolarità improduttiva di effetti processuali ogni violazione di norme non assistita da espressa nullità.

Oltre alle intercettazioni irrituali, erano in ogni caso ovviamente escluse le intercettazioni *extra legem* e *contra legem*.

Ancor più rigoristica si atteggia la formulazione attuale dell’art.271 cpp al quale il legislatore affida il compito di inquadrare il destino dei risultati delle intercettazioni “qualora siano eseguite al di fuori dei casi consentiti dalla

¹⁰⁶ La tematica sarà affrontata nel prossimo Cap.IV Sez.I pgf.9

¹⁰⁷ Così, le SSUU nella sent. del 2003, Torcasio ed altro.

legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267¹⁰⁸ e 268.1 e 3¹⁰⁹”.

L'inflessibilità della nuova formulazione non risulta affatto alleggerita dalla mancata riproposizione del rinvio *ad adiuvandum* alla sanzione della nullità: il suo inserimento sarebbe stato incongruente in un sistema che espressamente contempla una sanzione *ad hoc* per le “prove illegittimamente acquisite” (art.191). D'altra parte, è chiaro che ove non si integrasse la sanzione estrema, non è esclusa la possibilità che si materializzi la forma di invalidità meno grave a fronte di inadempimenti successivi ad operazioni ritualmente compiute.

Invero bisogna riconoscere che la sanzione, già di per sé rigorosa dell'inutilizzabilità, se non è stata -giustamente- rafforzata dalla previsione della nullità, è invece supportata dalla garanzia della distruzione, in ogni stato e grado del processo, della documentazione delle intercettazioni *contra legem*, a meno che non costituiscano corpo del reato (art.271.3 cpp).

A fronte di uno strumento di ricerca delle prove dalle potenzialità così invasive oltre che efficaci, il legislatore si è premurato di estendere dal punto di vista qualitativo oltre che quantitativo l'operatività dei divieti di utilizzazione dei risultati dell'atto: faccio riferimento alla previsione contenuta nell'art.270.2 e predisposta al fine di garantire continuità logica e coerenza al sistema -“non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a comunicazioni o conversazioni delle persone indicate nell'art.200.1, quando hanno ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati”-; faccio altresì riferimento alle restrittive condizioni entro le quali è concepibile l'utilizzo in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni: l'art.270 fissa la regola dell'inutilizzabilità, “salvo che (questi) risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza di reato”.

Diverso e più complesso è il discorso¹¹⁰ relativo alla possibilità di utilizzare *in bonam partem* le intercettazioni illegittime. Il testo normativo non fornisce indicazioni sufficienti per rispondere al quesito, ed è proprio alla luce dell'assenza di un esplicito divieto, e incoraggiata dalla volontà di perseguire esigenze di equità e di giustizia sostanziale, che una parte della dottrina si pronuncia a favore di questa eventualità. Resta il rilievo -ineccepibile- per cui l'utilizzabilità *in bonam partem* verrebbe a dipendere dalla circostanza del

¹⁰⁸ Il I c. dell'art.267 enuclea quelli che sono i presupposti necessari ai fini della disposizione delle intercettazioni: è necessario che siano emersi gravi indizi di reità (formula evidentemente meno stringente della parallela formula “gravi indizi di colpevolezza” enucleata dall'art.273 per le misure cautelari) e che sia provata l'indispensabilità dell'intercettazione ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini.

¹⁰⁹ L'art.268 è dedicato all' “esecuzione delle operazioni”: il I c. richiede la registrazione delle comunicazioni intercettate, il III c. regola il luogo di svolgimento delle operazioni, prescrivendo delle condizioni più severe quando, non essendo possibile utilizzare gli impianti della procura, si debba usufruire di impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

¹¹⁰ Per un'analisi compiuta della problematica, si veda il Cap.IV sez.II pgf.3.1

tutto fortuita della mancata distruzione della documentazione, in spregio alla previsione contenuta nel IIIc. dell'art.271 cpp.

Abbiamo affrontato in maniera compiuta la tematica relativa all'inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite *contra legem*, senza però aver precisato il concetto stesso di intercettazione. Il codice non fornisce una definizione compiuta. Quale migliore strumento se non l'esegesi offertaci dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per inquadrare in maniera consapevole la tematica?

Si vuole prendere in esame la nota pronuncia n.36747 del 28 maggio 2003, *Torcasio ed altro*, nella quale le Sezioni Unite vengono sollecitate a pronunciarsi sul tema e a sciogliere i nodi interpretativi che dividevano la giurisprudenza. Per la verità, le difficoltà di inquadramento sistematico sono un immediato corollario del florilegio di situazioni che possono concretizzarsi nei casi concreti.

Ad ogni modo, per la prima volta l'illustre consesso specifica i requisiti necessari perché un'operazione di intercettazione possa essere qualificata come tale:

- esistenza di una comunicazione interprivata tra soggetti, col preciso intento dell' "*excludendi alios*" dal contenuto della comunicazione e secondo modalità tali da tenere quest'ultima segreta. Si deve infatti trattare di un'espressione del pensiero rivolta ad un soggetto determinato ed effettuata in modo discreto: se è percepibile da soggetti terzi ed indeterminati (es. parlando ad alta voce in pubblico, servendosi di onde radio liberamente captabili) non è integrato il concetto di "corrispondenza" o "comunicazione", bensì quello di "manifestazione", con l'effetto di rimanere al di fuori del fenomeno in esame, e di rientrare nell'ambito dell'art.21 Cost. piuttosto che dell'art.15 Cost.;
- necessario utilizzo di strumenti di percezione tecnici e altamente specialistici, sufficientemente invasivi ed insidiosi da poter superare almeno le elementari cautele che dovrebbero garantire la libertà e la segretezza della conversazione tra i colloquanti. Non a caso il legislatore prescrive, a pena di inutilizzabilità, che le operazioni di intercettazione siano compiute, di norma, presso gli impianti della procura (art.268.3) e solo eccezionalmente mediante impianti di pubblico servizio;
- terzietà del soggetto captante, che viola in modo clandestino la segretezza della conversazione.

Nel caso di specie, si discuteva circa la possibilità di ricondurre alla disciplina delle intercettazioni l'operazione di registrazione fonografica di una conversazione compiuta ad opera di uno degli interlocutori (nello specifico, un agente della p.g.). L'esistenza di un contrasto interpretativo in seno alla giurisprudenza di legittimità ha portato all'investitura delle Sezioni Unite, che

hanno aderito all'interpretazione maggioritaria secondo la quale la registrazione fonografica di una conversazione o comunicazione ad opera di uno degli interlocutori -non importa se operatore di p.g. o privato- all'insaputa degli altri non costituirebbe intercettazione, difettandone il requisito essenziale della terzietà del captante.

Il supremo collegio specifica infatti che la registrazione di un colloquio, in quanto rappresentativa di un fatto, integra in effetti una prova, essendo inquadrabile nell'ampio disposto dell'art.234.1 cpp: è questo il valore probatorio del "documento fonografico", che se acquisito in maniera rituale è pienamente utilizzabile.

Ma se ai fini della qualificazione della prova come prova documentale non assume rilievo discriminante il titolo con il quale opera il soggetto captante - privato ovvero operatore di p.g.-, lo stesso non può dirsi con riferimento al relativo regime di utilizzazione della prova così raccolta. Come si evince dal principio di diritto enucleato al termine della riflessione, la registrazione fonografica effettuata clandestinamente dal personale di polizia giudiziaria e rappresentativa di colloqui intercorsi con tra lo stesso ed i suoi confidenti o persone informate sui fatti o indagati non è utilizzabile, perché urta contro i divieti di cui agli artt. 63.2, 189, 191, 195.4 e 203 cpp, oltre a stentare a conciliarsi col disposti dell'art.188, per l'ovvio sospetto di rischi di possibili insidie di natura fraudolenta che possono incidere sulla libertà morale della persona.

Tale posizione verrà poi ripresa ed ampliata dalla dottrina, che formulerà a riguardo il **principio di non sostituibilità**¹¹¹, secondo il quale è vietato il ricorso ad altri strumenti processuali, tipici o atipici, che possano sortire l'effetto di aggirare ed eludere gli sbarramenti *ex lege* previsti in materia e sanzionati con la prospettiva dell'inutilizzabilità.

Non si può disconoscere il ruolo determinante che la giurisprudenza della Suprema Corte riveste in materia, stretta nel circolo vizioso creato dalla coesistenza di un codice datato, dall'inerzia di un legislatore indifferente, da una normazione che fatica a stare al passo con le costanti accelerazioni tecnologiche, da una Corte Costituzionale che propone impostazioni innovative che necessitano di una convinta recezione da parte della prassi giurisprudenziale. Ad oggi, sembrano vani i richiami della Corte EDU, che sollecita il nostro ordinamento verso una maggiore prevedibilità delle decisioni.

In un quadro così costantemente *in fieri*, la magistratura, specialmente quella di legittimità della Corte di Cassazione, sta giocando un ruolo multiforme e vitale, che va dall'interpretazione adeguatrice rispetto ai parametri costituzionali alla garanzia di conoscibilità e prevedibilità del diritto fino al

¹¹¹ In proposito, CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel procedimento penale; RAFACI, Ricognizione informale dell'imputato e pretesa fungibilità delle forme probatorie. Tale principio sarà oggetto di esposizione nel successivo Cap.IV Sez.I pgf.6.

completamento ed aggiornamento di un sistema codicistico che si è rivelato a più riprese superato e lacunoso.

4.12. Prova atipica ed inutilizzabilità. La sentenza Prisco

Altra questione che il compilatore ha dovuto affrontare riguarda la posizione nella quale attestarsi nella scelta tra la ferma adesione ad un rigido principio di tassatività della prova e l'incoraggiamento del principio di libertà delle forme. Si è optato per una soluzione intermedia, che trova la sua consacrazione nell'art.189: "quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea all'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona".

Vengono ad essere così richiamati e resi immediatamente precettivi i canoni della pertinenza-rilevanza al *thema probandum* di cui all'art.187 e del rispetto della libertà morale della persona nell'assunzione della prova (art.188).

La disciplina è poi completata dal Ilc, che precisa che le modalità di concreta acquisizione sono definibili in contraddittorio dalle parti, sentite dal giudice.

L'atipicità del mezzo di prova e la mancata codificazione delle modalità acquisitive non consentirebbe mai di cogliere divieti probatori. Si creerebbe una sorta di "terra di nessuno"¹¹² proprio in un settore in cui è fortemente avvertita un'esigenza di garanzia e di legalità. Ecco perché in tale contesto il ruolo delle parti è evidentemente incisivo, in quanto dalla loro volontà può dipendere la fissazione di regole che, incidendo sulla prova *ex se* ovvero sul metodo probatorio, introducono limiti all'utilizzazione della prova innominata. Le parti -ed il giudice- sono gli artefici della creazione di parametri e canoni speciali, cosicché il loro mancato adeguamento può comportare l'operatività di quella conseguenza da taluno definita "inutilizzabilità-effetto"¹¹³ (secondo la quale troverebbe applicazione l'art.191.2).

Ad ogni modo, non troppo velato è il rischio che, attraverso indebiti o impropri richiami a prove atipiche, si raggiunga un'efficacia sanante della prova acquisita in presenza di divieti di legge. Occorre quindi una precisazione: il riferimento alla violazione di legge dovrà essere effettuato avendo riguardo alle regole dettate per le prove analoghe. Diversamente, risulterebbe impossibile valutare la contrarietà alla legge di una prova che la stessa legge non disciplina, con il rischio che la prova innominata diventi un *excamotage* per introdurre surrettiziamente nel processo prove altrimenti illegittime¹¹⁴.

Anche la categoria della prova atipica presuppone pur sempre la "formazione lecita della prova"¹¹⁵.

¹¹² L'espressione è di paternità di R.DINACCI, V.III Cap.47 de La prova penale, trattato breve diretto da A.Gaito.

¹¹³ Come vedremo più diffusamente nel Cap.III pgf.6, GALANTINI distingue tra ipotesi tipiche di inutilizzabilità, o inutilizzabilità sanzione, ed ipotesi atipiche di inutilizzabilità, nelle quali l'inutilizzabilità viene in rilievo solo come effetto. Tra queste, si cita anche l'art.189.

¹¹⁴ NOBILI, La nuova procedura penale, pag.120.

¹¹⁵ Nota alla sent. Prisco di DI BITONTO, in Cass. Penale, n.9 del 2006.

Emblematica in tal senso è la sentenza *Prisco* del 28 Marzo 2006 nella quale le Sezioni Unite hanno cercato di riordinare la materia delle intercettazioni operando del distinguo dei diversi regimi delle riprese video a seconda della natura -pubblica o privata- del luogo ove queste avvengano.

Con espresso riferimento alle riprese eseguite in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la Suprema Corte ha affermato che le videoriprese non comunicative effettuate al di fuori di un procedimento penale sono acquisibili come prova documentale ex art.234 c.p.p., mentre quelle eseguite nel corso delle indagini, poiché di fatto documentano un'attività investigativa (al pari, si dice, delle operazioni di appostamento e pedinamento), sono acquisibili in giudizio come **prova atipica** ai sensi dell'art.189 c.p.p., non essendovi nel codice una disposizione apposita che regolamenti questo atto di indagine.

Diversa, invece, è la situazione nel caso in cui le riprese siano state realizzate in luoghi di privata dimora o in luoghi in cui una persona possa vantare una legittima aspettativa di privacy (ad es. una toilette pubblica): in entrambe le ipotesi, infatti, le norme costituzionali poste a tutela del domicilio (art.14) e della riservatezza (art.2) impongono limitazioni all'esercizio di un eventuale contrapposto diritto altrui, pubblico o privato che sia.

Ed infatti, se da un lato le Sezioni Unite, richiamandosi alla sentenza n.135/2002 della Corte Costituzionale, precisavano che la normativa sulle intercettazioni non potesse estendersi alla captazione di immagini non comunicative neppure in caso di videoriprese effettuate di luoghi tutelati dall'art.14 Cost. (per difetto di un espresso dettato legislativo sul punto), tuttavia, d'altro lato, affermavano che: "... se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede ... possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio e che inoltre per le riprese di comportamenti non comunicativi possano valere regole meno garantiste di quelle applicabili alle riprese di comportamenti comunicativi".

Per dipanare la matassa, la Cassazione forniva pertanto la seguente interpretazione *de iure condito*: nel caso di videoriprese endo-processuali effettuate in luoghi di privata dimora il giudicante, facendo corretta applicazione dell'art.189 c.p.p., non deve ammettere la prova in quanto vietata dalla legge (art.190 c.p.p.), mentre nell'ipotesi di videoriprese extra-processuali la prova documentale deve essere dichiarata inutilizzabile in quanto illegittimamente acquisita ai sensi dell'art.191 c.p.p.

Quest'ultimo assunto si basa, a sua volta, su di un'interpretazione estensiva dell'art.191 c.p.p. così come delineata dalla sentenza n.34 del 1973 in cui la Corte Costituzionale stabilì che: "le attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito". Si trattava della prima enucleazione del principio delle c.d. prove incostituzionali, principio poi ripreso ed elaborato, in materia penale, dalla Cassazione nelle pronunce a

Sezioni Unite n.3/1996 e n.28/1998, le quali hanno sancito che il disposto dell'art.191 c.p.p., nella parte in cui prevede che le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate, debba essere interpretato nel senso che la locuzione "divieti stabiliti dalla legge" comprenda non solo i divieti stabiliti dalle norme processuali, ma anche quelli rinvenibili in altri settori dell'ordinamento, in primo luogo nella Costituzione.

Nel caso di specie, "le riprese visive nei camerini, i c.d. *prives*, non sono inibite perché i camerini non costituiscono un domicilio. Essi tuttavia rappresentano un luogo nel quale si svolgono attività destinate a rimanere riservate, rispetto alle quali indagini con le modalità intrusive adottate richiedevano un congruo provvedimento giustificativo. Nella specie, però, un provvedimento del genere manca: c'è una richiesta del p.m. al g.i.p. di autorizzazione a disporre le operazioni di ripresa visiva all'interno del locale seguita da un provvedimento del g.i.p. (...) nel quale si autorizza il p.m. a disporre le operazioni di intercettazione. Perciò, non solo manca una motivazione sulle ragioni che avrebbero potuto giustificare una ripresa visiva ma manca anche un consapevole provvedimento autorizzativo, visto che quello emesso riguarda espressamente una intercettazione di conversazioni tra presenti.

In mancanza di provvedimento autorizzativo è da ritenere che la prova atipica, costituita dalle videoregistrazioni effettuate, si prospetti carente di un presupposto di ammissibilità e che quindi non possa essere adottata a giustificazione di una prognosi di responsabilità sorretta da gravi indizi di colpevolezza"¹¹⁶.

5. Riguardo al contenuto e all'estensione: i. assoluta e relativa; aspetti d'identità e profili di differenza con le categorie di i. fisiologica e patologica

Riprendendo il discorso sulle diverse sfaccettature che la categoria in esame può assumere, introduciamo la fondamentale dicotomia tra inutilizzabilità assoluta e relativa, [frutto dell'attività classificatoria della dottrina, che tende a creare delle categorie generali ed astratte che presentino una vocazione il più possibile omnicomprensiva](#): la distinzione assorbe infatti diversi profili della convergente relazione tra ipotesi fisiologiche e patologiche di inutilizzabilità.

La sua importanza capillare si spiega col fatto che la contrapposizione attiene al diverso modo di operare della categoria sotto il fondamentale profilo funzionale.

Talora, impedisce che la prova possa produrre qualsiasi effetto, come accade nelle ipotesi della testimonianza indiretta che non specifichi la fonte di provenienza (195.7) o del documento anonimo (240): si parla, perciò, di inutilizzabilità **assoluta**, o, il che è lo stesso, di inutilizzabilità come divieto¹¹⁷.

¹¹⁶ Estratto dal pt.10 della sentenza

¹¹⁷ Secondo la terminologia adoperata da GRIFANTINI nel Digesto delle discipline penalistiche alla voce Inutilizzabilità.

In altri casi, invece, l'inutilizzabilità non è assorbente, totalizzante e completamente paralizzante, ma opera solo parzialmente, precludendo l'uso della prova solo con riferimento a determinati atti, o a determinate fasi processuali, ovvero in relazione a determinati fini: si parla a proposito di inutilizzabilità **relativa** (o come regola d'uso¹¹⁸).

L'inutilizzabilità **assoluta** segna la volontà del legislatore di escludere *in toto* l'utilizzazione della prova: è una sorta di prova geneticamente inammissibile, che mai potrà legittimamente rientrare tra i materiali probatori sui quali il giudice potrà fondare il suo convincimento. Con l'inutilizzabilità assoluta si rinuncia alla conoscenza per proteggere interessi di rango più elevato di quelli strettamente processuali¹¹⁹: è il caso degli artt. 64.2 e 188 cpp che esprimono un rifiuto di metodi e tecniche che esplorano la psiche dell'individuo non già e non tanto per una valutazione di limitata attendibilità del risultato quanto principalmente per un rifiuto etico di soluzioni così invasive e spersonalizzanti; o ancora la disciplina delle intercettazioni, che in ossequio alla duplice riserva di legge e di giurisdizione tutela la libertà di comunicazione e di corrispondenza.

Se l'interesse protetto è particolarmente rilevante, l'inutilizzabilità viene rafforzata da rimedi materiali idonei a neutralizzare i possibili sviluppi di una prova vietata: ne sono esempi la distruzione della documentazione formata con intercettazioni illegittime (art.271.3) oppure la restituzione all'avente diritto della corrispondenza non sequestrabile (art.254).

Nelle ipotesi di inutilizzabilità **relativa**, invece, il legislatore configura delle regole di esclusione dalla portata limitata, a dimostrazione dell'adesione ad una **concezione relativistica** della prova. Il valore di una prova dipende dal contesto nel quale è acquisita e dall'uso verso il quale è rivolta: *la prova è un concetto di relazione*.

A loro volta, le previsioni di inutilizzabilità relativa si possono distinguere¹²⁰, a seconda della loro origine, in i. soggettive, oggettive e miste.

L'inutilizzabilità è relativa **in senso soggettivo** quando esprime un divieto d'uso con riferimento specifico soltanto ad alcuni dei soggetti nei confronti dei quali la prova potrebbe rilevare. E' l'esempio dell'art.63.1, a tenore del quale le dichiarazioni indizianti rese da persona non indagata e non imputata rese prima dell'avvertimento di rito "non possono essere utilizzate *contro la persona che le ha rese*".

A sua volta l'inutilizzabilità sotto il profilo **oggettivo** si può avere tanto con riferimento allo specifico **procedimento** in cui la prova è stata raccolta (es. art.238 per la prova documentale; art.270 per i verbali delle intercettazioni), quanto avuto riguardo ad un **fine specifico** (es. artt. 103.1 -per le

¹¹⁸ In questo senso, ancora GRIFANTINI, op.ult.citata.

¹¹⁹ Anche nel processo americano si è consci di questa distinzione, che è alla base della differenziazione delle *exclusionary rules* tra quelle di *intrinsic policy* e quelle di *extrinsic policy*, collegate cioè ad interessi superiori a quelli processuali.

¹²⁰ NAPPI, NOBILI e GRIFANTINI condividono questa ricostruzione.

perquisizioni ed ispezioni negli uffici del difensore, disposte solo *limitatamente ai fini* dell'accertamento del reato per il quale si procede o per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato-, 228.3 -gli elementi richiesti dal perito possono essere utilizzati *ai soli fini* dell'accertamento peritale-, 236 - documenti relativi al giudizio della personalità-, 346 -*uso limitato* come fonti di prova degli atti compiuti in mancanza di una condizione di procedibilità-, 350.5 -le s.i. sul luogo o nell'immediatezza del fatto sono raccogliibili *ai fini* dell'immediata prosecuzione delle indagini-, 430 -attività integrativa d'indagine da parte di p.m. e difensori *ai fini* delle rispettive richieste al giudice del dibattimento-), quanto soprattutto in considerazione della **fase del procedimento** all'interno della quale l'atto probatorio possiede validità (art.360.5: inutilizzabilità *in dibattimento* degli accertamenti tecnici comunque compiuti dal p.m. nonostante l'espressa riserva di parte di procedere ad incidente probatorio e comunque in assenza delle condizioni di indifferibilità dell'accertamento).

Un esempio di inutilizzabilità di tipo **misto**, connotata cioè dalla coesistenza di entrambi i momenti suindicati, si rinviene nella formulazione dell'art.403.1, che inquadra l'utilizzabilità *in dibattimento* (profilo oggettivo) delle prove assunte in incidente probatorio soltanto *nei confronti* degli imputati i cui difensori abbiano partecipato all'assunzione (profilo soggettivo).

Nel codice troviamo implicitamente descritta un'altra *summa divisio*, destinata ad intersecarsi con quella appena ricordata. Introduciamo l'importante contrapposizione¹²¹ tra i. **patologica** o **contra legem**¹²² e i. **fisiologica** o **secundum legem**.

Con l'espressione i. **patologica** si indica quel vizio che colpisce le prove acquisite in violazione dei divieti *ex lege* (art.191). Del resto, anche semplicemente riflettendo sulla portata semantica dell'inutilizzabilità si percepisce come questa non si addica tanto alla causa (violazione di un divieto di acquisizione) quanto all'effetto (in, cioè non, utilizzazione). Il termine indica in sé l'effetto del vizio, cioè il regime giuridico riservato alle prove viziate

I divieti previsti dalla legge sono espressione e concretizzazione di garanzie a tutela sia dell'attendibilità della prova, sia -fondamentalmente- a presidio dei diritti fondamentali dell'individuo. Questi ultimi, aventi natura soggettiva, prescindono dalla valutazione di attendibilità dell'elemento e costituiscono gli "sbarramenti etici" che l'ordinamento pone a sé stesso nell'accertare i fatti di reato¹²³. Componente oggettiva-epistemologica e soggettiva-etica possono anche concorrere nell'individuazione della *ratio* di un divieto probatorio: è il

¹²¹ Il primo a parlare in questi termini è stato AMODIO in Fascicolo processuale ed inutilizzabilità, contenuto in Lezioni sul nuovo processo penale.

¹²² Le formule in latino risalgono a NOBILI, La nuova procedura penale, pag.144.

¹²³ C.CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale; TONINI-CONTI, Il diritto delle prove penali.

caso dell'art.188 cpp, nel quale si ritiene, ad ogni modo, sia prevalente il momento soggettivo della libertà di autodeterminazione del soggetto interessato. Altri divieti sono invece posti a presidio di interessi superindividuali, comportando un limite all'accertamento (si pensi alle norme in tema di segreto di ufficio e di stato).

L'inutilizzabilità **fisiologica** è quella categoria che indica l'insieme degli atti di indagine che, pur formati ritualmente, in ossequio delle norme che disciplinano, tuttavia non possono essere utilizzati per la decisione dibattimentale perché assunti senza contraddittorio.

Siamo di fronte ad un limite non già naturalistico (alla luce di motivazioni di carattere oggettivo legate alla funzionalità dell'accertamento o soggettivo connesse al carattere etico dello stesso), bensì normativo, che si ricava dalle scelte di fondo del sistema processuale -dai connotati accusatori-, a loro volta orientate da opzioni epistemologiche: la prova formata in contraddittorio è quella che più si avvicina alla verità storica, perché consente a tutti gli interessati di partecipare nella sua ricostruzione.

Gli atti raccolti in maniera unilaterale nel corso delle indagini preliminari non sono, di regola, utilizzabili ai fini della decisione di merito (in quanto non costituenti prove legittimamente acquisite in dibattimento - art.526 cpp): si tratta di un'inidoneità intrinseca, fisiologica per l'appunto, a formare la prova dibattimentale, che viene meno solo in presenza di atti irripetibili, ontologicamente o sopravvenuti tali per circostanze imprevedibili. Nel primo caso, l'utilizzazione è garantita nell'inserzione nel fascicolo del dibattimento (art.431 lett.b e c), nel quale sono selezionati gli atti che il giudice del dibattimento è abilitato a conoscere. Nel secondo caso, atti fisiologicamente ripetibili perdono questo connotato a seguito di circostanze sopravvenute ed imprevedibili: la loro acquisizione agli atti dibattimentali per il tramite della lettura è consentita, a queste ristrette condizioni, dal meccanismo di recupero ex art.512 cpp.

Al di fuori di queste ipotesi circoscritte, gli atti compiuti *inter fase* potranno trovare una limitata operatività¹²⁴ nel processo in senso stretto attraverso l'istituto delle contestazioni (vedi pgf.1) ovvero dell'acquisizione concordata di atti di indagine.

Norma di chiusura e di garanzia della credibilità del sistema è l'art.514, che disegna il principio di tassatività delle letture consentite in dibattimento, costruendo un divieto probatorio assistito dalla sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della decisione.

L'inutilizzabilità diviene una sorta di "griglia selettiva" degli elementi probatori che possono essere legittimamente posti a base della decisione. In questo modo, si munisce di una sanzione processuale il principio supremo del contraddittorio nella formazione della prova, che trova la sua più alta espressione nell'art.111.4 Cost.

¹²⁴ AMODIO parla di *probatio semiplena*.

Alla luce di queste considerazioni, la distinzione tra i. patologica e fisiologica assume rilevanza sostanziale ed effettiva utilità con particolare riferimento ai procedimenti a prova contratta o negoziata¹²⁵ (giudizio abbreviato e applicazione della pena su richiesta delle parti) e all'istituto dell'acquisizione di atti su accordo delle parti¹²⁶, oltre che alle indagini preliminari, all'udienza preliminare e alle procedure incidentali cautelari.

A loro volta, le ipotesi di i. fisiologica e patologica possono avere carattere **generale** ovvero **speciale**, richiamandosi la differenziazione fondata sulle modalità di previsione normativa, descritta al pgf.1. Per l'i. fisiologica generale si fa riferimento al disposto di cui all'art.526; per la patologica generale alla previsione del 191.1 cpp. Le ipotesi di i. speciali, tanto fisiologiche quanto patologiche, vanno ovviamente scandagliate all'interno del tessuto codicistico (es. del primo tipo è l'art. 500.3 sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da un teste che ha rifiutato di essere esaminato da una delle parti; es. del secondo è l'art.271 in materia di intercettazioni).

Ci accorgiamo che i. assolute/relative e i. fisiologiche/patologiche non costituiscono categorie parallele, destinate a non intersecarsi, ma, al contrario, operano in combinato disposto.

L'inutilizzabilità fisiologica generale è oggettivamente relativa; quella speciale è relativa oggettivamente o soggettivamente a seconda delle indicazioni che si traggono dalla singola norma che la commina.

Corrispondentemente, l'inutilizzabilità patologica generale ha sempre carattere assoluto, poiché la violazione dei divieti probatori impedisce *in radice* l'ingresso di conoscenze nel procedimento (art.191 cpp); l'inutilizzabilità patologica speciale è di regola assoluta, salvo che la singola norma di riferimento stabilisca limiti oggettivi o soggettivi (es. art.64.3bis secondo periodo: inutilizzabilità *erga alios* -in questo profilo cogliamo la relatività della previsione- delle dichiarazioni rese senza preavviso all'indagato in merito alla testimonianza assistita).

6. Alla luce della natura tipica o atipica delle specie di inutilizzabilità

Una ulteriore classificazione si rinviene nello studio condotto da N. Galantini¹²⁷ e si fonda sulla natura tipica o atipica della sanzione dell'inutilizzabilità.

L'autrice prende come punto di partenza la categoria dell'inutilizzabilità sanzione, che si articola nelle due specie di inutilizzabilità fisiologica e patologica. Sono queste le **figure tipiche** di inutilizzabilità, tipiche perché

¹²⁵ *Infra*, Cap.IV sez.II pgf.4 e ss.

¹²⁶ Art.431.2 in sede di formazione del fascicolo del dibattimento e 493.3 nel momento delle richieste di prova.

¹²⁷ Si richiamano a proposito le riflessioni contenute nel Cap.I de L'Inutilizzabilità della prova nel processo penale.

riconducibili a modelli codificati ed oggetto di regolamentazione espressa (rispettivamente, artt. 526 e 191 cpp per le ipotesi generali; le singole disposizioni codicistiche per quelle speciali).

D'altra parte, è bene riflettere sull'esistenza di una seconda e diversa categoria, necessaria per evitare che nell'ordinamento si creino vuoti di classificazione e quindi di tutela. Le c.d. **figure atipiche** di inutilizzabilità sono connotate dal dato di fatto che in questo caso l'inutilizzabilità non viene in considerazione in quanto sanzione, bensì in termini di mero effetto conseguente alla violazione di determinate previsioni che importano l'inutilizzabilità. Tali condizioni *non sono "stabilite dalla legge"* come vorrebbe il disposto del l.c. dell'art.191 cpp., *ma possono essere poste vuoi da un'autorità giudiziaria estera, vuoi da un giudice, vuoi dalle stesse parti*. E' proprio in questo elemento risiede l'atipicità della categoria.

All'eterogenea categoria in esame Galantini vi riconduce una serie di previsioni normative:

- **art. 729** - "qualora lo stato estero abbia posto delle condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti (per rogatoria), l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni". Il l.c. specifica che "si applica la disposizione dell'art.191.2 cpp".
Il richiamo all'art.191.2 è necessario perché nel caso di specie non siamo di fronte a "divieti probatori stabiliti dalla legge", bensì si tratta di condizioni imposte da uno stato estero.
- **art. 42.2** - "il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia". In questa situazione, allora, la regola di esclusione -eventuale- dell'atto probatorio in quanto compiuto dal giudice incompetente si concretizza a seguito di un provvedimento giudiziale.
A dinamiche simili si ispirerebbe, secondo la dottrina, la situazione nella quale un perito incompatibile abbia proceduto ad accertamenti peritali. Spetterebbe al giudice infatti valutare sull'utilizzabilità o meno degli accertamenti compiuti (*vedi supra, pgf. 4.6*).
- **art. 48.3 ante modifica** - l'originaria formulazione prevedeva che in caso di accoglimento dell'istanza di rimessione del processo, il giudice designato dalla Corte di Cassazione dichiararsi con ordinanza "se ed in quale parte gli atti compiuti conservino efficacia".
Si noti che questa disposizione non trova più operatività a seguito della l.248/2002 che ha modificato la disciplina della rimessione del processo, stravolgendo, tra gli altri, anche il dettato dell'art.48.3 cpp. Il nuovo c.V sancisce la regola della rinnovazione degli atti precedentemente compiuti se richiesta dalle parti, salvo che non ne sia divenuta impossibile la ripetizione.

- **art.189**¹²⁸ - come si è già avuto modo di accennare, i *compilatores* hanno previsto la possibilità di ammettere delle prove atipiche, precisando che il giudice decida sulle modalità di assunzione delle stesse sentite le parti. Ecco che la violazione delle condizioni imposte dagli attori processuali al procedimento di acquisizione delle prove atipiche comporterà l'integrarsi dell'effetto dell'inutilizzabilità.
- **ipotesi di nullità non sanata**, che finiscono per produrre l'inutilizzabilità come effetto indiretto. Il riferimento alla inutilizzabilità riguarda, lo ribadiamo, solo l'effetto, restando ferma la sanzione della nullità, legalmente irrogata, con la conseguenza che si potranno verificare i fenomeni dell'invalidità derivata e della rinnovazione dell'atto viziato, entrambi estranei alla prova inutilizzabile in senso proprio.

Le ipotesi summenzionate sarebbero in effetti tutte accomunate dalla previsione dell'inutilizzabilità non come sanzione, bensì piuttosto come effetto derivante dal superamento di limiti posti non dal legislatore, bensì dai diversi soggetti che entrano a far parte della dinamica probatoria.

7. Relativamente alla fase del “procedimento probatorio” in cui maturano: i. per erronea ammissione, per erronea acquisizione, per erronea valutazione. Il divieto d'uso tra regole di esclusione e regole di valutazione.

Premessa al nostro discorso è l'inquadramento del c.d. **procedimento probatorio**¹²⁹. Ogni prova può essere giuridicamente considerata come tale e, quindi, legittimamente fruibile da parte del giudice come elemento sul quale fondare la sua decisione se e soltanto se si siano ritualmente seguite le **tre fasi**¹³⁰ del procedimento probatorio:

- **ammissione** - il giudice ammette, normalmente a richiesta di parte salvi i casi in cui gli è consentito procedere *ex officio* (art.190.2), le prove che non siano vietate dalla legge e che non risultino manifestamente superflue ed irrilevanti (comb. disp. artt.190 e 187)
- **acquisizione o assunzione o formazione** - le regole di ammissione variano a seconda che si tratti di prova precostituita da inserire nel processo ovvero di prova costituenda, la cui formazione/assunzione si celebra direttamente nel processo. Ad ogni modo, la fase assuntiva è governata dal supremo principio del

¹²⁸ Si veda supra, pgf. 4.12 e nt. 74.

¹²⁹ L'espressione è di paternità di F.CORDERO e, ad oggi, è generalmente accettata da tutti i massimi esponenti della dottrina, da NOBILI a TONINI a GALANTINI a CONTI a GRIFANTINI a FERRUA.

¹³⁰ Taluno parla, forse *ad abundantiam*, di un preliminare momento consistente nell'osservazione del caso concreto e valutazione delle necessità che si pongono nel contesto probatorio *hic et nunc* considerato.

contraddittorio nella formazione della prova, di cui all'art.111.4 Cost., salve le eccezioni tassativamente ammesse dal Vc.

- **valutazione** - il giudice valuta le prove, *rectius* i risultati di prova, secondo il suo libero convincimento. Il suo libero convincimento non è mero arbitrio o discrezionalità, ma deve esplicitarsi nel rispetto dei limiti prescritti dalla legge (artt.192, 193, 526.1bis).

Come già ricordato nel pgf.3 del Cap.I, si è avuto modo di riflettere sul significato della modifica intervenuta in sede di adozione del testo definitivo del codice di rito. Rispetto al Progetto Preliminare, il testo compiuto reca infatti la sostituzione della formula “prove **acquisite**” in violazione dei divieti probatori in luogo di “prove **ammesse**”.

Si è già fornita risposta negativa al quesito se i *compilatores* avessero adoperato il termine “acquisite” secondo un’accezione tecnica e selettiva, nel senso di voler circoscrivere l’ambito dei divieti e la sanzione di inutilizzabilità. Sarebbe del tutto irragionevole che il legislatore avesse voluto riferirsi soltanto ai divieti inerenti all’acquisizione, assunzione o formazione della prova e non già ai prodromici e successivi momenti, rispettivamente, dell’ammissione e della valutazione.

La dottrina anteriore al codice parlava, in assenza di altra sanzione, di inammissibilità *tout-court* di sanzione. Ed oggi è generalmente accettato che i divieti possano riguardare anche la fase di **ammissione**.

Così come i più ritengono siano da considerare ricompresi i divieti in fase di **valutazione**: il legislatore a volte infatti è costretto a porre il divieto non già come divieto di acquisizione, ma come divieto di valutazione, dal momento che l’elemento che importerebbe l’inutilizzabilità può eventualmente sorgere solo in una fase successiva all’acquisizione, che perciò si suole definire “condizionata”.

Esempi significativi di divieti in fase di valutazione sono forniti dagli artt. 63 - impossibilità di diagnosticare *ex ante* l’eventualità che si stiano fornendo delle dichiarazioni auto indizianti: in questo caso, se vengono rese prima del rituale avvertimento, non saranno utilizzabili-, 192.2 -prova indiziaria- 195.3 - inutilizzabilità delle dichiarazioni del teste indiretto salvo che l’esame del teste fonte risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità- 254.3 -restituzione della corrispondenza sequestrata illegittimamente-.

A volte il legislatore usa proprio la parola “valutare”; altre volte, si legge “il giudice non può utilizzare” (è chiaro, nella valutazione). Il divieto in questi casi non sussiste *ab origine* al momento dell’ammissione e dell’acquisizione, ma potrà intervenire successivamente qualora si concretizzi una condizione negativa, a seguito della quale risulterà integrato il divieto.

La posizione sin qui esposta riflette il pensiero di M.NOBILI¹³¹. D’altra parte, merita un cenno l’opposta impostazione propugnata da GALANTINI¹³²

¹³¹ NOBILI; La nuova procedura penale, p.152.

¹³² Si fa riferimento alla nota enciclopedica contenuta in Dir. Proc. Penale (1997)

secondo la quale quelli che vengono concepiti come divieti operanti in fase di valutazione in realtà sono riconducibili al *genus* delle inutilizzabilità per erronea assunzione/acquisizione della prova. Gli esempi addotti a sostegno dell'esistenza di un'autonoma categoria (artt.195.3 e 7 e 63.1) parrebbero riflettere pur sempre dei divieti di acquisizione, nello specifico delle ipotesi di acquisizione "condizionata" subordinata alla condizione risolutiva che non si verificano eventi "negativi" che importino *ex post* l'insorgenza di vizi non riconoscibili altrimenti *ex ante*.

A parer di chi scrive, siamo di fronte ad una disquisizione che sembra avere un sapore tautologico, ma che, per la verità, porta dietro con sé dei riscontri pratici evidenti, come vedremo al termine di questo paragrafo (i divieti in fase acquisitiva sono ipotesi di inutilizzabilità ovvero delle mere regole di valutazione?).

Nulla quaestio con riguardo ai divieti che riguardano l'attività di **acquisizione/formazione** della prova: il legislatore ha inteso disciplinarli espressamente probabilmente per smentire espressamente quella posizione dottrinale che, vigente il vecchio codice, riteneva ricadenti nell'inutilizzabilità le sole violazioni di legge che riguardavano modalità assuntive, anche alla luce della formulazione della Versione Preliminare del codice di rito.

Ad ogni modo, è bene sottolineare che tendenzialmente il legislatore sanziona la violazione delle forme nel procedimento assuntivo con la nullità; in tal caso, il problema è risolto testualmente. Laddove però non vi sia un'espressa comminatoria di nullità (art.177, principio di tassatività delle nullità) potrà trovare spazio la peculiare sanzione dell'inutilizzabilità, ove espressamente enunciata o comunque consequenziale ad un divieto probatorio palese o implicito.

In conclusione, in linea di principio, e salve le espresse eccezioni, i divieti probatori e le connesse sanzioni di inutilizzabilità dovrebbero coprire senza dubbio l'arco iniziale del procedimento probatorio: dall'ammissione all'acquisizione/assunzione/formazione. Le problematiche riguardano la natura di quelle clausole restrittive che operano in fase di valutazione: ipotesi di inutilizzabilità o criteri di valutazione?

Dalla distinzione delle varie tipologie di inutilizzabilità alla luce della fase procedimentale nella quale vengono in rilievo discendono in via consequenziale le considerazioni in merito alla correlata contrapposizione tra regole di esclusione e criteri di valutazione.

Normalmente, le ipotesi di inutilizzabilità si connotano per la loro formulazione legale espressa in termini negativi¹³³: il giudice non può porre a fondamento della decisione determinati elementi di prova, dal momento che si trova di fronte a divieti probatori.

¹³³ TONINI, Manuale di procedura penale.

Vi sono d'altra parte situazioni nelle quali il legislatore, piuttosto che escludere dall'ambito cognitivo un certo dato, sembra vincolare il giudice soltanto a partire dal successivo momento della valutazione.

Su questa base di fondo, vi è chi distingue tra vere e proprie ipotesi di inutilizzabilità, che sono date da “**regole di esclusione probatoria**”, ed ipotesi nelle quali il legislatore si limita a porre un “**criterio di valutazione legale**” dell'elemento di prova¹³⁴. Le regole di esclusione operano sempre in un momento antecedente alla valutazione e rendono la prova inutilizzabile, non acquisibile materialmente al procedimento, negandone in radice la possibilità che costituisca uno dei materiali probatori idonei a fondare la decisione del giudice. Viceversa, i criteri legali sono dei “legalismi probatori”¹³⁵ che hanno ad oggetto prove acquisite validamente, influenzando il convincimento giudiziale.

La differenza non è di poco momento: se fossero ammissibili dei divieti probatori operanti in fase di valutazione, la correlata sanzione in caso di violazione sarebbe, chiaramente, l'inutilizzabilità¹³⁶, con la conseguenza della possibilità di ricorrere per Cassazione alla luce del motivo di cui all'art.606.1 lett.c -violazione di norme processuali stabilite a pena di.. inutilizzabilità-; diversamente, accogliendo l'opposta impostazione che esclude che in fase di valutazione possano operare delle regole di esclusione, ma solo dei criteri di orientamento del convincimento del giudice, la violazione di tali disposizioni non determinerebbe inutilizzabilità e sarebbe suscettibile di tutela processuale solo attraverso il motivo indicato dalla lett.e dell'art.606.

Terreno di scontro è la previsione contenuta nell'art.192.3 e 4 cpp che prescrive la regola della c.d. *corroboration*: le dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato o imputato in un procedimento connesso ex art.12 o collegato probatoriamente (371.2 lett.b) “sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità”. Per una parte della dottrina¹³⁷, l'assenza di riscontri probatori estrinseci comporta l'inutilizzabilità dei risultati così ottenuti; secondo altra parte¹³⁸, siamo di fronte ad una regola di valutazione destinata a trovare applicazione in un momento successivo all'assunzione, non impedendosi che il dato conoscitivo pervenga *ex ante* alla conoscenza del giudice.

Altra norma che opererebbe nel senso appena descritto è l'art.63.1 cpp: nel sancire che le dichiarazioni (autoindizianti) non possono essere valutate

¹³⁴ Questa posizione è il corollario dell'osservazione secondo la quale non sarebbero concepibili divieti probatori in fase di valutazione: l'inutilizzabilità attiene solo alla fase ammissiva e assuntiva, non già anche alla valutazione. Nel momento valutativo opererebbero semmai dei criteri di valutazione di prove ormai acquisite. In questo senso, GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale; FERRUA, Il giudizio penale, fatto e valore giuridico.

¹³⁵ Si ricordi che nel processo penale, a differenza di quello civile, non esistono prove legali, la cui efficacia probatoria è inderogabilmente fissata dalla legge; vi sono soltanto alcuni “legalismi probatori” che limitano in un certo senso il perimetro del libero convincimento del giudice.

¹³⁶ NOBILI, La nuova Procedura penale.

¹³⁷ CONSO, GREVI, BARGIS, NOBILI, CHIAVARIO.

¹³⁸ FERRUA, GRIFANTINI, GALANTINI. In precedenza. CORDERO.

“contro” la persona che le ha rese, il legislatore configurerebbe una regola che non incide sull'*an*, escludendone l'utilizzazione, ma sul *quomodo* del convincimento del giudice.

Sul fronte contrapposto, si replica che non siamo di fronte a prove legali né a legalismi probatori che impongono al giudice di ritenere inattendibile un dato, bensì gli impediscono di fondare su di esso la decisione, qualora manchi un riscontro esterno (192) ovvero si tratti di una dichiarazione *contra reum* (63). Saremmo sempre nell'area della prova legale in negativo, cioè dell'inutilizzabilità, la cui peculiarità sarebbe quella dell'operare non già nella fase della acquisizione, ma della valutazione della prova.

CAPITOLO IV

La natura ambivalente del termine inutilizzabilità: inutilizzabilità come vizio e come regime sanzionatorio

***Sezione Prima* – Il sistema dei divieti probatori. La concezione statica risultante dal lc. dell'art. 191 cpp**

1. Il problema della tassatività delle'inutilizzabilità - 1.1. Le prove acquisite in violazione dei divieti ex lege: i criteri per la loro individuazione e classificazione - 2. Il criterio della pertinenza-rilevanza della prova: dubbi circa la natura giuridica della regola di cui all'art. 187 cpp - 3. Divieti derogabili e divieti inderogabili: questioni circa la derogabilità dei divieti a supporto dell'inutilizzabilità patologica e fisiologica - 4. L'inutilizzabilità come il rifiuto del regime di conservazione degli atti imperfetti. L'insanabilità - 5. Il problema dell'inutilizzabilità derivata. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato - 6. L'inutilizzabilità alternativa: il principio di non sostituibilità - 7. La prova illecita 8. La prova illegale - 9. La prova incostituzionale - 10. Il divieto d'uso avendo riguardo alla prova estera

***Sezione Seconda* – L'operatività dell'invalidità nelle due macrofasi del procedimento**

1. Inutilizzabilità e indagini preliminari. Il sistema del doppio fascicolo: l'ambito concreto di applicazione dell'inutilizzabilità fisiologica (relativa oggettiva) e patologica - 1.1. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità fisiologiche (i.e. relative oggettive) - 1.2. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità patologiche - 2. Provvedimenti

anteriori al dibattimento fondati su prove inutilizzabili: inutilizzabilità e gravi indizi cautelari - 2.1. (segue) Profili problematici seguenti all'emanazione del decreto che dispone il giudizio sulla base di prove o atti inutilizzabili - 3. Inutilizzabilità in dibattimento e prova della colpevolezza - 3.1. Art.526 c.1bis e pretesa utilizzabilità *in bonam partem* delle dichiarazioni sottratte al confronto dibattimentale - 3.2. Inutilizzabilità e sistema delle letture (artt. 511-514) - 3.3. L'inutilizzabilità legalmente orientata: le contestazioni - 4. Utilizzabilità e riti alternativi al dibattimento - 4.1. In dettaglio: il giudizio abbreviato (Sez.Un. 16/2000, Tammaro) - 4.2. In dettaglio: il "patteggiamento"

Sezione Terza – I rimedi all'inosservanza dei divieti probatori. Il regime giuridico ex l.c. 191 cpp (concezione dinamica)

1. Il regime di rilevabilità del vizio che causa l'inutilizzabilità - 2. L'ipotesi patologica della sentenza emanata in violazione della regola aurea di cui all'art.526.1. Vizio tout-court dell'atto o vizio della decisione? - 3. Inutilizzabilità nelle impugnazioni ordinarie: l'appello - 4. (segue) Il ricorso per Cassazione - 4.1. Inutilizzabilità e giudizio di rinvio - 5. Inutilizzabilità ed impugnazioni *extra-ordinem*: il ricorso straordinario - 5.1. (segue) Il giudizio di revisione - 6. Incidenza di fonti convenzionali per la rilevazione *post iudicatum* di cause di inutilizzabilità - 7. Inutilizzabilità e procedimento di riparazione per ingiusta detenzione - 8. Inutilizzabilità e fase esecutiva: l'incidente di esecuzione - 9. Inutilizzabilità e disciplina extra-penale: attività ispettive e di vigilanza - 10. Profili di diritto intertemporale: inutilizzabilità e *ius superveniens*.

Sezione Prima – Il sistema dei divieti probatori. La concezione statica risultante dal Ic. dell’art. 191 cpp

1. Il problema della tassatività delle’inutilizzabilità - 1.1. Le prove acquisite in violazione dei divieti ex lege: i criteri per la loro individuazione e classificazione - 2. Il criterio della pertinenza-rilevanza della prova: dubbi circa la natura giuridica della regola di cui all’art. 187 cpp - 3. Divieti derogabili e divieti inderogabili: questioni circa la derogabilità dei divieti a supporto dell’inutilizzabilità patologica e fisiologica - 4. L’inutilizzabilità come il rifiuto del regime di conservazione degli atti imperfetti. L’insanabilità - 5. Il problema dell’inutilizzabilità derivata. La teoria dei frutti dell’albero avvelenato - 6. L’inutilizzabilità alternativa: il principio di non sostituibilità - 7. La prova illecita 8. La prova illegale - 9. La prova incostituzionale - 10. Il divieto d’uso avendo riguardo alla prova estera

1. Il problema della tassatività delle’inutilizzabilità

Come si è avuto modo di sottolineare nell’*incipit* del *Cap.II* dedicato all’architettura generale delle invalidità (*pgf.2*), il legislatore ha inteso informare l’intera disciplina del sistema delle invalidità al rigoroso quanto foriero di certezza processuale principio di **tassatività**: consapevole in generale della rilevanza e dell’incidenza degli effetti delle invalidità -e in particolare delle assai più drastiche conseguenze che si verificano quando l’atto viziato non sia in concreto ripetibile-, ha inteso far prevalere in maniera decisa le esigenze di determinatezza nell’individuazione delle invalidità, in modo che tramite una prognosi di prevedibilità *ex ante* si possa sapere in anticipo e con sicurezza se un atto sia valido e processualmente efficace, o meno.

Se il principio di tassatività è espressamente declinato con riferimento alla nullità (art.177) e alla decadenza (art.173), cionondimeno si ritiene essere operante nella materia *de qua*, alla luce della sua trasversalmente condivisa natura di valore imminente all’intero sistema delle invalidità.

D'altra parte, ulteriore supporto in questa direzione è rappresentato dal criterio direttivo n.7 della legge di delega per l'emanazione del nuovo codice di rito, che prescrive la previsione tassativa delle ipotesi di invalidità (ergo, di tutte le figure nelle quali si articola l'ampio *genus* delle invalidità) e delle relative sanzioni processuali.

E' pur vero che bisogna dar conto dell'autorevole opinione espressa in dottrina¹³⁹ che denuncia l'irrazionalità di un sistema che costruisce in maniera tassativa le invalidità per divergenze delle forme concretamente adottate rispetto all'astratto schema legale: è chiaro che non è possibile imbrigliare in un pur ampio *numerus*, ad ogni modo comunque *clausus*, delle ipotesi astrattamente non predeterminabili in senso completo, visto che infinitesime sono le possibili combinazioni e le possibili irregolarità.

Ad ogni modo è necessaria ed irrinunciabile la mediazione di un concetto come la tassatività che si è definito affidabile ed utile, dal momento che aiuta a selezionare il nucleo di quelle imperfezioni che si traducono in ipotesi di inutilizzabilità.

In verità, non può sottacersi il fatto che l'aspirazione iniziale dei *compilatores* verso la tassatività si sia progressivamente rivelata un'utopia¹⁴⁰: per un verso, dal 1988 ad oggi si registrano otto interventi normativi che hanno inciso sulla fisionomia dell'istituto in modo disorganico, alimentando dubbi più che chiarendo i punti fermi; per altro e parallelo verso, non può non evidenziarsi come l'istituto sia costantemente plasmato dall'applicazione giurisprudenziale: tutt'altro che infrequenti sono i casi nei quali violazioni di leggi probatorie importano problematiche non individuabili a monte, ma sottoposte all'attività interpretativa -talvolta talmente libera da essere creativa- della giurisprudenza.

1.1. Le prove acquisite in violazione dei divieti ex lege: i criteri per la loro individuazione e classificazione

L'art.191.1 cpp non consente l'utilizzazione delle **“prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge¹⁴¹”**. Questa è la formula prescelta per esprimere la natura tassativa delle inutilizzabilità: sono tali solo le prove

¹³⁹ CORDERO, Procedura Penale.

¹⁴⁰ TONINI, CONTI, Il diritto delle prove penali.

¹⁴¹ La fonte dei divieti probatori deve trovare necessario fondamento in una disposizione di **legge**, avente rango primario: non necessariamente si esige che questa sia collocata nei confini codicistici, “non esistendo limiti alla topografia delle fonti” (CORDERO); viceversa, si esclude che possa essere affetta da inutilizzabilità una qualche prescrizione fissata dal giudice (es. artt. 219.4 e 245.2; sull'art.189 vedi *supra*, Cap III pgf 4. 12). D'altra parte, potrebbero rientrare nella categoria *de qua* gli ordini si impartiti dal giudice, ma a completamento di una previsione normativa generica

acquisite¹⁴² violando le disposizioni legali qualificate come divieti probatori. La tassatività delle inutilizzabilità è rapportata alla tassatività dei divieti probatori. **Manca**, però, -ed è qui che si coglie l'aporia del sistema¹⁴³- **un criterio di riconoscimento dei divieti probatori.**

A volte, il legislatore utilizza delle forme dalla portata inequivoca ed inequivocabile: si pensi all'art.197, a tenor del quale "non possono essere assunti come testimoni..". Non si può negare la natura di divieto probatorio delle norme che recano le espressioni "non possono", "non è consentito", "non è ammesso", "è vietato".

La maggior parte delle volte, invece, non è altrettanto intuitiva e immediata l'individuazione delle formule attraverso le quali è diagnosticato un divieto probatorio.

L'assenza di un criterio univoco e certo di classificazione ha comportato la frammentazione degli interpreti in merito al *thema disputandum*.

Un primo filone fa leva sull'aspetto **formale**, limitandosi ad individuare i divieti probatori sulla base della lettera della legge; sviluppando questa premessa, taluno specifica -in modo tale da estendere i confini della categoria *de qua*- che l'esistenza di un divieto dovrebbe essere ravvisata non solo laddove vi sia una formula legislativa tale da non dare adito ad alcun ragionevole dubbio (artt.197, 220.2, 240, 271), ma altresì tenendo in considerazione il fatto che esistono classi di divieti probatori formulati in maniera indiretta o implicita, cioè attraverso l'elencazione stringente -tassativa, per l'appunto- delle forme e dei casi, delle condizioni e dei requisiti solo in concorrenza dei quali l'atto a valenza probatoria risulta legittimo¹⁴⁴. Accanto ai divieti probatori espliciti, risulterebbero coperti da tutela processuale anche quelli formulati in maniera indiretta e quelli espressi nella forma della permissione.

Altra parte della dottrina¹⁴⁵ denuncia l'assoluta insufficienza oltre che superficialità di un approccio ancorato al mero dato letterale, facendo leva su una valutazione casistica che porti a ricostruire l'*intentio legislatoris*, anche e soprattutto alla luce dell'interesse tutelato dalla singola previsione. E' questo il criterio di stampo **sostanzialistico**. Tonini scandisce i tre passaggi che devono essere rispettati ogniqualvolta ci si trovi di fronte ad un divieto

¹⁴² Si tenga a mente che il termine acquisizione è qui usato in modo atecnico, comprensivo anche degli altri due momenti del procedimento probatorio, quali l'ammissione e, per i più, altresì la valutazione della prova (*supra*, Cap. III pgf. 7).

¹⁴³ Di aporia del sistema parla GRIFANTINI nella voce Inutilizzabilità in Digesto delle Disc. Penalistiche.

¹⁴⁴ NOBILI nella sua Nuova procedura penale equipara al divieto la permissione ogniqualvolta quest'ultima risulti -testualmente o all'esito di un'operazione interpretativa- concessa alle condizioni stringenti di legge ("è permesso soltanto se" equivale a stabilire la vigenza di un divieto probatorio al di fuori di quella condizione).

¹⁴⁵ Per tutti, GALANTINI, GRIFANTINI, TONINI, CONTI.

probatorio: *in primis*, occorre individuare l'interesse protetto dalla norma; in secondo luogo, occorre stabilire il rango di tale interesse; infine, deve essere misurato il grado di lesione che detto interesse ha subito.

Solo adottando tale prospettiva ermeneutica - non nascondendosi l'evidenza che ad ogni modo restano dei margini di discrezionalità nell'individuazione dei divieti- si riuscirebbe ad evitare l'appiattimento della categoria in un nucleo sterile ed incompleto di norme.

Alla stregua del suindicato criterio interpretativo, sono cause di inutilizzabilità i divieti posti a fondamento dei diritti fondamentali della persona (es. artt. 62, 63, 64.2, 188), i divieti dettati in ragione della corretta ricostruzione del *thema probandum* (artt. 194, 202, 220, 234, 240), i divieti previsti in favore di determinati soggetti che versano in determinate situazioni soggettive (artt. 197, 199, 200-202), quelle prescrizioni sul *quomodo* dettate a garanzia della correttezza e quindi dell'attendibilità del metodo di acquisizione della prova (in questo campo l'interprete deve essere attento ad individuare il corretto punto di *discrimen* rispetto alle meno gravi ipotesi di mera irregolarità).

Ma anche l'impostazione appena descritta non va esente da critiche, che fanno leva sulla considerazione che non si fornisce all'interprete un affidabile e sicuro criterio operativo: tutte le norme in tema di prova risultano poste a tutela di un qualche interesse sostanziale o processuale, e non potrebbe essere altrimenti data la funzione garantistica del diritto probatorio. Ne segue che la pretesa di individuare i divieti probatori alla luce dei valori sottesi alle singole disposizioni violate si rivela essere un metodo tautologico foriero di incertezze interpretative maggiori di quante si proponga di risolvere¹⁴⁶.

Alla luce di queste considerazioni, l'approccio che merita di essere seguito è quello prammatico che sposta l'asse della discussione attorno alla questione *se la disposizione trasgredita contenga un vero e proprio divieto di ingresso della prova nel processo*: bisogna esigere una norma capace di esprimere in maniera ferma e decisa una valutazione di inammissibilità. Conserva validità l'orientamento di pensiero propugnato già da F. Cordero¹⁴⁷ secondo il quale, pena la dilatazione eccessiva dell'operatività dell'inutilizzabilità, questa categoria è da ravvisare nelle sole ipotesi in cui una regola processuale vieti al giudice di acquisire quel determinato mezzo di prova.

2. Il criterio della pertinenza-rilevanza della prova: dubbi circa la natura giuridica della regola di cui all'art. 187 cpp

¹⁴⁶ In questa direzione, SCELLA Prove penali ed inutilizzabilità.

¹⁴⁷ CORDERO, Il procedimento probatorio, in Tre studi sulle prove penali (1963).

Ci si propone di vagliare la natura giuridica della disposizione (art.187 cpp) che disegna l' "oggetto della prova", a sua volta norma di raccordo con il principio di pertinenza-rilevanza ex art.190 per l'esatta delimitazione del *thema probandum*. Nello specifico, ci si chiede se la disposizione in commento integri oppure no un divieto probatorio alla cui violazione scaturisca la sanzione più grave, e la risposta che si fornisce è essenzialmente negativa¹⁴⁸.

Un decisivo argomento a supporto della soluzione negativa è di ordine testuale e attiene all'evidenza *ictu oculi* percepibile della contrapposizione normativa tra le prove inutilizzabili in quanto "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge" e le prove "non pertinenti ed irrilevanti": la dizione dell'art.190.1 è inequivocabilmente intesa a chiarire come la prova irrilevante non possa essere ricondotta nell'alveo delle prove irrilevanti e, conseguentemente, il trattamento sanzionatorio per la sua eventuale acquisizione debba necessariamente essere differenziato rispetto a quello predisposto per la prova vietata. Pertinenza e rilevanza costituiscono un *unicum* che materialmente, ancor prima che logicamente e giuridicamente, si distingue dall'illegittimità: le prime afferiscono all'atto in sé non imperfetto, ma inidoneo a formare oggetto di prova, inutile ai fini del giudizio, inutilizzabile in senso materiale; la seconda riguarda una categoria di atti in sé, geneticamente viziati, perché connotati dalla violazione di un divieto probatorio maturato in una delle fasi del procedimento di formazione della prova stessa.

3. Divieti derogabili e divieti inderogabili: questioni circa la derogabilità dei divieti a supporto dell'inutilizzabilità patologica e fisiologica

Tracciata la stretta correlazione tra inutilizzabilità e tassatività dei divieti probatori, è bene precisare come non tutti i divieti probatori danno vita ad altrettante ipotesi di inutilizzabilità, dal momento che bisogna preliminarmente scandagliare la natura del divieto probatorio per verificare se si tratti di divieto derogabile ovvero inderogabile. I **divieti derogabili**, che rientrano nella disponibilità delle parti, dei soggetti nei cui confronti sono enucleati, ovvero che possono essere disattivati per il tramite di un intervento giudiziale, determinano infatti una delimitazione, in senso restrittivo, del campo

¹⁴⁸ GALANTINI, L'Inutilizzabilità della prova nel processo penale, pagg.149 e ss.

applicativo della sanzione. Il consenso di questi soggetti rappresenta l'elemento regolarizzante di un'acquisizione altrimenti viziata.

Intendendosi per divieto derogabile, dunque, quell'atto soggettivo delle parti o del giudice che comporta un'elusione di un divieto probatorio, bisogna evitare di far confusione con la diversa categoria del **divieto relativo** (che dà origine alle ipotesi di inutilizzabilità relativa - *vedi supra, Cap.III pgf.*), che si caratterizza per la circostanza di non precludere la dimostrazione del fatto *aliunde*, cioè tramite strumenti diversi da quelli vietati.

Entrambe le categorie di divieto consentono di effettuare comunque l'accertamento, con la differenza che la prima lo fa dipendere da una manifestazione di volontà di un soggetto implicato nel procedimento, la seconda la riconduce a determinazioni legislative

La derogabilità, e quindi la disponibilità dei divieti, va poi riferita non solo alle ipotesi di inutilizzabilità patologica, ma anche a quelle di inutilizzabilità fisiologica.

a) derogabilità dei divieti a supporto dell'inutilizzabilità **patologica**

- Il tipico esempio che si porta è l'art.**238.1 e 4** cpp relativo all'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti: la manifestazione di volontà delle parti è elevata a presupposto di ammissibilità dell'atto, la cui regolarità è subordinata a questa determinazione soggettiva, vuoi in termini espressi, vuoi *per facta concludentia*;
- Ancora, in materia di testimonianza indiretta viene in rilievo la preclusione ex art.**195.1** che vieta la testimonianza anonima, imponendo che siano chiamate a testimoniare le altre persone cui il teste si riferisca per la conoscenza dei fatti. Questa regola non è assoluta, ma trova applicazione solo "a richiesta di parte" (lc.) ovvero "anche d'ufficio" (llc.).

Il divieto di acquisire tali dichiarazioni è derogabile nella misura in cui la parte, o il giudice, con il suo contegno permetta la loro utilizzazione.

Se queste due norme sono accumulate dal fatto che la derogabilità è espressamente ed inequivocabilmente ricavabile dal dettato codicistico, vi sono altresì dei casi nei quali la derogabilità, pur non essendo espressa, può comunque essere desunta dalla *ratio* del divieto:

- si tratta delle regole di esclusione fondate sulla tutela di interessi extraprocessuali disponibili, quali gli artt. **199, 200, 201, 202** cpp. In taluna delle ipotesi prospettate, oltre al consenso del soggetto interessato e tutelato dalla norma, viene in rilievo anche la posizione

del giudice, che accertata l'infondatezza della dichiarazione del soggetto titolare del segreto professionale o d'ufficio per esimersi dal deporre, ordina la deposizione (artt.200.2 e 201.2). Analogamente, nel caso del segreto professionale dei giornalisti, "il giudice ordina di indicare la fonte della sua informazione", "se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia" (art.200.3).

b) derogabilità dei divieti a supporto dell'inutilizzabilità **fisiologica**

Si fa precipuo riferimento alla categoria dei riti speciali, anche noti, non a caso, come riti consensuali: è necessaria la volontà delle parti ai fini della loro instaurazione. La richiesta di un giudizio alternativo al dibattimento ovvero il consenso ad esso opera nel senso di superare il principio generale del processo penale, informato alla regola aurea della formazione della prova in dibattimento, nel contraddittorio delle parti.

Per una trattazione più esaustiva dei riti atipici, si veda *infra*, *Cap.IV Sez.II pgf.4 e ss.*

4. L'inutilizzabilità come il rifiuto del regime di conservazione degli atti imperfetti. L'insanabilità

"La prova acquisita in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non può essere utilizzata". La lapidaria formula cristallizzata nel l.c. dell'art.191 non lascia spazio ad operazioni creative dalla portata lassista e permissiva: non esistono margini per pensare di recuperare una qualche utilità alla prova maturata in modo difforme rispetto allo schema legale prescritto.

La categoria dell'inutilizzabilità è in grado di ribaltare, almeno con riguardo alla materia del diritto probatorio, il tradizionale rapporto tra perfezione ed efficacia dell'atto¹⁴⁹. Qui alla fattispecie invalida non si consente la produzione di effetti precari, né tanto meno l'operare di sanatorie. Dalla lettera della legge si evince come si sia in presenza di un categorico divieto d'uso del dato conoscitivo viziato, vietando *tout court* ogni forma di recupero. Il classico principio di conservazione degli atti giuridici imperfetti, già canone regolatore e punto di riferimento del sistema processuale oltre che sostanziale del diritto civile quanto penale, viene ad essere definitivamente

¹⁴⁹ DINACCI, L'inutilizzabilità, in *La prova penale*, diretta da Gaito; CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*

travolto dall'affermarsi di una categoria, che in via generale e non in circoscritte ipotesi eccezionali (si fa riferimento alla categoria delle nullità assolute ex art.179 cpp), predica l'insanabilità del vizio maturato in ambito probatorio.

Le ordinarie categorie sanzionatorie non risultano applicabili. E' in questo senso che possiamo interpretare l'inutilizzabilità come una categoria che esprime la volontà del legislatore di esprimere in maniera netta ed insuperabile il "rifiuto del principio di conservazione degli atti imperfetti"¹⁵⁰.

Né sul punto vale obiettare che l'art.191.2 cpp limiti la possibilità di rilevazione del vizio fino al passaggio in giudicato della decisione (in questo senso, l'inutilizzabilità è rilevabile "in ogni stato e grado del procedimento"). Non può negarsi infatti che il **giudicato** rappresenta la più potente, generalizzata e insuperabile forma di sanatoria¹⁵¹: ma in questo caso rappresenta un limite di deducibilità derivante dall'esigenza di preservare il valore della certezza dei rapporti giuridici e non certamente una sanatoria in senso stretto e tecnico. Come noto, la sanatoria è quell'istituto in virtù del quale all'atto imperfetto perché viziato ed incompleto si aggiunge un fatto o un secondo atto che surroga l'imperfezione ovvero colma la lacuna: si deve trattare di atti o fatti che espressamente il legislatore qualifica a tal fine. E non può dunque parlarsi di giudicato, dal momento che la sanatoria conferisce validità all'atto originariamente imperfetto perché possa produrre effetti nel procedimento, l'intervenuta esecutività della sentenza comporta la cristallizzazione della situazione giuridica nello *status quo*.

Così come si esclude che integri una sanatoria la circostanza che la prova illegittima non venga ad essere utilizzata nel procedimento: si è in presenza di un vizio innocuo, estraneo all'istituto della sanatoria, dal momento che il **non uso** della prova non può essere concepito come un fatto costituente sanatoria.

Né, infine, può essere ricondotta nell'alveo della sanatoria l'ipotesi di **utilizzo pro reo** della prova vietata: anche in questo caso, si esula dall'ipotesi di sanatoria.

5. Il problema dell'inutilizzabilità derivata. La teoria dei frutti dell'albero avvelenato

¹⁵⁰ Ancora, DINACCI, op.ult.cit.

¹⁵¹ DOMINIONI, in *Sub art.179* parla di giudicato come "causa di sanatoria di qualsiasi invalidità processuale con l'unica eccezione dell'inesistenza giuridica". CONSO la qualifica come "la più vistosa e potente".

Occorre ora stabilire se l'inutilizzabilità di una prova si trasmetta alle prove successivamente raccolte e dipendenti dall'originaria prova invalida, se cioè la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato" costruita dalla giurisprudenza statunitense possa trovare terreno di trapianto nel nostro sistema.

Il caso tipico, peraltro già affrontato nel *Cap.III pgf.4.10*, è quello della perquisizione illegittima seguita da sequestro; ma si può pensare altresì all'ipotesi di un'intercettazione inutilizzabile dalla quale si è tratta un'informazione determinante per un successivo atto investigativo.

Sulla questione sono prospettabili due opposte soluzioni, a seconda di come si inquadrì il rapporto tra le prove raccolte nel procedimento: un rapporto meramente occasionale, cronologico, oppure una connessione non già semplicemente cronologica, ma più profondamente logica e giuridica, e per questo irrimediabilmente vincolante.

Il **primo orientamento**¹⁵² porta a concludere che l'inutilizzabilità derivata rilevi solo nella misura in cui ne rimanga traccia nella motivazione o in altro provvedimento motivato. Altrimenti, non esiste tra le prove un rapporto di consequenzialità ergo di pregiudizialità logico/giuridica, ma solamente di correlazione temporale e, tutt'al più, psicologica, sul rilievo che non si annovera nel codice una norma espressa che postuli tale dipendenza. E' la teoria del *male captum, bene retentum*.

La **seconda prospettiva**¹⁵³, partendo dalla considerazione secondo la quale tra le prove sussisterebbe un concreto nesso funzionale, induce d'altro canto a sostenere che l'inutilizzabilità di una prova si ripercuota -producendo il c.d. *effetto domino*- sugli atti probatori susseguenti, anche se non posti a fondamento di un atto motivato. Altri invece arrivano alla medesima conclusione facendo leva sulla categoria della prova incostituzionale. Ad ogni modo, siamo di fronte alla -neanche troppo eclettica- recezione nel nostro ordinamento della c.d. teoria dei "*fruits of the poisoned tree*", espressione coniata dalla giurisprudenza nordamericana sin dagli anni Venti dello scorso secolo ed ormai entrata nell'uso comune degli studiosi italiani.

Le due astratte posizioni devono poi essere calate nella concreta realtà dei fatti, tenendo presente che gli atti probatori possono agevolmente distinguersi in atti probatori a compimento libero ed atti a compimento vincolato¹⁵⁴; i primi sono quelli per l'esperimento dei quali la legge non richiede uno specifico

¹⁵² *Ex plurimis*, CORDERO, DENTI, ILLUMINATI, FERRUA.

¹⁵³ Propendono per questa tesi GREVI, in *Nemo tenetur* e BARGIS, in *Incompatibilità*.

¹⁵⁴ Sulla distinzione riflette C. CONTI in *Accertamento del fatto ed in utilizzabilità nel processo penale*; ancora prima, NOBILI disegna la dicotomia tra prove "gratuite" e prove il cui esperimento richiede una qualche giustificazione.

presupposto o una motivazione vincolata (es. audizione di persona informata sui fatti); tra i secondi annoveriamo da un lato gli atti probatori per i quali la legge richiede il previo compimento di un'altra prova (atto vincolato in senso stretto o forte - es. perquisizione e sequestro), d'altro lato gli atti rispetto ai quali la legge richiede una motivazione, senza tuttavia spingersi fino a prevedere vincoli espressi con precedenti prove (atto vincolato in senso lato - es. perquisizioni o intercettazioni).

Se con riferimento agli atti probatori a compimento libero non si pone il problema, dal momento che è la stessa natura degli atti che fisiologicamente esclude un'implicazione con prove previamente esperite (sicché vi sarà una relazione d'ordine meramente cronologico), con riguardo agli atti vincolati bisogna distinguere: per quelli in senso stretto, è lo stesso legislatore che fissa il rapporto di pregiudizialità: è pertanto legittimo porre il problema dell'inutilizzabilità derivata; per quelli vincolati in senso ampio, l'esistenza di un rapporto di pregiudizialità logica o giuridica con altri mezzi di prova dipende dalla motivazione. Se è possibile motivare il "secondo atto" senza far riferimento al precedente viziato, *nulla questio*: la pregiudizialità sarà soltanto psicologica e naturalistica; viceversa, se la motivazione dell'atto successivo faccia riferimento alla precedente prova inutilizzabile, non essendo possibile reperire in altro modo una valida giustificazione, il nesso tra le due prove sarà giuridicamente rilevante e si atteggerà anche qui -come nel caso degli atti probatori a compimento vincolato in senso stretto- nel senso di una pregiudizialità giuridica: eliminando la precedente prova invalida, cadrebbe anche la motivazione, ed ecco che può concludersi nel senso che la precedente acquisizione rappresenta la *condicio sine qua non* della successiva. Anche in questo caso si pone la questione dell'inutilizzabilità derivata.

Non aiuta a chiarire i dubbi, e anzi rappresenta la principale causa delle plurime ricostruzioni assertive che si registrano in materia, l'assenza di un dato normativo chiaro sul punto, a differenza di quanto previsto nella parallela disciplina delle nullità (l'art.185.4 esclude l'operatività alle nullità concernenti le prove del principio di regressione del procedimento sancito nel precedente comma). Orbene, si discute se della suindicata norma se ne possa fare un'applicazione analogica, che essendo *in bonam partem* potrebbe risultare operazione legittima oltre che utile a chiarire i termini del problema.

La delicatezza della questione si coglie riflettendo sulla considerazione che in questo ambito vengono in rilievo due istanze di fondamentale rilevanza,

rispetto alle quali è imprescindibile individuare il corretto *trade off* o punto di bilanciamento: da un lato, la necessità di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo nell'acquisizione della prova; dall'altro lato, la necessità di conservare prove che potrebbero risultare determinanti. Torniamo al discorso di partenza della nostra tesi, relativo alla dicotomia tra inutilizzabilità e principio di non dispersione della prova, tra istanze garantistiche private e istanze pubblicistiche di ricerca e scoperta della verità. Quanto più forti si fanno le esigenze di accertamento, tanto minore è lo spazio che si riconosce alla forza contaminatrice del vizio. Le soluzioni sono influenzate dalla necessità più o meno intensa di conservare dati di rilevante utilità euristica.

La principale obiezione mossa al riconoscimento della possibilità di utilizzare elementi acquisiti grazie al previo esperimento di una prova inutilizzabile consiste nell'elusione, nell'aggiramento fino alla completa vanificazione dell'efficacia deterrente dei divieti probatori; d'altra parte, è evidente come qualsiasi sistema processuale non rinunci ad un materiale probatorio dall'indiscussa funzionalità attraverso la configurazione di un vincolo genetico normativamente espresso.

Le difficoltà nel ponderare questi contrapposti valori emergono in maniera evidente nella sentenza n.3/1996 (ricorrente *Sala*), nella quale le Sezioni Unite affrontano il tema relativo agli effetti conseguenti ad una perquisizione illegittima con specifico riguardo all'utilizzabilità della prova rinvenuta nel corso della sua esecuzione e sulla quale si sia disposto il vincolo di sequestro (il sequestro è il classico esempio, sopra ricordato, di atto probatorio vincolato in senso stretto: logicamente e soprattutto giuridicamente pregiudiziale al sequestro è la previa perquisizione). La Corte infatti precisa che esiste una relazione tra perquisizione e sequestro che non si esaurisce alla mera consequenzialità cronologica, ma si estende al profilo logico e funzionale: la perquisizione è lo strumento giuridico attraverso il quale si rende praticabile il sequestro. Con la naturale conseguenza che l'utilizzabilità dell'oggetto sequestrato è influenzata dalle preliminari attività che ne sono alla base, restando subordinata all'esecuzione di un legittimo procedimento acquisitivo. I vizi del procedimento di acquisizione, dal momento che incidono negativamente sull'esercizio di diritti soggettivi irrinunciabili oltre che indisponibili, non possono non propagare i loro effetti sul risultato che, attraverso quella trafila procedimentale, sia stato conseguito.

Nonostante questa premessa, le conclusioni delle Sezioni Unite sono andate in una direzione difforme, in quanto determinante è il fatto che nel caso di specie ricorresse l'unica ipotesi in cui si verifica un cedimento di una

disciplina improntata al rigoroso rispetto della legalità nella procedura di perquisizione: il bene sequestrato costituiva il corpo del reato, e rientra quindi tra gli elementi rispetto ai quali il sequestro è imposto ex lege come obbligatorio - artt.253.1, 235, 103, 240-. E' evidente la debolezza delle argomentazioni, ove si rifletta sulla circostanza che i possibili oggetti del sequestro sono rappresentati dal corpo del reato, oltre che dalle cose ad esso pertinenti.

Successiva al 1996, è la presa di posizione della Corte Costituzionale (ord. 332/2001) nel senso di accogliere l'orientamento che nega l'esistenza della inutilizzabilità derivata, che ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art.191 nella parte in cui non disciplina l'inutilizzabilità derivata, chiarendo che la materia rientra nella discrezionalità del legislatore, come tale non censurabile dal Giudice delle Leggi. La Consulta, in un *obliter dictum*, non ha nascosto il suo parere negativo sull'eventuale operazione, *de iure condendo*, che estenda il principio dell'invalidità consequenziale anche alla materia *de qua*: si finirebbe, a giudizio della Corte, per trasferire surrettiziamente nella disciplina della inutilizzabilità un istituto che il legislatore ha volutamente relegare alla materia della nullità (art.185.1 cpp)

Come da tempo suggerito in maniera prammatica da dottrina non incline ad affrettate e incomplete classificazioni¹⁵⁵, e confermato dalla costante incertezza che permea l'interpretazione giurisprudenziale¹⁵⁶, l'unica soluzione certa è che non esiste una soluzione sicura ed univoca. E' preferibile percorrere una **terza via, intermedia**, che attribuisce all'interprete il compito di vagliare caso per caso la specificità della situazione che gli si prospetta dinnanzi. L'accertamento circa l'inutilizzabilità della "seconda" prova deve far capo al tipo di divieto violato originariamente nonché al sostanziale permanere dell'illegittimità pur a fronte di una prova posteriormente acquisita secondo il modello legale.

Sulla scorta di questi parametri orientativi, emergerebbe la differenza tra il disposto di cui all'art.63 e le prescrizioni di cui all'art.103. Nel primo caso,

¹⁵⁵ La posizione riportata è di GALANTINI.

¹⁵⁶ Dopo la sent. Sala del 1996, la giurisprudenza si divide tra pronunce che escludono la propagazione del vizio (Cass., sez.VI, 2009, Cecconello) ed altre che affermano l'inutilizzabilità derivata (Cass., sez.II, 2008, Ronzello); altre ancora invece escludono sì la propagazione, ma prospettano d'altra parte l'operatività di sanzioni disciplinari o penali a carico degli autori della violazione (Cass., sez.I, 2010, Raso - l'eventuale illegittimità della perquisizione eseguita dalla p.g. non comporta il sequestro del corpo del reato, ma è sanzionabile solo con provvedimenti amministrativi e/o disciplinari).

A mio parere, la causa di una spaccatura così profonda è da ricercare nella posta in gioco, cui si dovrebbe rinunciare se si aderisse in maniera totale all'istituto dell'inutilizzabilità derivata: si finirebbe infatti per perdere materiali probatori dalla decisiva importanza euristica ai fini della ricostruzione della verità processuale.

l'uso a fini probatori delle dichiarazioni auto indizianti avverrebbe in spregio del primario diritto di difesa; nel secondo, invece, verrebbero in rilievo violazioni d'ordine meramente formale.

Si evince allora come l'oggetto di tutela dei divieti possa condizionare l'utilizzabilità della prova ulteriore: il tipo di interesse protetto può esigere (o meno) una difesa protratta oltre il normale campo operativo previsto.

Ad ogni modo, è chiaro che affidare una valutazione così delicata al giudice comporta inevitabilmente una componente fisiologica di rischio, oltre che la potenziale violazione del principio di determinatezza e di prevedibilità delle situazioni sanzionatorie processuali. Auspicabile sarebbe un intervento espresso del legislatore, che specifichi a monte la soluzione da seguire¹⁵⁷.

Dall'inutilizzabilità derivata dobbiamo tenere distinti due diversi fenomeni: la **sentenza o provvedimento decisorio emesso sulla base di prove inutilizzabili** (vedi *infra*, Cap.IV Sez.II pgf 2.1 e Sez.III pgf 2.1) -qui non siamo di fronte ad un'ipotesi di inutilizzabilità derivata, perché non si verifica il trasferimento del vizio da un atto all'altro, dal momento che essi hanno differente natura-; l'ipotesi in cui, dopo aver esperito una prova vietata dalla legge ed ottenuto un risultato probatorio inutilizzabile (es. intercettazione al di fuori dei casi consentiti), si cerca di far entrare nel processo quello stesso elemento di prova sfruttando canali probatori alternativi e, almeno in linea di principio, legittimi (es. testimonianza indiretta sul contenuto dell'intercettazione): si tratta dei casi di c.d. **inutilizzabilità alternativa**. A differenza delle ipotesi di derivazione, qui il vizio non è derivato, ma è originario. Nel prossimo paragrafo si esamineranno se e in che limiti tale principio può trovare applicazione nel nostro sistema (vedi *infra*, pgf.6).

6. L'inutilizzabilità alternativa: il principio di non sostituibilità

Come abbiamo avuto modo di anticipare, è necessario tenere distinta dall'inutilizzabilità derivata la diversa e parallela ipotesi di inutilizzabilità alternativa.

Negli ultimi anni, due sono le tendenze preponderanti in materia: se da un lato si avverte la proliferazione normativa della categoria, attraverso l'introduzione nel tessuto codicistico di nuove forme di inutilizzabilità speciali, dall'altro lato non può non notarsi quale sia la reazione -neanche troppo velata- degli operatori del processo, che sempre più spesso di fronte alla fitta

¹⁵⁷ Si rinvia alle osservazioni che verranno svolte nel Cap.V pgf.5, ed in particolare alla posizione espressa da SPANGHER (nota 29) e dall'art.206.3 del c.d. Progetto Dalia.

rete di divieti probatori espressi cercano di effettuare operazioni di aggiramento, eludendo i limiti legali per il tramite di canali acquisitivi differenti di modo da introdurre surrettiziamente gli stessi elementi di prova già marchiati dall'inutilizzabilità.

L'aggiramento si manifesta, ad esempio, qualora si richieda una testimonianza sul contenuto di un'intercettazione effettuata al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Per evitare simili operazioni, è generalmente riconosciuta l'operatività in materia del **principio di non sostituibilità o infungibilità**, che in caso di violazione è assistito dall'inutilizzabilità alternativa: si tratta di un canone ermeneutico non enunciato *expressi verbis*, ma che si ricava implicitamente dall'architettura del sistema probatorio. Che senso avrebbe prevedere un rigido nucleo di divieti probatori a garanzia di interessi sostanziali e processuali, se poi fosse possibile la sua elusione attraverso l'impiego di altre prove, tipiche o atipiche (art.189 cpp)?

Secondo Conti, il principio della non sostituibilità presenterebbe due sfaccettature: **in senso debole**, ogniqualvolta la "nuova" prova viene ad essere utilizzata per aggirare un divieto stabilito dal codice in relazione ad una prova diversa, o comunque per introdurre il risultato di una prova invalida. In questo caso, l'invalidità della prova previamente esperita dovrebbe ripercuotersi sulla successiva prova, disposta per introdurre fittiziamente il risultato della prima prova invalida.

Si parla, viceversa, di non sostituibilità **in senso forte** in tutti quei casi in cui una data prova viene ad essere esperita in luogo di un'altra, dal momento che rispetto ad essa non sono espressamente previsti dei limiti probatori: la sostituzione tra prove deve considerarsi vietata perché aggira i profili legali dei singoli strumenti (es. classico è costituito dalla ricognizione informale nell'esame dibattimentale: nel corso dell'esame incrociato, il teste è chiamato a riconoscere l'imputato senza il rispetto delle regole formali dettate per la ricognizione all'art.213; per la giurisprudenza, l'operazione è ammissibile e giustificata invocando la categoria della prova atipica; per la dottrina più attenta, siamo di fronte ad un'ipotesi di infungibilità in senso forte).

L'ipotesi più problematica è certamente costituita dalla non sostituibilità in senso forte, dal momento che rimette all'interprete il difficile compito di vagliare la *ratio* delle forme probatorie, enuclearne gli interessi tutelati e stabilire se un'eventuale irritualità è così grave da comportare l'inutilizzabilità, di modo da sanzionare quelle situazioni nelle quali, pur in assenza di un divieto espresso, appare violata l'essenza della prova.

Il principio non sostituibilità in senso debole è stato analizzato di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza Torcasio¹⁵⁸), fornendo un ulteriore avallo alla configurabilità della categoria dogmatica di cui si discute.

Il Supremo consesso ha ribadito il principio di **legalità** della prova, in ossequio al quale, per ottenere delle informazioni utili ai fini processuali, non si possono usare *escamotages* per aggirare i confini posti dal sistema attraverso l'utilizzo surrettizio di altri mezzi di prova. Le Sezioni unite hanno prospettato una sorta di **inutilizzabilità sistemica**, che consegue all'aggiramento delle regole poste a tutela degli schemi legali. Siamo di fronte ad una categoria senza dubbio utile, in quanto idonea ad arginare le tendenze deformanti di quella parte della giurisprudenza che, attraverso il ricorso a canali di indagine atipici e a prove irrituali, rischia di sgretolare i cardini del sistema posti a tutela di diritti individuali oltre che della affidabilità dell'accertamento.

Ad ogni modo, ad agevolare l'attività dell'interprete esistono dei casi di non sostituibilità codificata, nei quali è il legislatore stesso che fissa, una volta per tutte, l'operare di una regola decisiva e dal sapore garantista per la corretta tenuta di un processo accusatorio che possa definirsi *fair*¹⁵⁹:

- art.195.4 - ponendo il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni della persona informata sui fatti, il legislatore pone una regola di chiusura a garanzia del principio della tassatività delle letture (art.514) e, ancora più a monte, della inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte al di fuori del dibattimento (art.526). Siamo di fronte, in sostanza, ad una norma che costituisce il baluardo a difesa del rischio di elusione di ipotesi di inutilizzabilità fisiologica.
- art. 62 - il divieto di testimonianza indiretta sulle dichiarazioni rese dall'imputato o indagato nel corso del procedimento è diretto ad assicurare che le dichiarazioni del soggetto in questione entrino nel processo nella forma della prova documentale (*id est*, attraverso l'apprensione materiale del verbale rappresentativo della deposizione), e non attraverso il meccanismo della prova testimoniale indiretta.

¹⁵⁸ Cass., sez. un., 24 sett. 2003, Torcasio, in Cass. Pen., 2004, 30. Della tematica si è diffusamente parlato a proposito dell'inutilizzabilità delle intercettazioni, in Cap. III pgf. 4.11.

¹⁵⁹ L'aggettivo è frequentemente accostato dalla giurisprudenza della Corte EDU al sostantivo *process*: il processo equo o giusto processo è quello che risponde ai canoni dell'art.6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nota più semplicemente come CEDU), canoni oggetto di costituzionalizzazione ad opera della l.cost. n. 2/1999 all'interno del nuovo art.111 Cost.

- art. 729.1-ter - ipotesi di non sostituibilità in senso debole, codifica il principio per cui non possono in ogni caso essere utilizzate le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il *contenuto* delle rogatorie inutilizzabili.
- art. 240.2 - altra ipotesi di inutilizzabilità in senso debole è quella relativa ai documenti illegali, rispetto ai quali si specifica il divieto di effettuare copie e il divieto di utilizzo del *contenuto*.

7. La prova illecita

Per prova illecita si intende la prova acquisita in violazione non già di disposizioni di carattere processuale, bensì di una fattispecie incriminatrice dal tenore penale/sostanziale. Sulla configurabilità della categoria gli interpreti si dividono.

La posizione più risalente e di gran lunga più radicata, oltre che più semplicistica ed intuitiva¹⁶⁰, fa leva sul dato letterale per escludere che la violazione della legge penale/sostanziale possa dar luogo alla sanzione tutta processuale dell'inutilizzabilità. L'art.191 cpp fa riferimento alle prove *acquisite* in violazione dei divieti di legge: il richiamo al profilo dell'acquisizione -da intendersi in senso tecnico- starebbe ad indicare l'ingresso di un dato probatorio nel processo. Vera la premessa, si dovrebbe legittimamente inferire che l'unica legge idonea a vietare l'acquisizione di uno strumento probatorio è quella processuale.

Ma la conclusione non risulta corretta in senso definitivo ed assoluto. Se è vero che di norma un divieto di acquisizione risulta previsto nel codice di rito, questo non significa che le cause del divieto debbano tutte necessariamente essere contenute in quel codice.

Se la prova illegittima va incontro ad un divieto d'uso per la violazione di una norma procedimentale a maggior ragione dovrà pervenirsi alla stessa conclusione avuto riguardo alla prova illecita, altrimenti si perverrebbe all'assurdo di tutelate in maniera più energica una violazione proporzionalmente meno grave rispetto ad una, fondata sulla norma incriminatrice di stampo sostanziale, più grave.

Su tale posizione si è attestata la più recente giurisprudenza di legittimità¹⁶¹, secondo la quale anche la violazione di norme sostanziali può provocare (la nullità di un atto e) l'inutilizzabilità di un atto a contenuto probatorio. La formula cristallizzata nel disposto dell'art.191 non limita la fissazione dei

¹⁶⁰ DOMINIONI, Le prove; PISANI-MOLARI-PERCHINUNNO-CORSO-DOMINIONI-GAITO-SPANGHER, Manuale di procedura penale; GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale; GRIFANTINI, Inutilizzabilità; SCELLA, Prove penali ed inutilizzabilità.

¹⁶¹ Cass., sez. IV, 16.03.2000, Viscovic.

divieti probatori alla competenza della sola legge processuale, ma si limita a parlare di legge in senso generico. Per la citata giurisprudenza, è ormai superata la tesi dell'autonomia della sfera processuale da quella sostanziale: i limiti probatori possono ormai trovare la loro fonte di disciplina nell'intero *corpus normativo*, di livello primario o superiore (costituzionale).

8. La prova illegale

La denominazione di prova illegale non gode di una stratificata e consolidata discussione dottrinale, dal momento che risulta introdotta per la prima volta dal d.l. 259/2006, che ha novellato l'art.240 cpp rubricato "documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali".

La novità dell'intervento normativo non sta solo nella previsione della materiale distruzione a completamento della disciplina dell'inutilizzabilità (analogamente a quanto già prescritto dall'art.271 in tema di intercettazioni), quanto specialmente nel ricorso ad un nuovo attributo qualificativo della prova in questione: si parla di "documenti, supporti ed atti ... *illegalmente* formati o acquisiti" ovvero "formati attraverso la raccolta *illegale* di informazioni".

La scelta nella direzione di una nuova categoria di invalidità esprime la volontà del legislatore di non limitarsi ad applicare il tradizionale regime dell'inutilizzabilità, ma di affiancarvi un regime rafforzato che importa il divieto di "effettuare copia in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento", il divieto di utilizzazione del relativo contenuto, nonché l'immediata secretazione e custodia in luogo protetto ad opera del p.m., funzionale alla distruzione da parte del g.i.p.

Per verificare se il legislatore abbia creato o meno una nuova tipologia di invalidità dovremo attendere le novelle normative e le evoluzioni codicistiche, che ci riveleranno se quella della prova illegale sia stata un'esperienza autonoma ed isolata ovvero se la modifica dell'art.240 cpp abbia rappresentato la premessa per l'affermazione e la consolidazione di una nuova, particolarmente rigorosa, *species* di invalidità.

9. La prova incostituzionale

Per prova incostituzionale si intende l'elemento di prova raccolto con modalità non disciplinate nel codice di rito (altrimenti in caso di violazione dei divieti

processuali si ricadrebbe nella categoria generale dell'inutilizzabilità) e lesive dei diritti dell'individuo tutelati nella Carta costituzionale¹⁶².

Il tema è conseguenza di un dibattito nato in un momento di crisi della legalità processuale: nelle concrete dinamiche del processo si assisteva -e tuttora talvolta si assiste- ad un sacrificio sull'altare del fine ultimo della ricerca della verità dei diritti fondamentali che dovrebbero essere garantiti nell'adozione dei mezzi di ricerca della prova. La funzione gnoseologica del dato conoscitivo prevale sulla dimensione garantistica della disciplina processuale. Non è un caso che i primi accenni alla tematica dell'inutilizzabilità della prova incostituzionale siano emersi con riferimento ad un contesto giuridico, quello del codice del 1930, in cui le violazioni delle acquisizioni probatorie erano sanzionate con la nullità -perlopiù relativa-.

L'inadeguatezza di questo scenario rispetto al subentrato quadro costituzionale e l'immobilismo del legislatore ha indotto gli operatori del diritto a ricercare soluzioni ermeneutiche originali e non ancora battute. In tale ottica di adeguamento si inseriva infatti il Giudice delle leggi, che dapprima affermava che l'attività di valutazione del magistrato secondo il suo libero apprezzamento non potesse estendersi alle "prove vietate dalla legge" (C.Cost., sent. n.175/1970), e qualche anno più tardi, in senso inequivoco, teorizzava l'innovativo¹⁶³ principio della prova incostituzionale, in virtù del quale "*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*" (C.Cost., sent. n.34/1973)

Siamo di fronte ad una svolta storica, ad una tappa decisiva verso il percorso¹⁶⁴ che conduce all'enucleazione della categoria dell'inutilizzabilità. Il principio di legalità processuale in materia di acquisizione probatoria, invocato dalla Corte, dovrebbe essere assistito infatti, sul versante sanzionatorio, dallo strumento dell'inutilizzabilità dell'atto assunto in violazione del principio di legalità, e non del più morbido ed aggirabile presidio della nullità -relativa-.

Il principio, nel corso degli anni, si è consolidato ed è stato ribadito in più pronunce da parte del giudice delle leggi¹⁶⁵, oltre che dalla giurisprudenza di

¹⁶² La definizione è di GREVI, Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale, alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale (a partire dalla sent.34/1973).

¹⁶³ Per la verità, la Corte prese spunto dalle discussioni maturate in ambito statunitense.

¹⁶⁴ L'analisi della sentenza 34 e il suo valore di passaggio determinante nell'iter costitutivo della nuova categoria dell'inutilizzabilità sono stati evidenziati nel Cap.I pgf.2.3 lett.b.

¹⁶⁵ C.Cost., sentenza n.81/1993 in tema di sequestro dei tabulati telefonici, e n.229/1998 in tema di sequestro degli appunti predisposti dall'indagato in vista dell'interrogatorio.

legittimità¹⁶⁶. Oggi è acquisizione pacifica che l'art.191 cpp si applica anche alle prove incostituzionali perché assunte con modalità lesive dei diritti dell'uomo, a prescindere dall'esistenza di espressi divieti contenuti nella legge processuale. La portata operativa dell'art.191 ne esce amplificata.

A questa lettura potrebbe opporsi l'obiezione secondo la quale le norme della Costituzione sono disposizioni programmatiche, non immediatamente precettive, dal momento che fissano valori e principi che necessitano poi di essere attuati concretamente a livello di legislazione primaria¹⁶⁷.

Ma questa critica può ben liquidarsi come inconferente: è ormai riconosciuto come alcune disposizioni della Carta delle leggi abbiano una natura *self-executing*, manifestando un vincolo per il legislatore ordinario non solo sul piano meramente formale, ma già su quello sostanziale e contenutistico. Tra le norme aventi una portata sicuramente precettiva annoveriamo quelle di cui agli artt.13 - 21 Cost., che fissano i limiti tassativi entro i quali è possibile il sacrificio dei diritti individuali ivi disciplinati. La violazione di questi ultimi comporta l'operare dell'inutilizzabilità anche in assenza di una fonte legislativa che ne commini espressamente la sanzione.

L'inutilizzabilità da prova incostituzionale appare in grado di coprire i vuoti di disciplina che potrebbero derivare da un procedimento acquisitivo lesivo dei diritti fondamentali, realizzato attraverso lo strumento delle prove atipiche. Tale disposizione, proprio perché volta a regolare le acquisizioni non previste dalla legge e non preventivabili *ex ante*, non disciplina i casi e i modi con i quali l'atto lesivo del diritto individuale si può attuare, ma rinvia al contraddittorio tra il giudice e le parti per l'individuazione delle concrete modalità di acquisizione. Ma d'altra parte la Costituzione limita l'incisione dei diritti fondamentali alla specifica individuazione legislativa dei casi e dei modi con i quali questa può avvenire.

In proposito, si registrano orientamenti differenti.

Da un lato, una posizione formalista si aggancia all'assenza di un espresso divieto, e all'interno di tale orientamento spicca chi denuncia l'incostituzionalità dell'art.189 nella parte in cui consente -non vietandola *expressi verbis*- l'ingresso di prove innominate lesive dei diritti costituzionali.

¹⁶⁶ Cass., Sez. Un., 23.02.2000, D'Amuri; Cass., Sez. Un., 21.02.2000, Tammaro; Cass., Sez. Un. 24.09.1998, Gerina; Cass., Sez. Un., 27.03.1996, Sala.

¹⁶⁷ Sul tema, C.CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale, Cap.II.

D'altra parte, una diversa posizione esegetica fa leva su un'interpretazione estensiva¹⁶⁸ dell'art.191: il riferimento ai "divieti stabiliti dalla legge", si dice, deve essere inteso nel senso di ricomprendere anche la legge superiore, ovverosia la Carta fondamentale.

Terzo e più audace percorso ermeneutico¹⁶⁹ si fonda su una riflessione complessiva del combinato disposto degli artt.189 cpp e 13 - 21 Cost.: se la Costituzione consente la limitazione dei citati diritti individuali solo in presenza di una regolamentazione attuativa di primo livello, in assenza di una disciplina *ad hoc* -e l'art.189 tace sul punto- ogni atto limitativo è vietato *tout court*. Il sistema probatorio si dimostrerebbe pertanto autosufficiente ed idoneo ad escludere le prove incostituzionali senza invocare la diretta operatività della *Grundnorm*.

A questo punto, è possibile tracciare un'*actio finium regundiorum* tra i due limitrofi istituti della prova incostituzionale e del summenzionato principio di non sostituibilità -in senso forte-.

Il codice stabilisce una serie di mezzi di prova e di ricerca della prova tipici e la valvola di sfogo offerta dalla prova innominata. Da un lato, la prova incostituzionale funge da sbarramento all'accesso tra gli atti nel processo di prove atipiche lesive dei diritti fondamentali. Dall'altro lato, la non sostituibilità delimita i contorni delle prove tipiche.

10. Il divieto d'uso avendo riguardo alla prova estera

Per motivi di completezza, riporto l'ultima tematica che merita quanto meno un cenno, per quanto superficiale: quella relativa alla prova assunta all'estero. Si fa riferimento non solo alle ipotesi di rogatorie internazionali, ma anche alla diversa evenienza in cui la prova acquisita faccia parte di un procedimento penale straniero.

Ci si chiede in particolare quali debbano essere i parametri di utilizzazione nel processo interno di prove formate secondo una regolamentazione diversa rispetto a quella del codice di rito. Tali prove possono essere pedissequamente ed acriticamente introdotte nel procedimento penale interno o richiedono un preventivo vaglio di compatibilità con la disciplina nazionale?

¹⁶⁸ CAMON più che di interpretazione estensiva parla di interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.191.

¹⁶⁹ CONTI, op.ult.cit.

Deve rilevarsi invero, in assenza di un'espressa disciplina a riguardo, che consolidata dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, convengono¹⁷⁰ sul fatto che spetti all'autorità giudiziaria che deve utilizzare il dato probatorio -e quindi al giudice- valutarne la compatibilità con le regole del diritto interno. Del resto, come si ha avuto modo di chiarire, il giudizio di utilizzabilità di una prova non coinvolge il solo momento dell'acquisizione, ma anche le fasi dell'ammissione, prima, e della valutazione della prova, poi.

La possibilità di utilizzare una prova assunta in un procedimento estero ovvero tramite l'istituto della rogatoria internazionale è dunque subordinata ad un preventivo vaglio del giudice interno, che ne verifichi attraverso un giudizio di compatibilità la conformità o quanto meno la non confliggenza delle regole di formazione della prova "straniera" rispetto ai canoni del diritto processuale nazionale.

La verifica di adattamento alle regole interne della prova estera deve portare ad escludere quest'ultima ogniqualvolta risulti evidente, agli occhi del giudice, una deviazione -rilevante, al punto da essere assistita dalla sanzione dell'inutilizzabilità- rispetto allo schema legale tracciato dal codice di rito.

¹⁷⁰ Sul tema, cfr. C.Cost. sent. 359/1995; Cass, da ultimo sez.VI 22.09.2004, Cuomo; in dottrina, MARCHETTI, L'assistenza giudiziaria internazionale; CARCANO, I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità, in Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale.

Sezione Seconda – L’operatività dell’invalidità nelle due macrofasi del procedimento

1. Inutilizzabilità e indagini preliminari. Il sistema del doppio fascicolo: l’ambito concreto di applicazione dell’inutilizzabilità fisiologica (relativa oggettiva) e patologica - 1.1. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità fisiologiche (i.e. relative oggettive) - 1.2. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità patologiche - 2. Provvedimenti anteriori al dibattimento fondati su prove inutilizzabili: inutilizzabilità e gravi indizi cautelari - 2.1. Profili problematici seguenti all’emanazione del decreto che dispone il giudizio sulla base di prove o atti inutilizzabili - 3. Inutilizzabilità in dibattimento e prova della colpevolezza - 3.1. Art.526 c.1bis e pretesa utilizzabilità *in bonam partem* delle dichiarazioni sottratte al confronto dibattimentale - 3.2. Inutilizzabilità e sistema delle letture (artt. 511-514) - 3.3. L’inutilizzabilità legalmente orientata: le contestazioni - 4. Utilizzabilità e riti alternativi al dibattimento - 4.1. In dettaglio: il giudizio abbreviato (Sez.Un. 16/2000, Tamaro) - 4.2. In dettaglio: il “patteggiamento”

1. Inutilizzabilità e indagini preliminari. Il sistema del doppio fascicolo: l’ambito concreto di applicazione dell’inutilizzabilità fisiologica (relativa oggettiva) e patologica

La svolta in senso accusatorio del codice del 1988 trova la sua concreta realizzazione nella previsione del sistema del c.d. **doppio fascicolo**: come rilevato già dai primi commentatori del nuovo codice¹⁷¹, il fascicolo del dibattimento rappresenta il punto privilegiato di osservazione della concezione accusatoria che informa di sé il sistema processuale penale.

A differenza che in passato, è prevista la coesistenza di due fascicoli paralleli: da un lato, il **fascicolo del pubblico ministero**, nel quale confluisce anche il fascicolo del difensore, ove risultano conservati gli atti delle indagini preliminari che non sono inseribili nell’altro fascicolo - il contenuto si ricava in negativo, per esclusione-, e che resta depositato nella segreteria del p.m. (**art.433**); dall’altro, la previsione di un apposito **fascicolo del dibattimento**, redatto materialmente dalle parti e dal g.u.p. al termine dell’udienza preliminare che abbia disposto il rinvio a giudizio durante l’apposita udienza di formazione. In questo *dossier* confluiscono gli atti -i soli che vengono portati a conoscenza del giudice dibattimentale- indicati dall’**art.431**:

¹⁷¹ AMODIO, Fascicolo processuale ed inutilizzabilità.

- a) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile;
- b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria;
- c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore;
- d) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità;
- e) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio;
- f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana;
- g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236;
- h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove.

Ai sensi del Ilc., “le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva.”

In sostanza, l'ossatura degli atti che compongono il fascicolo ex art.431 è rappresentata dai verbali degli atti irripetibili¹⁷² e dell'incidente probatorio, oltre che dagli atti ivi inseriti per concorde volontà delle parti¹⁷³.

Diverso è il discorso con riguardo ai riti alternativi al dibattimento¹⁷⁴ o riti negoziali o giudizi “allo stato degli atti”: in queste ipotesi, la frattura rispetto all'architettura ordinaria del sistema è giustificata alla luce del consenso delle parti e, segnatamente, dell'imputato. Non avremo più una divaricazione tra due fascicoli, una *summa divisio* tra materiali a disposizione del giudice e materiali conosciuti dalle sole parti processuali, ma tutti gli elementi probatori di regola non utilizzabili in dibattimento diventeranno, in forza del consenso qualificato (art.111.5 Cost.), prove utilizzabili per la decisione di merito.

Qui emerge la vera dimensione del processo accusatorio, che consiste nel dare rilievo alla volontà delle parti: sono loro gli attori principi del processo, che ne scandiscono le cadenze, le condizioni e le modalità operative.

¹⁷² Il fatto che il legislatore non definisca questa categoria non deve lasciare dubbi ermeneutici, che possono essere tranquillamente fugati facendo sicuro riferimento al nucleo dei mezzi di ricerca della prova di cui al Titolo III del Libro III: trattasi di mezzi che si connotano per il requisito della sorpresa e dell'imminenza.

¹⁷³ Il consenso delle parti (e, in via ineliminabile, dell'imputato) rappresenta una delle tre ipotesi in presenza delle quali può dirsi superata la regola della formazione dibattimentale della prova (art.111.5 Cost.). La volontà delle parti di inserire nel *dossier* ex art 431 determinati atti processuali può essere espressa, oltre che nell'udienza di formazione del fascicolo del dibattimento, anche successivamente, nell'ambito delle richieste di prova di cui all'art.494.3 cpp.

¹⁷⁴ Per i riti speciali, si veda *infra*, *pgf.4*.

Riassuntivamente, ci si propone di chiarire quale sia in concreto l'ambito d'uso degli atti di indagine preliminare, considerando che il rinvio a giudizio rappresenta una barriera che determina una cesura del procedimento in due fasi scarsamente comunicanti.

- *In primis*, l'**uso** degli atti preliminari è sicuramente e innanzitutto **inter fase**, cioè circoscritto all'adozione dei provvedimenti -di rito ma anche di merito- che si collocano nell'arco delle indagini preliminari.
- *In secundis*, risulta evidente come si manifestino delle ipotesi che testimoniano un'utilizzazione degli atti di indagine anche **praeter fasem**. Tale **utilizzo** risulterà essere **pieno** e determinerà l'assunzione del rango di prova a tutti gli effetti qualora si tratti di un atto che fisiologicamente rientri nel fascicolo di cui all'art.431 (atto irripetibile, verbale di incidente probatorio), ovvero qualora vi sia un accordo in tal senso delle parti -art.431.2 e 493.3-, (in queste due ipotesi l'utilizzabilità piena è prevedibile *ex ante*); oppure qualora l'atto, in origine ripetibile, abbia perso tale connotato a seguito di un evento sopravvenuto ed imprevedibile -art.512-, o ancora qualora, a seguito di contestazione nell'esame dibattimentale, il giudice ritenga che vi sia stata violenza, minaccia o subornazione del teste o della parte privata -art.500.4- (ipotesi accumulate dal fatto che l'utilizzabilità non sia prevedibile in anticipo, ma emerga solo *ex post*).
- Altre volte, invece, l'**utilizzo** sarà meramente **indiretto**¹⁷⁵, cioè non pieno, ma limitato alla verifica dell'attendibilità del teste: si tratta delle ipotesi delle contestazioni a norma degli artt.500.2 e 503.4.

Resta da chiarire la natura giuridica della norma chiave rappresentata dall'art.431 cpp. In materia due sono le tesi che si contendono il campo: secondo *Nobili* saremmo di fronte ad un'ipotesi configurante una pluralità di divieti probatori; di diverso avviso è *Galantini*, che nega nell'art.431 la sussistenza di divieti probatori in senso proprio, disconoscendone la natura di contenitore di regole di esclusione alla luce di una serie di rilievi: il fatto che nell'elencazione del 431 vi siano anche atti non aventi natura probatoria (es. lett.a e lett.f); l'osservazione per cui non sembra possibile che il legislatore abbia voluto affidare la grave sanzione dell'inutilizzabilità a formule così vaghe e generiche; infine, il rilievo per cui le prescrizioni ivi riportate assumono senso di divieti probatori solo se correlate ad altri dispositivi (es. con riferimento all'incidente probatorio, la lett. d necessita di essere completata dall'art.403 cpp, a tenore del quale le prove assunte nel garantito

¹⁷⁵ AMODIO parla di *probatio semiplena*, riprendendo un'espressione propria del diritto delle prove civili.

contesto dell'incidente probatorio sono utilizzabili in dibattimento solo nei confronti dell'imputato il cui difensore abbia partecipato all'acquisizione anticipata; o ancora la lett. f circa l'acquisizione del corpo di reato si correla alle disposizioni del medesimo tenore di cui agli artt.235 e 240.

1.1. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità fisiologiche (i.e. relative oggettive)

Una volta chiarito come la più attenta dottrina¹⁷⁶ esclude l'art.431 dal novero dei divieti a supporto dell'inutilizzabilità fisiologica, ci si propone allora di individuare quali siano in effetti le norme alla base di tale tipologia di inutilizzabilità.

Tra queste, è possibile collocare innanzitutto quelle che fissano in via incontrovertibile un regime di utilizzazione endoinvestigativa:

- art.361.1 - all'individuazione di persone o cose procede il p.m. "quando è necessario per l'immediata prosecuzione delle indagini";
- art.350.5 - l'assunzione, sul luogo o nell'immediatezza del fatto dalla persona nei cui confronti sono svolte le indagini, di notizie ed indicazioni è ammessa nei ristretti limiti in cui queste siano "utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini". Come nella precedente ipotesi, siamo di fronte a situazioni che vanno oltre la mera inutilizzabilità fisiologica, negando *in nuce* la possibilità di usare le informazioni così raccolte in dibattimento, neanche ai fini contestativi;
- art.350.7 - le dichiarazioni spontanee assunte dalla p.g. sono legittimamente impiegabili nella sola fase preliminare, salvo l'utilizzazione in dibattimento ai soli fini della contestazione;
- artt.351 e 362 - l'assunzione di informazioni da parte, rispettivamente, della p.g. o del p.m., si rivolge a "persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini";
- art.430 - l'attività integrativa di indagine, compiuta da p.m. e difensore dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, è ammessa ai fini delle rispettive richieste al giudice del dibattimento;
- artt. 500 e 503, relativamente alle contestazioni nell'esame testimoniali e delle parti;
- art. 511 - 514 sul sistema delle letture¹⁷⁷.

1.2. I divieti a supporto delle ipotesi di inutilizzabilità patologiche

Si richiama sul punto quanto precedentemente affermato nel Cap. III pgf.IV. I divieti probatori che sono alla base delle inutilizzabilità patologiche non si

¹⁷⁶ GALANTINI, si veda la fine pgf. precedente.

¹⁷⁷ Sul punto, si tornerà diffusamente nei prossimi paragrafi (*infra*, pgf. 3.2 e 3.3).

esauriscono in un riscontro formale delle disposizioni di legge, ma richiedono una valutazione ispirata da un approccio di stampo sostanzialistico, che consente di riconoscere i divieti probatori sulla scorta dell'interesse sostanziale tutelato dalla norma contenente prescrizioni circa l'attività assuntiva della prova.

A tal fine, si rimanda a quanto precedentemente riportato.

2. Provvedimenti anteriori al dibattimento fondati su prove inutilizzabili: inutilizzabilità e gravi indizi cautelari

Ai sensi del llc. dell'art.191 cpp, l'inutilizzabilità è rilevabile anche *ex officio* "in ogni stato e grado del **procedimento**". Abbiamo già detto che "procedimento" è una locuzione più ampia della formula "processo", stando ad indicare l'intero arco delle attività che si snodano tra la fase preliminare e l'emissione della pronuncia di merito (per processo invece si intende appositamente la fase del giudizio).

Alla luce di premesse così chiare, dovrebbe pacificamente concludersi che la disciplina dell'inutilizzabilità¹⁷⁸ troverebbe attuazione anche nel corso delle indagini preliminari, nella specie con riferimento ai vizi eventualmente riscontrabili in sede di enunciazione dei gravi indizi di colpevolezza che, ex art.273 cpp, possono giustificare l'emissione di una misura cautelare.

Ma la validità di questa soluzione è da alcuni contestata sulla base delle modifiche normative sopraggiunte con la legge n.63/2001 di attuazione del giusto processo: come dovrebbe intendersi il nuovo comma 1bis dell'art.273 che richiama espressamente -solo- alcuni dei limiti probatori¹⁷⁹? Siamo di fronte ad una norma avente finalità esemplificative, per così dire "pedagogiche", ovvero si tratta di una previsione dai chiari tratti restrittivi e tassativi?

Ad avviso di quella che merita di essere considerata la posizione corretta¹⁸⁰, il riferimento contenuto nell'art.273.1bis ha una funzione di spia, di sollecitazione rivolta agli organi giudiziari al rispetto delle norme sulla legalità della prova anche nel delicato momento della disposizione di misure cautelari. Il richiamo espresso non deve essere inteso in base al canone *ubi lex dixit, voluit; ubi tacuit, noluit*, come se implicasse, *a contrario*,

¹⁷⁸ E' forse scontato che in tale contesto può essere dichiarata -ovviamente- la sola inutilizzabilità patologica, dal momento che l'inutilizzabilità fisiologica è una conseguenza del principio di separazione delle fasi e, per definizione, ha operatività limitata al solo giudizio dibattimentale.

¹⁷⁹ Trovano applicazione per espresso rinvio gli artt.192.3e4 (c.d. *corroboration*), 195.7 (divieto di testimonianza anonima), 203 (divieto di testimonianza anonima della p.g.), 271 (inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni eseguite illegittimamente)

¹⁸⁰ CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale, pag.133.

l'inoperatività delle altre ipotesi di inutilizzabilità patologica non espressamente menzionate.

Si deve dunque concludere nel senso che i divieti probatori e le correlate fattispecie di inutilizzabilità speciale, pure in assenza di un esplicito rinvio, sono senz'altro applicabili anche, e forse soprattutto, in sede cautelare.

2.1. Profili problematici seguenti all'emanazione del decreto che dispone il giudizio sulla base di prove o atti inutilizzabili

Il macro-problema, di ordine generale, dal quale prendiamo le mosse ai fini della nostra analisi è rappresentato dalle conseguenze connesse all'emanazione di un provvedimento (che sia una sentenza, un'ordinanza o un decreto) basato, fondato, motivato su prove inutilizzabili.

Vi è chi¹⁸¹ ritiene che in queste ipotesi ci troviamo di fronte ad un'invalidità derivata, che incide sul provvedimento successivo colpendolo con nullità assoluta; secondo altri¹⁸², l'invalidità non è subordinata ma è originaria, e affligge proprio l'atto decisorio che abbia assunto in motivazione la prova vietata. Il vizio si tradurrebbe quindi in un motivo di impugnazione.

Considerazioni a parte sono necessarie quando a fondarsi su una prova inutilizzabile sia quello specifico provvedimento giudiziale che è il decreto che dispone il giudizio.

Partendo dall'osservazione secondo la quale, poiché tale provvedimento non è motivato ed è inoppugnabile, non sarà esperibile alcun rimedio e non sarà possibile alcuna regressione del procedimento¹⁸³. Al limite, si tratterà di verificare se la prova invalida risulti poi essere effettivamente acquisita in giudizio: in tal caso troveranno applicazione le comuni norme in materia di inutilizzabilità.

A conclusioni antitetiche giunge chi¹⁸⁴, proprio riflettendo sul fatto che l'art.429 lett.d richieda un'indicazione -pur sommaria- delle fonti di prova, ritiene che il decreto che dispone il giudizio, emesso sulla base di prove inutilizzabili, sia da considerare nullo, e di fronte ad un vizio dalla portata così manifesta oltre che condizionante -*in negativibus*- la posizione dell'imputato, l'unica soluzione starebbe nell'applicare l'art.185.1 cpp (principio di regressione del procedimento).

3. Inutilizzabilità in dibattimento e prova della colpevolezza

¹⁸¹ NOBILI, LOZZI, CHIAVARIO.

¹⁸² GRIFANTINI, GALANTINI.

¹⁸³ In questi termini, GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale;

¹⁸⁴ NOBILI, La nuova procedura penale, pag.162.

Norma di chiusura del sistema e di completamento del nucleo di regole sulla formazione, utilizzazione e valutazione delle prove¹⁸⁵ è costituita dalla previsione contenuta nell'**art.526 cpp**: "*il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.*"

La norma in esame integra e completa la previsione cardine di cui all'art.191 cpp (che al llc. detta, tra l'altro, il generale regime di rilevabilità d'ufficio e senza decadenze dell'inutilizzabilità): se la prima delinea i contorni dell'inutilizzabilità **patologica** (dal momento che si riferisce alle "*norme acquisite in violazione dei divieti -probatori- stabiliti dalla legge*"), l'art.526 -ad un esame superficiale- tratteggerebbe soltanto i limiti dell'inutilizzabilità **fisiologica** (visto che fa espresso e limitato riferimento alle "*prove legittimamente acquisite in dibattimento*").

Le prove utilizzabili ai fini della decisione devono essere *legittimamente acquisite in dibattimento*: ecco, ci si propone di chiarire cosa si intende per prove acquisite in maniera legittima, corretta, conforme alla legge. Sono tali quelle che rispondono al metodo del contraddittorio e alle eventuali deroghe allo stesso -legittime in quanto costituzionalmente ammesse, ai sensi e nei limiti dell'art.111.5 Cost.- nel momento della formazione della prova.

Alla luce di queste osservazioni, si ritiene¹⁸⁶ che il termine *legittimamente* ricomprenda quella griglia selettiva che è costituita dalla somma delle ipotesi di inutilizzabilità degli atti di indagine (artt. 431, 493, 511-514) e dei divieti probatori (art.191) che delincono il volto dibattimentale della prova.

Il concetto di legittima acquisizione in dibattimento assume allora un duplice significato ed una duplice valenza:

- 1) l'elemento di prova non deve essere acquisito in violazione di un divieto probatorio (inutilizzabilità patologica); del resto l'art.526 parla di prove *legittimamente* acquisite al pari dell'art.191 -rubricato *prove illegittimamente acquisite*, intendendosi con una perifrasi prove acquisite in violazione dei divieti probatori aventi una fonte legale-
- 2) l'elemento di prova non deve essere acquisito in violazione di un divieto di lettura, che ne permetta l'utilizzo ai fini della deliberazione (inutilizzabilità fisiologica).

Alla luce di queste premesse, si può ben cogliere il senso profondo della conclusione tratta da autorevole dottrina¹⁸⁷, secondo la quale l'art.526 cpp si

¹⁸⁵ CARCANO, Le disposizioni sulla formazione della prova in dibattimento, in LATTANZI, Guida alla riforma del giusto processo.

¹⁸⁶ CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale.

¹⁸⁷ GALANTINI, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale.

atteggia a “norma di sintesi e strumento di raccordo dell’inutilizzabilità fisiologica e patologica”.

3.1. Art.526 c.1bis e pretesa utilizzabilità *in bonam partem* delle dichiarazioni sottratte al confronto dibattimentale

Riconducibile¹⁸⁸ senza dubbio alla categoria *de qua* è la previsione contenuta nel nuovo c.1bis introdotto all’interno dell’art.526 cpp dalla legge 63/2001 di attuazione del giusto processo. Tale norma, che ripropone né più né meno la formula contenuta nella seconda parte dell’art.111.4 Cost., chiarisce che “*la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore*”.

La peculiarità della disposizione sta nel momento in cui l’inutilizzabilità viene ad operare, nello scarto temporale - se vogliamo minimo, talvolta impercettibile- tra acquisizione ed uso: non è un divieto di valutazione, ma di utilizzazione di una prova che sia stata legittimamente acquisita, ma che non può essere utilizzata dal giudice ai fini della prova della colpevolezza.

A questo punto ci proponiamo di affrontare un quesito che tanto ha fatto discutere e continua a far discutere: le dichiarazioni sottratte al confronto dibattimentale, quelle cioè che rientrano nell’oggettività giuridica considerata nell’art.526.1bis, di regola inutilizzabili ai fini del giudizio di colpevolezza, possono essere utilizzate ad altri fini? In particolare, possono valere *in bonam partem* ed essere suscettibili di applicazione *pro reo*?

Secondo l’indirizzo prevalente, il quesito è da risolversi in termini negativi: l’inutilizzabilità è norma posta a tutela oggettiva della legalità della prova: il bene giuridico tutelato, la *ratio* di un sistema orientato nel senso dell’inutilizzabilità, non avrebbe un connotato soggettivo e disponibile, ma oggettivo.

Secondo un altro indirizzo¹⁸⁹, l’uso a favore è ammesso o meno a seconda della natura disponibile dell’interesse protetto dalla norma ovvero indisponibile in quanto concernente l’attendibilità dell’accertamento (dunque,

¹⁸⁸ L’esegesi interpretativa si frammenta lungo due direttrici: per alcuni si tratta di un divieto probatorio formulato come regola di esclusione (AMODIO; CHIAVARIO; GREVI; TONINI; CONTI); secondo altri, invece, pur non negando l’evidenza che si tratti di un divieto, specificano che questo viene in rilievo ad istruttoria conclusa, e quindi una volta che la prova sia stata legittimamente acquisita, ed operi come un limite alla valutazione del giudice, orientando il suo libero convincimento (FERRUA; NAPPI; VALENTINI).

¹⁸⁹ GALANTINI. Nella giurisprudenza, si veda, Cass. Sez. Un., Carpanelli (1996) e Cass., sez.IV, Usai (1996), dove si precisa che l’istituto dell’inutilizzabilità è osto a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove acquisite in danno del giudicabile, cioè le sole prove a carico.

a differenza dell'altra posizione, non esclude che vi possano essere degli interessi di natura relativa e soggettiva, rimessi alla disponibilità dell'imputato).

In effetti, la norma in esame dischiude un'ipotesi di inutilizzabilità di tipo relativo (il divieto di prova opera ai fini della colpevolezza): si tratta di capire se è lecito affermare la praticabilità del salto logico dal divieto d'uso *contro* l'imputato alla possibilità d'uso *a favore* dell'imputato stesso.

Stando al secondo indirizzo di pensiero sopra riportato, non sarebbe conveniente fossilizzarsi lungo una direttrice di pensiero generalizzante, che non tenga conto della specificità dei singoli casi: solo ragionare caso per caso, verificando di volta in volta¹⁹⁰ la natura disponibile o meno dell'interesse protetto, può rappresentare l'approccio più critico e corretto al problema.

Il più però ritengono che in materia il problema non si ponga *tout-court*, dal momento che non si possono rinvenire in materia divieti disponibili: il contraddittorio nella formazione della prova, inteso quale metodo ordinario di formazione della stessa, non è, per sua natura, nella disponibilità delle parti.

Ragionando diversamente, l'inutilizzabilità finirebbe per operare in maniera casuale ed imprevedibile, o meglio, sulla scorta delle utilità pratiche che le parti rinvergono nell'uso (o mancato uso) della singola prova.

Resterebbe, in ogni caso, il problema del dato probatorio favorevole sì ad alcuni imputati, ma contrario ad altri, senza che sia possibile un uso differenziato della prova.

3.2. Inutilizzabilità e sistema delle letture (artt. 511-514)

La lettura costituisce la forma di acquisizione tipica degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento: tutti gli atti ivi presenti, sin dall'origine al momento della formazione (art.431), ovvero successivamente perché acquisiti consensualmente ex art.493.3, devono essere **letti** -o, in alternativa equivalente, **indicati specificamente**¹⁹¹ (511.5)- affinché possano considerarsi giuridicamente acquisiti a dibattimento. I verbali degli atti di cui è stata data lettura sono infatti inseriti nel fascicolo per il dibattimento (**art.515**).

¹⁹⁰ Ad es., potrebbe considerarsi incongruo non utilizzare una prova a favore di un soggetto sul presupposto che sia stato leso un suo diritto di difesa (art.403 - utilizzabilità dell'incidente probatorio solo nei confronti degli imputati i cui difensori abbiano partecipato all'udienza: se però si tratta di prove *pro reo*, non avrebbe senso escluderle); diversa è l'ipotesi in cui la ragione dell'inutilizzabilità abbia carattere oggettivo, sia, per così dire, "di ordine pubblico" (art.188 - prova ottenuta in violazione della libertà morale di un individuo).

¹⁹¹ La lettura, pur fondamentale, può essere sostituita dalla semplice indicazione specifica degli atti utilizzabili, alla quale è equiparata a norma dell'art. 511.5. Sono fatti salvi i casi di verbali di dichiarazioni sui quali si avanzi una richiesta di parte; negli altri casi, la richiesta non vincola il giudice alla lettura, se non in presenza di atti aventi contenuto in serio disaccordo.

Ci si è già ampiamente soffermati sulle cadenze procedurali e sulle fasi del procedimento probatorio, che inizia con l'ammissione delle richieste di prove e culmina con la valutazione dei risultati delle prove, passando attraverso l'assunzione/acquisizione/formazione concreta e materiale della prova.

Come detto, il metodo *standard* per acquisire le prove precostituite in dibattimento è la lettura; non si procede a lettura ai sensi dell'art.511 quando esiste già un'altra specifica modalità di acquisizione: è il caso dei verbali delle dichiarazioni che, ai sensi degli artt. 500 e 503, sono utilizzati per le contestazioni, rispettivamente, nell'esame delle parti e degli imputati. Una volta utilizzati per le contestazioni, tali verbali entrano nel fascicolo dibattimentale, e tale allegazione non abbisogna dell'ulteriore adempimento rappresentato dalla lettura.

Ne deriva, come corollario, che in mancanza di lettura l'atto non è concretamente utilizzabile: verrebbe ad operare il combinato disposto degli artt. 191 e 526 cpp.

Ovviamente, la lettura di un atto non è di per sé sufficiente a sancire la legalità, né funge da sanatoria a d eventuali suoi vizi: si tratta di un elemento necessario, ma non sufficiente a spianare le porte del giudice alla valutazione: in caso di lettura rituale di prova vietata dalla legge, la legittimità e la correttezza formale della lettura non incide sull'atto vietato, che resterebbe comunque inutilizzabile.

L'art.**511bis** specifica, probabilmente *ad abundantiam*, che sono soggetti a lettura anche i verbali degli atti indicati nell'art.238 cpp: si tratta di verbali di prove di altro procedimento, che possono essere assunti nel successivo procedimento alle ristrette condizioni indicate (contesto garantito al quale abbia partecipato anche il difensore dell'imputato; irripetibilità sopravvenuta ed imprevedibile; consenso dell'interessato all'acquisizione).

L'art.**512** cpp rappresenta la concretizzazione a livello codicistico di uno dei tre sbarramenti costituzionali al generale principio della formazione della prova in contraddittorio tra le parti nella sede dibattimentale, sancito nel nuovo c.IV dell'art.111 Cost., sul quale è intervenuta la novella costituzionale n.2/1999. A tenore dell'art.512 cpp, infatti, è ammessa la lettura -e quindi l'acquisizione al relativo fascicolo dibattimentale- degli atti compiuti in sede di indagini preliminari¹⁹² ovvero compiuti dal g.u.p. nel corso dell'udienza

¹⁹² Lo si desume dal fatto che l'art.512 parla di atti assunti da p.g., p.m. e da difensori delle parti private (tramite quindi le investigazioni difensive ex artt.391bis e ss.).

preliminare ogniqualvolta, “*per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione*”. La previsione dell'impossibilità sopravvenuta ed imprevedibile come causa che legittima l'allegazione *ex post* nel fascicolo del dibattimento di atti che, di norma, non vi potrebbero accedere, rappresenta infatti la concreta attuazione della formula contenuta nell'art.111.5 Cost. (“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 provata condotta illecita”). Sia chiaro, l'art.512 non rappresenta un espediente per eludere la disciplina dell'inutilizzabilità fisiologica, col risultato di “far rientrare dalla finestra ciò che si è tolto fuori dalla porta”. Il concetto di irripetibilità sopravvenuta, a differenza di quanto accadeva nel precedente codice, non gode di una determinatezza certa, ma può essere individuato attraverso un'analisi sistematica con le ipotesi di irripetibilità originaria -queste sì tipizzate nell'art.431- e attraverso un'attenta ricognizione dei requisiti stringenti richiesti dal codice (deve trattarsi di ipotesi di irripetibilità sopravvenuta in un successivo momento di atti che, almeno in origine, erano considerati ripetibili; e deve altresì trattarsi di irripetibilità imprevedibile, *rectius* derivante da fatti o circostanze imprevedibili).

Solo attraverso una rigorosa e non lassista analisi dei suoi requisiti si evita che l'art.512 venga ad essere alterato nella sua originaria destinazione d'uso, quella di non precludere apriori elementi probatori inizialmente ripetibili che hanno perso nel tempo tale carattere.

Tradizionalmente ricondotto all'art.512 è la formula dell'**art.512bis** che, disponendo la lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero, citata in giudizio, nel caso in cui non risulti assolutamente possibile l'esame dibattimentale, viene visto come una forma tipica dell'irripetibilità sopravvenuta. Presi in esame dalla fattispecie “speciale” sono una particolare categoria di atti, i verbali delle dichiarazioni rese da persona residente all'estero, che si considerano esposti al pericolo dell'irripetibilità (per impossibilità di natura oggettiva ex art.111.5 Cost).

L'**art.513** si occupa di definire la lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato prima del giudizio (nel corso delle indagini e dell'udienza preliminare). Facendo precipuo riferimento alla relazione tra inutilizzabilità e questo tipo di lettura, alla luce dell'art.111 Cost., bisogna preliminarmente avvisare che tale relazione sia stata nel tempo orientata dalle continue trasformazioni che hanno inciso sul tenore letterale dell'art.513: l.267/1997, sentenza della

C.Cost. 361/1988 ed infine legge di attuazione del giusto processo (l.63/2001).

Il lc. sancisce, con riguardo alle dichiarazioni¹⁹³ rese prima del giudizio dall'imputato contumace, assente o reticente, un'ipotesi di inutilizzabilità relativa di tipo soggettivo nei confronti degli altri soggetti, salvo il loro consenso e salva comunque l'ipotesi di cui al 500.4 (violenza, minaccia o subornazione).

A completare il quadro del sistema delle lettura ci pensa l'**art.514** che esprime quello che tradizionalmente è definito come il principio **di tassatività delle letture**. Siamo di fronte ad una norma di chiusura del sistema dell'inutilizzabilità, che vieta di procedere alla lettura di atti al di fuori delle previsioni contenute nei precedenti artt. 511-513¹⁹⁴: correlandosi la lettura all'allegazione al fascicolo dibattimentale per effetto dell'art.515 cpp, le letture atipiche o innominate allegate al fascicolo del giudice non sarebbero comunque utilizzabili ai fini della decisione in quanto soccorre l'art.526.

3.3. L'inutilizzabilità legalmente orientata: le contestazioni

La contestazione consiste nell'attività condotta da una parte (difensore o p.m.) consistente nel segnalare, alla presenza del giudice dibattimentale, una discrasia, una difformità di contenuti emergente dal raffronto tra la deposizione in dibattimento del teste (art.500) o delle parti private (art.503) e le dichiarazioni che lo stesso soggetto abbia in precedenza reso nel corso delle indagini preliminari.

Perché si parla della nuova categoria dell'inutilizzabilità legalmente orientata? Perché nelle ipotesi delle quali si discute risulta evidente che il legislatore abbia fissato un regime di utilizzazione speciale, atipico e non riconducibile al *genus* dell'art.191: è il legislatore stesso a fissare il regime di utilizzazione delle contestazioni.

- Un primo, ordinario, uso delle contestazioni è quello della valutazione **“ai fini di credibilità del teste”** (art.500.2 e 503.4). E' chiaro che la credibilità e l'attendibilità di un teste agli occhi del giudicante sarà tanto più minata alla base quanto più si dimostri in giudizio -tramite l'istituto della contestazione- che in altra sede egli stesso abbia precedentemente reso sugli stessi fatti una diversa versione. La prova che si forma in dibattimento -la deposizione oggetto di contestazione-

¹⁹³ Il legislatore è tassativo nell'indicare quali atti siano suscettibili di lettura: si tratta solo dei verbali delle dichiarazioni rese dell'imputato al p.m., alla p.g. su delega del p.m. o al g.i.p. o g.u.p.

¹⁹⁴ A meno che, precisa il lc., nell'udienza preliminare le dichiarazioni siano state rese nella forma dell'esame diretto e controesame (artt.498 e 499 richiamati dall'art.421 in sede di udienza preliminare).

sarà prova a tutti gli effetti, ma avrà un valore persuasivo e dimostrativo inferiore in quanto non comprovata, anzi in discordia, con precedenti dichiarazioni.

- Un impiego ben più penetrante ed effettivo -ma dal punto di vista statistico, residuale- si ammette nelle sole ipotesi di **violenza, minaccia, promessa o offerta di denaro o altra utilità** affinché il teste non deponga o deponga il falso (*id est*, subornazione): qualora vi siano elementi concreti per ritenere che si rientri in una delle tassative ipotesi sopra descritte, l'art.500.4 specifica che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni e contenute nel fascicolo del p.m. sono **acquisite al fascicolo del dibattimento**, e quelle previste dal comma III (il rifiuto del teste in dibattimento di sottoporsi all'esame o al controesame impedisce di acquisire agli atti del giudizio le precedenti dichiarazioni da lui rese, se non vi sia il consenso in tale direzione, ferme restando le sanzioni penali) possono essere utilizzate.
- Fuori dai casi di violenza, minaccia o subornazione, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del p.m. precedentemente rese dal difensore possono essere **acquisite** al fascicolo dibattimentale **su accordo delle parti** (500.7).
- Resta comunque implicitamente da chiarire che la contestazione può indirettamente comportare l'introduzione di una prova: la risposta alla contestazione è prova validamente formata in contraddittorio, dotata di tutti i crismi e i caratteri qualitativi propri di una prova ritualmente formata.

4. Utilizzabilità e riti alternativi al dibattimento

Come ormai più volte ripetuto, il nuovo sistema processuale si fonda sulla distinzione del processo in due fasi, una preliminare ed una più strettamente processuale. La linea di confine che segna la cesura tra questi momenti non è netta e rigida, ma è labile e mobile, a seconda di come si atteggi il singolo e concreto processo, assumendo spazi rilevanti, per non dire determinanti, la volontà degli attori processuali (si pensi al consenso delle parti all'acquisizione di elementi probatori maturati nel corso delle indagini; ovvero all'accesso ai riti negoziali).

Nonostante infatti la tendenziale separazione tra la fase preliminare e quella processuale, non v'è dubbio che gli atti di indagine rivestano importanza decisiva sotto diversi profili:

- rappresentano la base probatoria e motivazionale in relazione alla quale sono emessi dal g.i.p. i provvedimenti *inter fase* incidenti sulla libertà personale -misure cautelari-, nonché la base decisoria del g.u.p. all'esito dell'udienza preliminare (ovvero della parallela richiesta di archiviazione avanzata dal p.m.);

- costituiscono gli elementi sui quali si fondano le contestazioni negli esami dibattimentali delle parti e dei testi;
- esauriscono il materiale probatorio a disposizione del giudice nelle ipotesi nelle quali le parti hanno aderito -ed il giudice acconsentito- alla definizione del processo secondo un rito alternativo al dibattimento ordinario, speciale, consensuale o, il che è lo stesso, negoziale.

Facciamo precipuo riferimento a quest'ultima tipologia di utilizzo degli atti di indagine. Le argomentazioni dei difensori, le valutazioni dei pubblici ministeri, le disposizioni dei giudici si fondano, e non possono che fondarsi, sui materiali probatori raccolti nel corso delle indagini preliminari sino al momento della richiesta ovvero della disposizione di un rito alternativo.

Gli elementi acquisiti dal p.m., dalla p.g. nell'attività delegata o autonoma, nonché dal difensore nel corso delle investigazioni difensive¹⁹⁵ (artt.391bis e ss.) configurano il nucleo di informazioni e dati che vanno a costituire la base del decidere nelle ipotesi in cui sia ammissibile il giudizio **abbreviato**, gli elementi da valutare nel momento in cui p.m. e difensore chiedano al giudice di applicare la pena concordata (c.d. **patteggiamento**), il materiale decisivo utilizzato dall'autorità giudiziaria nell'emissione del **decreto penale di condanna**.

Tutte le decisioni "emesse allo stato degli atti", disposte al termine di uno dei riti speciali appena ricordati, non possono che basarsi, per definizione, -esclusivamente- sugli atti di indagine fino a quel momento raccolti.

Ecco che le ipotesi di inutilizzabilità fisiologica si rivelano come inutilizzabilità relative, cioè operanti solo con riguardo alla fase dibattimentale, e vengono, per così dire, azzerate dalla richiesta di riti negoziali che prescindano da questo momento.

In passato, si era affermata una posizione giurisprudenziale¹⁹⁶ che sanciva la regola dell'efficacia sanante della scelta e della disposizione di un rito alternativo rispetto alle eventuali inutilizzabilità che caratterizzassero il materiale probatorio fino ad allora raccolto: questo alla luce della considerazione che il rito in questione è ammissibile a seguito di un vaglio del giudice che abbia appurato la "definibilità allo stato degli atti". Nel momento in cui si chiede un rito alternativo, si acconsentirebbe pure all'utilizzabilità di ogni e qualsiasi materiale probatorio racchiuso nel fascicolo del p.m., che non

¹⁹⁵ Come precisato dalla Consulta nella sent.184/2009, seppur con specifico riguardo al giudizio abbreviato, gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più grande rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare.

¹⁹⁶ La tematica sarà approfondita nel prossimo pgf. con specifico riguardo al giudizio abbreviato, e sarà riportata la posizione espressa nel 2000 dalle Sezioni Unite Tammaro.

sia stato preliminarmente contestato dall'imputato, affrontandone le relative conseguenze (cioè che il processo non risulti -più- definibile allo stato degli atti). Una volta optato per il rito speciale, non si potrebbe più dolersi delle invalidità del materiale probatorio, altrimenti si finirebbe per incidere *ex post* su un *dossier* di atti ritenuto in precedenza sufficiente dal giudice perché il giudizio possa essere definito allo stato delle acquisizioni attuali. Sarebbe come modificare in un secondo momento quelle specifiche condizioni di partenza "*hic et nunc*" valutate dal giudice compatibili con la formula di un rito alternativo (se le condizioni di partenza fossero state differenti, non è da escludere che il giudice non avrebbe deliberato nel senso di escludere il rito negoziale).

Ma questo è un argomento non più spendibile, dal momento che oggi il giudice può superare un'eventuale situazione di stallo così creatasi (per effetto di sopravvenute inutilizzabilità il materiale probatorio non è -più- sufficiente per chiarire il quadro processuale) assumendo, "anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione" (così l'art. 441.5 a proposito del giudizio abbreviato, novellato dalla legge 479/1999)¹⁹⁷.

E' evidente che l'accordo tra le parti, se vale come rinuncia al contraddittorio come metodo di formazione della prova¹⁹⁸, conferendo pieno valore di prova alle risultanze investigative, non può produrre un'efficacia sanante su patologie gravi (nullità insanabili ed inutilizzabilità) che eventualmente investano gli atti compiuti durante le indagini preliminari. E' da escludersi che l'accordo sulla pena -come ogni altro accordo tra le parti su cui si fonda un rito negoziale- importi una "rinuncia a far valere ogni questione od obiezione di qualsiasi natura"¹⁹⁹. Con specifico riferimento al patteggiamento, la richiesta di applicazione di pena non deve essere letta in chiave di completa rinuncia ad esercitare il proprio diritto di difesa.

4.1. In dettaglio: il giudizio abbreviato (Sez.Un. 16/2000, Tammaro)

Le questioni appena poste e affrontate secondo una prospettiva d'insieme godono oggi di un'eco generalizzata a tutti i riti alternativi a definizione allo stato degli atti proprio grazie alle acquisizioni giurisprudenziali maturate nel settoriale ambito del giudizio abbreviato.

¹⁹⁷ Come hanno del resto argomentato le Sezioni Unite nella sent. 21 giugno 2000 (Tammaro).

¹⁹⁸ E tale rinuncia non è "fuori dal diritto", anzi costituisce diretta applicazione codicistica del principio costituzionale ex art.111.5 (la legge stabilisce i casi nei quali non si ha luogo a contraddittorio nella formazione della prova..per consenso dell'imputato). Le parti esprimono una "rinuncia generalizzata al contraddittorio nella formazione della prova".

¹⁹⁹ Cass., 11 marzo 1992, Maradona.

In particolare, *thema disputandum* era rappresentato dalla questione del “se sia consentito dedurre nel giudizio abbreviato eccezioni di inutilizzabilità di elementi probatori”²⁰⁰, quando esse non siano state sollevate prima della richiesta di accesso al rischio semplificato, accettando il rischio di vedersi esclusa tale opzione qualora il giudice, accogliendo l’eccezione di inutilizzabilità, non ritenga il processo (più) definibile allo stato delle carte. Della questione si è finalmente potuta occupare le Sezioni Unite nella sentenza Tammaro (21 giugno 2000, n.16) a seguito di un’ordinanza di rimessione da parte della II sezione penale, che rilevava tra i motivi fonte di disorientamento l’esistenza di un annoso contrasto giurisprudenziale tra due posizioni: da un lato, l’orientamento prevalente²⁰¹ -ma evidentemente non aggiornato alla luce delle recenti novelle legislative- ritiene che, una volta introdotto il rito abbreviato, non possono porsi questioni di inutilizzabilità ed in genere di invalidità degli atti probatori sui quali la decisione deve fondarsi, dal momento che il rito speciale si fonda sulla definibilità allo stato degli atti -di tutti gli atti- fino a quel momento raccolti, e valutati dal giudice sufficienti per poter emettere una decisione di merito. Sarebbe dunque onere dell’interessato eccepire i vizi degli atti preliminarmente alla decisione di ammissione al rito speciale, accettando il rischio che il processo possa essere considerato non definibile allo stato degli atti; dall’altra parte, si faceva strada con convinzione ed autorevolezza sempre maggiore quell’indirizzo ermeneutico²⁰² dai connotati garantisti e ispirati al principio di legalità: il giudice può utilizzare nel rito abbreviato tutti gli atti di indagine, ma a condizione che siano stati *legittimamente* acquisiti al fascicolo del pubblico ministero. Il giudice infatti non può valutare né porre a fondamento della propria decisione atti viziati da inutilizzabilità o invalidità insanabili (tra queste, la nullità assoluta, non risultando il principio della rilevabilità d’ufficio in ogni stato e grado dell’intero procedimento (e non del solo processo dibattimentale tradizionale) intaccato da alcuna disposizione, né espressamente né implicitamente. Con precipuo riguardo alle inutilizzabilità, il giudice non può utilizzare gli elementi colpiti da inutilizzabilità patologica, cioè assunti *contra legem* il cui impiego è vietato in modo assoluto ed in ogni fase del processo dall’art.191; diverso è il discorso per le inutilizzabilità fisiologiche, che operano con riguardo alla fase dibattimentale.

²⁰⁰ Questi i termini coi quali la II Sezione Penale rimette la questione alle Sezioni Unite nella nota sentenza Tammaro.

²⁰¹ Da ultime, Cass. II, Albanese (1999), Cass. I, Iacovone (1999), Cass. II, Rigato (1998).

²⁰² Cass. V, Busellato (1999), Cass. I, Avanzi (1998) ed altre.

Dopo aver preso in rassegna i due indirizzi interpretativi, le Sezioni Unite manifestano di aderire alla seconda, più rigorosa, linea di pensiero.

La prima tesi interpretativa innanzitutto collide in maniera inaccettabile con la formulazione letterale dell'art.191.2 (e 179 con riferimento alle nullità assolute), senza trovare appiglio in altra disposizione che, quanto meno implicitamente, legittimi l'elisione della regola generale per la quale l'inutilizzabilità (e la nullità assoluta) sono insanabili e rilevabili, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. Siamo di fronte ad una forma di invalidità sottratte nei termini più assolute a forme di negoziazione e al potere dispositivo delle parti. In secondo luogo, come già accennato, questa ricostruzione interpretativa farebbe acqua anche dal punto di vista sistematico, alla luce della novella legislativa intervenuta con la legge 16 dicembre del 1999 n.479, che ha inciso profondamente sulla fisionomia dell'art.438 ed ha introdotto, per quel che ci riguarda, un nuovo V comma: al giudice che ritenga di non poter decidere allo stato degli atti (perché si sia reso conto dell'erroneità della sua precedente valutazione di ammissione del rito abbreviato ovvero perché, più verosimilmente, perché siano intervenute delle declaratorie di invalidità che abbiano ridotto, qualitativamente, il materiale probatorio potenzialmente a supporto della decisione) è permesso "assumere, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione".

Per converso, la posizione più corretta è quella espressa dalla seconda tesi. Il patteggiamento è una negoziazione, una rinuncia che avviene sul rito, semplificando le tradizionali modalità di formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale; ma è chiaro che l'abdicazione può avere ad oggetto solo i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, senza influire sul potere-dovere del giudice di essere garante anche in quel giudizio speciale della legalità del procedimento probatorio.

Concludono le Sezioni Unite che:

- nel giudizio abbreviato non rileva l'inutilizzabilità di tipo fisiologico, funzionale ai connotati del processo accusatorio, in forza del quale il giudice non può utilizzare ai fini della decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite al dibattimento (art.526 e correlati divieti di lettura ex art.514). In queste ipotesi, il vizio sanzione è neutrale, o meglio è neutralizzato, dalla scelta negoziale di tipo abdicativo portata avanti dalle parti;
- parimenti irrilevanti sono le ipotesi di inutilizzabilità relativa di tipo oggettivo, cioè quelle che operano con precipuo riferimento al solo

dibattimento (si fa l'esempio dell'art.350.7 riguardo le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla p.g.);

- al contrario, deve riconoscersi piena rilevanza alle “gravi ed irreversibili patologie” quali l'inutilizzabilità patologica e la nullità assoluta, che manifestano effetti invalidanti non solo nel dibattimento, ma in qualsiasi altra fase del procedimento (pertanto, sono rilevabili in ogni stato e grado del giudizio), comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e i riti negoziali di merito alternativi al dibattimento.

4.2. In dettaglio: il “patteggiamento”

Le stesse considerazioni esposte a proposito dell'abbreviato possono valere, *mutatis mutandis*, con riferimento all'altro fondamentale rito di natura negoziale alternativo al giudizio ordinario: l'applicazione di pena su richiesta delle parti, più comunemente conosciuto, non solo tra i profani del diritto, come patteggiamento.

Anche qui la giurisprudenza maggioritaria -con espresso riguardo alla tematica della nullità, non avendo avuto modo di esprimersi sulla parallela questione della inutilizzabilità- si atteggiava lungo una posizione speculare a quella in materia di rapporti tra invalidità e rito abbreviato, sostenendo che “l'applicazione concordata della pena postula la rinuncia a far valere qualunque eccezione di nullità, anche assoluta, diversa da quelle attinenti alla richiesta di patteggiamento ed al consenso ad essa prestato, in quanto le suddette nullità, se eventualmente verificatesi, devono ritenersi superate dall'accordo intervenuto tra le parti, che comporta l'accettazione della ritualità degli atti fino a quel momento compiuti²⁰³”.

Altro indirizzo, per la verità di gran lunga minoritario²⁰⁴, pur rifacendosi alla regola generale tratteggiata dalla maggior parte delle pronunce, eccettua da tale contesto “le nullità assolute ed insanabili”, oltre, naturalmente, ai vizi che abbiano inficiato il consenso al rito alternativo.

Come per l'abbreviato, anche qui è bene sottolineare -nonostante manchi una pronuncia delle Sezioni Unite a sciogliere i dubbi e riportare le plurime interpretazioni “sulla retta via”-, sulla scorta delle acquisizioni maturate nella sentenza Tammaro, certamente applicabili per analogia al diverso rito in esame, come soluzioni tanto radicali quanto poco garantiste e elusive del principio di legalità debbano essere bandite dalla *forma mentis* del giudice

²⁰³ Così, Cass. Sez. V, Ben Hamidi (1998); nello stesso senso, si vedano, tra le altre, anche Sez. VI, Tamburello (1996); Sez.I, Versace (1997); Sez.VI, Rocco (1999).

²⁰⁴ Cass., Sez.I Celle (1994); sez.V Cieri (1998).

chiamato, *ex art. 444*, a vagliare la congruità della pena patteggiata all'accertamento dei fatti e alla qualificazione giuridica della vicenda concreta. Si può certamente condividere l'assunto secondo cui il patteggiamento comporta l'accettazione da parte dell'imputato degli elementi probatori acquisiti agli atti, e, quindi, la rinuncia a sollevare eccezioni in rito; ma tale rinuncia non può certamente valere a sottrarre al giudice il potere dovere di verificare la legalità del procedimento probatorio, eventualmente rilevando anche officiosamente le ipotesi più gravi ed insanabili di invalidità²⁰⁵.

Queste considerazioni non sembrano superate con l'avvento del c.d. patteggiamento allargato, introdotto dalla l.134/2003, che ha lasciato immutato l'art.444.2, interpretato dalla giurisprudenza nel senso di escludere che l'applicazione della pena postuli un effettivo accertamento da parte del giudice sul nucleo storico dei fatti, operato sulla base degli atti di indagine che risultino legittimamente formati.

²⁰⁵ In questa direzione va la posizione espressa da FANULI in Quaderni di Cassazione Penale, vol.2 (2004).

Sezione Terza – I rimedi all'inosservanza dei divieti probatori. Il regime giuridico ex Ilc. 191 cpp (concezione dinamica)

1. Il regime di rilevabilità del vizio che causa l'inutilizzabilità - 2. L'ipotesi patologica della sentenza emanata in violazione della regola aurea di cui all'art.526.1. Vizio tout-court dell'atto o vizio della decisione? - 3. Inutilizzabilità nelle impugnazioni ordinarie: l'appello. - 4. (segue) Il ricorso per Cassazione - 4.1. Inutilizzabilità e giudizio di rinvio - 5. Inutilizzabilità ed impugnazioni *extra-ordinem*: il ricorso straordinario - 5.1. (segue) Il giudizio di revisione - 6. Incidenza di fonti convenzionali per la rilevazione *post iudicatum* di cause di inutilizzabilità - 7. Inutilizzabilità e procedimento di riparazione per ingiusta detenzione - 8. Inutilizzabilità e fase esecutiva: l'incidente di esecuzione - 9. Inutilizzabilità e disciplina extra-penale: le attività ispettive e di vigilanza - 10. Profili di diritto intertemporale: inutilizzabilità e *ius superveniens*.

1. Il regime di rilevabilità del vizio che causa l'inutilizzabilità

Se con riferimento alla c.d. parte statica si sono segnalate delle difficoltà ricostruttive -nella concreta individuazione del sistema dei divieti probatori-, giustificate dall'interpretazione potenzialmente ambivalente della formula "prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge", lo stesso non può dirsi introducendo la c.d. **parte dinamica** dell'istituto, intendendosi con tale formula il regime giuridico predisposto dal legislatore per l'inutilizzabilità e quindi il modo in cui essa materialmente opera.

Nel prevedere, all'interno del II c. dell'art.191 cpp, che l'inutilizzabilità sia rilevabile "anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento", il legislatore, ricalcando il regime giuridico della nullità assoluta, vuole affermare inequivocabilmente da un lato che non è pensabile conferire spazio operativo all'istituto della sanatoria²⁰⁶, e, dall'altro, che la rilevabilità del vizio possa provenire tanto dalle parti quanto dal giudice, secondo un modello di "rilevabilità incontrastata²⁰⁷". Legittimate alla rilevazione, sono tutte le parti processuali, in quanto tutte titolari del trasversale interesse alla rituale utilizzazione delle prove; d'altra parte, la previsione che l'accertamento sia svincolato dalla necessaria attività delle parti e rimesso all'*officium* del giudice si coglie sicuramente nella particolare gravità del vizio, ma non deve essere

²⁰⁶ Si veda *supra*, Cap. IV Sez.I pgf.4. Sulle prospettive di superamento di questo rigido regime, si veda invece il Cap.V.

²⁰⁷ Secondo l'espressione invalsa nel lessico di GALANTINI, e presente sia nella voce enciclopedica sull'Inutilizzabilità sia nell'opera L'inutilizzabilità della prova nel processo penale.

trascurato l'ulteriore aspetto della volontà di togliere spazio a spregiudicate manovre tattiche di parte, quali l'attendere che il giudizio si protragga fino all'ultimo grado per poter sollevare l'eccezione di inutilizzabilità e determinare la retrocessione del processo.

Ad ogni modo, il rilievo e la significatività centrale della norma si coglie riflettendo sul fatto che, se non fosse stato predisposto un regime di rilevazione così ampio, non si sarebbe potuto porre rimedio ai più gravi vizi del procedimento probatorio: se in appello il giudice decide *ex novo* sulla scorta dei motivi di ricorso, nel giudizio di Cassazione, in assenza di una previsione dal tenore analogo al 191.2, nulla avrebbe potuto farsi ai fini della declaratoria di inutilizzabilità.

A discapito delle premesse e delle incontestabili formule normative (si veda l'art.191.2), il diritto vivente, emancipandosi dalle indicazioni del diritto positivo, esige che l'eccezione di inutilizzabilità debba essere fatta valere nel momento in cui il vizio si manifesta, introducendo *praeter legem* se non *contra legem* un principio di responsabilizzazione delle parti.

In particolare, svariate pronunce della Cassazione, anche a Sezioni Unite, richiedono che il ricorrente indichi specificamente il vizio dedotto e gli atti dai quali è dato ricavare l'esistenza dello stesso²⁰⁸, e che chiarisca l'incidenza dell'atto viziato sul compendio probatorio²⁰⁹; specificano che l'inutilizzabilità non possa essere fatta valere nei motivi nuovi, stante la preclusione *ex art.167 disp.att.*²¹⁰; chiariscono l'impossibilità di dedurre per la prima volta nel giudizio di legittimità inutilizzabilità che richiedono un accertamento nel merito (stante la rilevazione necessaria nel processo d'appello, salvo poi rivalersene nel giudizio di Cassazione contestando la legittimità dei provvedimenti sul punto emessi)²¹¹. Inoltre, prima di procedere ad annullamento con rinvio della sentenza basata su una prova inutilizzabile, la Corte effettua la c.d. *prova di resistenza*, consistente nel verificare se, eliminata la prova invalida, l'impianto motivazionale comunque "resti in piedi"²¹².

2. L'ipotesi patologica della sentenza emanata in violazione della regola aurea di cui all'art.526.1. Vizio tout-court dell'atto o vizio della decisione?

²⁰⁸ Cass., Sez. Un., De Iorio (2008).

²⁰⁹ Cass., Sez. Un., Fruci (2009).

²¹⁰ Cass., sez.I, Ballacchino (2005).

²¹¹ Cass., sez.IV, 6 ottobre 2010.

²¹² Da ultima, Cass., sez.V, Rizzo (2008).

In questione è la particolare ipotesi dell'emanazione di una sentenza -ma lo stesso, sia chiaro, vale con riguardo ad un'ordinanza o un decreto- che sia basata su prove inutilizzabili. Siamo di fronte a quelle situazioni nelle quali l'inutilizzabilità non sia stata fatta valere per tempo, e si ponga la possibilità di poterla rilevare o meno *ex post*, in un secondo momento, dopo che l'atto è stato impiegato nella motivazione del provvedimento.

Si ripropone in questo micro-settore la più ampia tematica già affrontata²¹³ a proposito del decreto che dispone il giudizio fondato su prova inutilizzabile: provvedimento viziato da invalidità derivata e quindi nullo in termini assoluti ovvero invalidità a titolo originario sorta con l'utilizzo della prova vietata?

Accogliendo quest'ultima posizione²¹⁴, il provvedimento basato su prova inutilizzabile può essere aggredito tramite lo specifico rimedio ordinariamente previsto dal codice. Così, la sentenza potrà essere impugnata con appello o ricorso per cassazione.

3. Inutilizzabilità nelle impugnazioni ordinarie: l'appello

Nell'affrontare il tema dei rimedi all'inosservanza dei divieti probatori in fase di impugnazione, viene anzitutto in rilievo la premessa per cui per poter impugnare la pronuncia è necessario che essa abbia fatto effettivo ricorso alla prova irrituale²¹⁵. Questa ovvia affermazione vale anche per provvedimenti di tenore diverso dalla sentenza di merito, come l'ordinanza che dispone una misura cautelare avverso la quale è avanzata una richiesta di riesame.

Alla luce del chiaro dettato dell'art.191.2, anche qualora l'atto di impugnazione si basi su differenti doglianze, l'inutilizzabilità rientra tra le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento e, pertanto, non è necessario che le parti la inserisca tra i motivi di ricorso.

Questione interessante è rappresentata dalle conseguenze dell'inammissibilità dell'impugnazione sulla declaratoria di inutilizzabilità: dal momento che abbiamo accolto la tesi secondo la quale il provvedimento viziato in quanto fondato su prova inutilizzabile deve essere censurato in sede di rimedio giurisdizionale (nella specie, con riferimento alla sentenza,

²¹³ Cap.IV Sez.II pgf.2.1

²¹⁴ Sulla scorta del pensiero di GRIFANTINI e GALANTINI.

²¹⁵ GALANTINI, L'Inutilizzabilità della prova; AMODIO, Fascicolo processuale; CONTI, in Accertamento del fatto ed inutilizzabilità, sottolinea la necessità che nel provvedimento si sia fatto effettivo uso della prova viziata, altrimenti si ricadrebbe nel campo del vizio innocuo. N.B.: si parla di utilizzo della prova, non di impiego determinante e decisivo ai fini della specifica motivazione adottata. Con riferimento a questo secondo passaggio, viene in rilievo la c.d. prova di resistenza.

l'appello o il ricorso per cassazione), la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione comporta l'impossibilità di rilevare il vizio?

Tradizionalmente si distingue tra cause di inammissibilità originarie, che impediscono la stessa instaurazione dell'impugnazione, e sopravvenute, che non ostano una valida instaurazione e non precludono l'esame delle questioni rilevabili d'ufficio. Pertanto, di fronte ad un'impugnazione inammissibile per cause originarie (es. per motivi vietati dalla legge o manifestamente infondati), si ritiene che il giudice *ad quem* non possa d'ufficio rilevare la causa di inutilizzabilità, neanche se possa portare ad un proscioglimento ex art.129 cpp.

Nel caso specifico dell'appello, una volta rilevato il vizio, per effetto di una specifica eccezione di parte o di una deduzione spontanea, il giudice dell'impugnazione dovrà sottoporre la motivazione alla c.d. *prova di resistenza*²¹⁶, volta a verificare con un'operazione di astrazione logica se, assumendo come non considerata la prova viziata ai fini della motivazione, questa comunque "resti in piedi".

Se è possibile prescindere dalla prova estromessa, il giudice procederà in senso tradizionale confermando o riformando la sentenza; se invece è impossibile fare a meno della prova estromessa ai fini della motivazione, dovrà disporre la rinnovazione dell'istruzione probatoria per integrare, per quanto possibile, il panorama probatorio, decurtato della prova inutilizzabile. Si tratta di un'operazione legittima ai sensi dell'art.603, che consente la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello quando "ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti", se vi sia stata una richiesta di assunzione di prove avanzata da una parte (Ic.), ovvero quando la "ritiene assolutamente necessaria", quando intenda disporla d'ufficio (IIlc.). Terminata la nuova istruzione, egli emetterà la decisione.

Riepilogando, il primo passaggio consiste nella verifica dell'effettivo uso della prova inutilizzabile; passaggio intermedio e necessario è rappresentato poi dalla proposizione di un ricorso quanto meno non originariamente ammissibile; ed infine, la sottoposizione della sentenza viziata alla c.d. *prova di resistenza*.

4. (segue) Il ricorso per Cassazione

A testimoniare l'introduzione di un autonomo vizio degli atti processuali concorre, tra gli altri, anche l'art.**606.1**, che alla **lett. c**, tra i motivi di ricorso per Cassazione, elenca espressamente la "inosservanza delle norme

²¹⁶ Vedi nota 73.

processuali stabilite a pena di ... inutilizzabilità". Si tratta di una scelta volta a decongestionare i casi di ricorso fondati sul motivo di cui alla lett.e (mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità della motivazione) dello stesso articolo²¹⁷. La sentenza che abbia fatto uso di una prova inutilizzabile può essere impugnata ai sensi della lett.c anche con ricorso *per saltum ex art.569.3* (inammissibile, invece, con riguardo alla lett.e, oltre che d).

Con la generica formula ricordata, il legislatore fa riferimento tanto le ipotesi di inutilizzabilità fisiologica che patologica, quanto altresì ai casi in cui il giudice di primo o secondo grado abbia erroneamente qualificato come inutilizzabile una prova in verità rituale.

Nonostante il tenore testuale della norma, anche in questo caso possono ritenersi validi gli orientamenti precedentemente espressi a proposito dell'appello: da un lato, l'**effettivo uso** dell'elemento di conoscenza illegittimo, dall'altro lato, l'effettiva influenza della prova illegittima sulla fisionomia della motivazione, da appurare all'esito della ricordata **prova di resistenza**: ai fini dell'annullamento, il Collegio dovrà verificare -e a tal fine incomberà sul ricorrente l'onere di facilitare tale verifica- se la prova inutilizzabile, concretamente confluita nella sentenza, abbia concretamente influenzato la motivazione. Se la motivazione "resta in piedi" nonostante l'eliminazione mentale della prova, si deve concludere nel senso della natura innocua del vizio, che imporrà il rigetto del ricorso.

Una interpretazione del genere, per quanto *praeter legem*, deve ammettersi in quanto imposta dal principio di economia processuale e dall'esigenza di scoraggiare impugnazioni dilatorie. D'altra parte, è evidente come una ricostruzione di tal siffatta finisca per amplificare i poteri del giudice di legittimità, estendendone i limiti del sindacato fino a sfiorare, se non toccare materialmente, i confini delle valutazioni di merito. Il passaggio più delicato, nel quale il giudizio della Corte rischia di sconfinare nel merito, consiste nel valutare quanta e quale influenza abbia avuto la prova inutilizzabile sulla motivazione della sentenza impugnata.

Cosa succede nel caso in cui la *prova di resistenza* manifesti un esito negativo, ritenendo il collegio che la prova invalida abbia orientato e quindi compromesso il ragionamento del giudice? Deve la Cassazione annullare con rinvio al giudice di merito, ovvero può spingersi fino al punto di disporre l'annullamento *tout-court* senza rinvio, ritenendo superfluo un nuovo esame nel merito della questione?

²¹⁷ Cfr. Relazione al progetto preliminare.

Ecco, proprio per evitare che il controllo giurisdizionale di un giudice che di norma dovrebbe limitarsi a valutazioni di mera legittimità si faccia troppo penetrante, vi è chi propone che la Cassazione debba necessariamente “limitarsi” a disporre l’annullamento con rinvio, in modo tale che sia comunque il giudice di merito a valutare il *quantum* -dopo il giudizio positivo della Corte sull’*an-* del peso, cioè dell’influenza della prova invalida sulla motivazione, ed eventualmente rinnovare l’istruzione dibattimentale.

4.1. Inutilizzabilità e giudizio di rinvio

Il giudizio di rinvio è quella fase processuale che trae origine da uno dei tre possibili esiti del ricorso per cassazione, alternativo al rigetto del ricorso (e ovviamente alla sua preliminare inammissibilità) e all’annullamento senza rinvio.

Dal momento che tra le limitazioni operanti in questo giudizio l’art.627.4 precisa che “non possono proporsi nullità anche assolute o inammissibilità, verificatesi nei precedenti giudizi o nelle indagini preliminari”, è possibile inferire, ragionando *a contrario*, che sarà d’altra parte eccepibile dalle parti e rilevabile d’ufficio l’autonomo vizio dell’inutilizzabilità. La norma testimonia la volontà di ulteriore distinguo tra l’inutilizzabilità e le altre invalidità processuali in generale, e la nullità, anche assoluta, in particolare. Quest’acquisizione è stata recepita anche in via giurisprudenziale, dove si è detto²¹⁸ che l’inutilizzabilità “possa essere rilevata dal giudice di legittimità anche oltre il *devolutum* ... e addirittura nel giudizio di rinvio dopo l’annullamento *ex art.627.4*, a differenza della nullità anche assoluta e dell’inammissibilità”, precisandosi che questo meccanismo operi a condizione che “sul punto non si sia formato il giudicato parziale secondo il disposto dell’art.624.2”. La rilevabilità delle questioni di inutilizzabilità maturate nelle precedenti fasi è ammessa proprio perché e nella misura in cui non si sia in presenza di un giudicato, che opera come la più generale e potente forma di sanatoria.

5. Inutilizzabilità ed impugnazioni *extra-ordinem*: il ricorso straordinario

Anche con riferimento al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all’art.625bis cpp si ammette la rilevabilità dell’inutilizzabilità dell’atto probatorio maturato nelle fasi precedenti. Ci troviamo di fronte ad un’ipotesi di impugnazione atipica, dalla difficile collocazione sistematica: è vero che non si tratta di un’impugnazione ordinaria, ma è altrettanto vero che ai sensi dell’art.648 cpp che apre il libro X sull’Esecuzione la sentenza è definitiva

²¹⁸ Così, Cass., Sez.Un., 21.06.2000, Tammaro.

irrevocabile quando avverso la stessa “non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione”. La mancata previsione, nell’art.648.1, del ricorso straordinario, non permette di ragionare in termini di giudicato, e di conseguenza non osta alla rilevazione di ipotesi di inutilizzabilità verificatesi nel giudizio conclusosi con provvedimento oggetto di ricorso straordinario.

La natura straordinaria del ricorso non va allora ricercata nella possibilità di proporlo avverso un giudicato, quanto nella peculiarità che sia disposto avverso una sentenza esecutiva, pronunciata dalla Cassazione.

D’altra parte, anche a voler ritenere che il ricorso straordinario abbia ad oggetto un provvedimento definitivo, si verificherebbe una riapertura del procedimento che consentirebbe la possibilità di eccepire i vizi verificatisi nella precedente fase.

5.1. (segue) Il giudizio di revisione

Si incontrano evidenti difficoltà nell’operazione volta a calare la rilevazione dell’inutilizzabilità nell’orizzonte del giudizio di revisione. Ostano in tal senso sia la formula dell’art.637.3, che esclude che il giudice possa pronunciare proscioglimento sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio, sia la dizione dell’art.630.1 lett.c., che tra i casi di revisione richiede, a pena di inammissibilità del ricorso, che siano sopravvenute o si scoprono dopo la condanna “*nuove prove*, che sole o unite a quelle già valutate dimostrino che il condannato deve essere prosciolto a norma dell’art.631” (il quale a sua volta rimanda alle formule di proscioglimento ex artt.529, 530 e 531).

Nonostante quest’incompatibilità di base, alcuni autori²¹⁹ si distinguono per un ammirevole sforzo interpretativo, arrivando a prospettare, sia pure in termini problematici, l’ammissibilità di un’istanza di revisione diretta a far acquisire in modo ortodosso gli elementi probatori di decisiva rilevanza, che la trasgressione dei divieti stabiliti a pena di inutilizzabilità non aveva consentito di apprezzare nel pregresso giudizio. Del resto, una conclusione del genere potrebbe trovare la sua fonte ermeneutica giustificativa nel *favor innocentiae* quale principio generale ispiratore del nostro sistema processuale penale. Come autorevolmente affermato, “la giustizia è una posta troppo alta per essere sacrificata agli idoli della procedura²²⁰”.

²¹⁹ Per primo PIERRO, Una nuova specie di invalidità, l’inutilizzabilità; segue questa prospettiva, DINACCI, L’inutilizzabilità, in La prova penale, v.III, diretto da Gaito.

²²⁰ La celebre espressione è di CORDERO, in Tre studi sulle prove penali, pag.171.

6. Incidenza di fonti convenzionali per la rilevazione *post iudicatum* di cause di inutilizzabilità

Se -come appena visto- con riferimento alla revisione l'operatività dell'istituto dell'inutilizzabilità è tendenzialmente limitata a circostanze eccezionali (Pierro) ovvero del tutto esclusa, bisogna dar conto che lo stesso discorso non può farsi se esaminiamo la normativa dettata da fonti internazionali.

In particolare si fa riferimento all'art.4 par.2 del VII Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (comunemente nota come CEDU), nella parte in cui prevede "la riapertura del processo" non solo nelle ipotesi di fatti sopravvenuti o di nuove rivelazioni (circostanze che rispecchiano, *mutatis mutandis*, la disciplina interna dei casi di revisione), ma anche qualora vi sia "un vizio formale della procedura antecedente ... in grado di inficiare la sentenza intervenuta".

A questa indicazione si aggiunge quella contenuta nella Risoluzione del Consiglio d'Europa adottata dal Comitato dei Ministri il 10 febbraio 2004, che prevede il riesame o la riapertura del caso quando (la decisione si pone in contrasto con la CEDU, ma anche quando) "la violazione accertata è dovuta ad errori o mancanze procedurali talmente gravi da fare seriamente dubitare sul risultato del procedimento interno contestato".

Per quel che ci riguarda, non sembra contestabile che il vizio ascrivibile alla categoria dell'inutilizzabilità non possa rientrare nella categoria degli "errori o mancanze procedurali talmente gravi da fare seriamente dubitare sul risultato del procedimento interno contestato". I messaggi provenienti dalle autorità sovranazionali appaiono in equivoci in questa direzione, ed obbligano -in quanto vincolanti per gli stati membri- adeguamenti normativi oltre che interpretativi. Ad ogni modo, un'applicazione diretta della fonte europea è garantita per il tramite del filtro rappresentato dal nuovo art.117.1 Cost.

In questo modo, si finirebbe per ampliare i confini di un istituto anch'esso affermatosi in via di prassi giurisprudenziale e non ancora normativamente regolato²²¹, quello della **revisione europea**. Nella specie, si ammette la revisione qualora la Corte EDU di Strasburgo accerti l'effettiva violazione da parte di un provvedimento interno dell'art.6 CEDU, disciplinante i principi che

²²¹ Senza voler entrare nell'argomento, di pertinenza del diritto dell'esecuzione e processuale europeo, merita ricordare che sono diverse le questioni di legittimità costituzionale avanzate dinanzi alla Consulta, lamentando l'illegittimità dell'art.630 cpp proprio "nella parte in cui non prevede un caso di revisione europea". Una di queste è stata accolta dalla Corte Costituzionale con la sent. 113/2011.

delineano il c.d. *fair process* o processo equo²²², violazione che importa ex art.46 CEDU l'obbligo di riapertura del processo.

7. Inutilizzabilità e procedimento di riparazione per ingiusta detenzione

Dopo ripetute pronunce che testimoniavano un atteggiamento di repulsione della giurisprudenza maggioritaria di fronte alla possibilità di far trasmigrare nel giudizio di riparazione per ingiusta detenzione elementi di prova -nella specie, verbali di intercettazioni- dichiarati inutilizzabili nel processo penale di riferimento, di recente le Sezioni Unite (Racco e Cagnazzo)²²³ hanno ribaltato l'opinione dominante in materia, affermando che l'inutilizzabilità patologica opera anche al di fuori di tale rito, in qualunque tipo di giudizio. Di conseguenza, l'inutilizzabilità della prova dichiarata inutilizzabile nel procedimento di cognizione comporta il divieto di trarre dalla stessa elementi circa il dolo o e la colpa grave che possano impedire il riconoscimento al prosciolto dell'equa riparazione ex art.314.1, indipendentemente dalla natura civilistica o penalistica assegnata al procedimento *de quo*.

8. Inutilizzabilità e fase esecutiva: l'incidente di esecuzione

Diverse le conclusioni avendo riguardo alla fase esecutiva e alle questioni sul titolo esecutivo disciplinate dall'art.670 cpp. Al momento della proposizione delle relative questioni (invalidazione del titolo esecutivo, validazione dell'impugnazione acronica e rimessione nel termine per proporre impugnazione) non vi è più spazio per rilevare cause di inutilizzabilità verificatesi nelle precedenti fasi: osta la cristallizzazione del giudicato; osta inoltre la natura delle questioni che possono essere avanzate dinnanzi al giudice dell'esecuzione, che non consentono valutazioni nel merito della regiudicanda.

Altra invece è l'ipotesi in cui fattispecie di inutilizzabilità si realizzino *successivamente* alla proposizione di una questione sul titolo esecutivo ex art.670: in questo momento procedimentale è rimosso l'effetto preclusivo del giudicato, e laddove si verificano nell'attività di acquisizione processuale delle ipotesi di inutilizzabilità, queste sono da prendere in considerazione in quanto rilevanti. Il procedimento di esecuzione ha subito nel tempo una progressiva giurisdizionalizzazione evolvendosi da un momento statico in un momento dinamico²²⁴, nel quale si prevede che il giudice dell'esecuzione

²²² Si ricordi che è proprio dall'art.6 CEDU che il legislatore costituzionale italiano ha preso spunto nel 1999 per novellare l'art.111 Cost., non a caso dedicato al "giusto processo".

²²³ Si fa riferimento a Cass., Sez. Un., 13 gennaio 2009, Racco e Cass., Sez. Un., 9 aprile 2010, Cagnazzo.

²²⁴ Così, PIERRO, Una nuova specie, pag.194.

(oltre che il magistrato ed il tribunale di sorveglianza, quando seguono il modulo procedimentale *standard* di cui all'art.666cpp) possa assumere le prove necessarie per la decisione, nel rispetto del contraddittorio secondo quanto stabilito dall'art.666.5 e dall'art.185 disp. att. cpp.

Ne discende come corollario che le cause di invalidità eventualmente verificatesi potranno essere rilevate seguendo gli schemi della disciplina ordinaria.

9. Inutilizzabilità e disciplina extra-penale: le attività ispettive e di vigilanza

Ci si propone di affrontare la spinosa questione relativa all'eventualità che nel corso delle operazioni effettuate dall'autorità amministrativa vengano compiuti atti viziati da profili di inutilizzabilità. Il codice dedica alla materia essenzialmente una, centrale, disposizione, collocata peraltro tra le norme di attuazione e di coordinamento del codice di procedura: l'**art.220** disp.att., rubricato attività ispettive e di vigilanza, stabilisce che, "quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza ... emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice".

La norma si limita ad imporre il rispetto delle garanzie procedurali in relazione ad un momento successivo all'emergere di indizi di reato: nulla si dice con riguardo all'attività svolta in precedenza.

Bisogna allora affrontare la questione sotto la duplice e differenziata prospettiva del momento di compimento delle attività ispettive e di vigilanza.

Se si tratta di atti *successivi alla notizia di reato*, il tenore letterale della norma in esame è chiaro nel precisare che questi debbano rispettare le scansioni tipiche del cpp. Con la conseguenza che qualora gli agenti della pubblica amministrazione rivestano altresì la qualifica di pubblici ufficiali, procederanno direttamente al compimento dell'atto, nel rispetto delle garanzie codicistiche; qualora, invece, non rivestano altresì tale qualifica, dovranno sospendere l'atto e trasmettere denuncia all'a.g. ai sensi dell'art.331 cpp. In caso di violazione di tale disciplina, l'attività svolta in violazione dell'art.220 cpp e, per suo tramite, delle disposizioni procedurali da questo richiamate, sarà viziata da inutilizzabilità ex art.191: l'art.220 disp.att. integra infatti un vero e proprio divieto probatorio²²⁵.

²²⁵ GIARDA; CHIAVARIO; CONTI; In giurisprudenza, Cass. Sez.III, Marchesiello (1997).

Il problema si pone in riferimento all'aspetto non oggetto di espressa regolamentazione dalla norma *de qua*: quale il destino giuridico delle attività amministrative compiute *prima dell'emersione di indizi di reità* in spregio alle norme processuali sulle indagini preliminari e sulla corretta modulazione del procedimento probatorio?

Sul punto occorre cautela. Se si ritenesse che l'attività svolta dalla p.a., con procedure e regole estranee al rito penale, potesse essere utilizzata indiscriminatamente e senza filtri nel processo penale, si rischierebbe seriamente di schiudere la strada all'aggiramento dei limiti probatori stabiliti dal codice.

Da un punto di vista formale, gli atti della p.a. trovano il loro ingresso nel processo in quanto prove documentali (art.234 cpp) ovvero, secondo altri, attraverso il canale della prova innominata (art.189 cpp). Ad ogni modo, si tratta di un dato preconstituito, preesistente ed esterno al processo penale, che in questo viene ammesso.

Da un punto di vista più sostanziale e garantistico, però, bisogna riflettere sull'evidenza che gli atti amministrativi, anche se formati prima dell'emersione degli indizi di reità, non possono rappresentare degli *escamotages* per eludere il principio di legalità della prova. La prova documentale dovrà rispettare le condizioni previste nel codice, ed in particolare verranno in rilievo le prescrizioni di cui all'art.62²²⁶ -divieto di testimonianza indiretta- sulle dichiarazioni dell'indagato-, 63 -dichiarazioni indizianti-, 64 -regole per l'interrogatorio e diritto al silenzio- e 188 -libertà morale della persona nell'assunzione della prova- cpp, norme funzionali alla tutela del diritto di difesa inteso in senso ampio, conosciuto attraverso la rituale formula del *nemo tenetur se detegere* o *nemo tenetur contra se edere* (per dirla all'inglese, *right against self-incrimination*²²⁷).

Conclusioni siffatte a ben vedere rappresentano un'ulteriore applicazione del principio di non sostituibilità²²⁸, col quale condividono la *ratio* garantistica di evitare che le disposizioni codicistiche che prescrivono determinate condotte

²²⁶ E' proprio l'art.62 il punto centrale sul quale si fonda il ricorso in Cassazione promosso dal **Raineri**, che si concluderà con una pronuncia che farà storia, in quanto sovverterà l'orientamento precedentemente stratificato in materia. Con la sent. 28 novembre 2001, le **SSUU** aderiscono all'impostazione minoritaria e più rigorosamente garantistica, precisando preliminarmente che è bene distinguere tra attività amministrativa pura e semplice e attività di ispezione. Con riguardo a quest'ultima, si chiarisce che è vietata ex art.62 cpp la testimonianza dell'ispettore del lavoro su quanto a lui riferito nel corso di un'attività meramente amministrativa da persona nei cui confronti erano emersi indizi di reità (nel caso di specie è applicabile l'art.62 dal momento che l'ispettore si era limitato a trasmettere i dati all'a.g.; se invece avesse da subito svolto funzioni di p.g., sarebbe intervenuta l'altra norma di sbarramento rappresentata dall'art.63).

²²⁷ Divieto o garanzia contro l'auto-incriminazione: nessuno è tenuto ad auto-accusarsi.

²²⁸ Si fa riferimento a quanto sostenuto nel Cap.IV sez.I pgf.6.

e dalla cui violazione discende l'inutilizzabilità possano essere eluse attraverso l'utilizzo di strumenti alternativi non espressamente vietati.

10. Profili di diritto intertemporale: inutilizzabilità e *ius superveniens*

La materia della successioni delle leggi nel tempo è regolata dall'art.11 delle c.d. preleggi (disposizioni preliminari al codice civile) che enuncia -come regola generale- il principio del *tempus regit actum*: "la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha efficacia retroattiva." Il quesito dell'efficacia temporale delle ipotesi di inutilizzabilità si pone ovviamente nei casi in cui la *lex superveniens* non contenga disposizioni atte a disciplinare il fenomeno transitorio in maniera autonoma rispetto al principio generale.

Ebbene, in queste ipotesi viene appunto in rilievo il criterio residuale dalla portata generale del *tempus regit actum*. *Ma a quale momento processuale bisogna guardare?*

Trattandosi l'inutilizzabilità di un vizio che affligge un atto probatorio, è a quest'ultimo che dobbiamo far riferimento ai fini dell'individuazione della legge da applicare, nella consapevolezza che, traducendosi l'inutilizzabilità in un divieto di valutazione, sarà proprio questo il momento cui guardare nel giudizio su quale legge applicare, e non già il preliminare passaggio dell'assunzione.

Tale prospettiva è stata più volte condivisa dalla Cassazione a Sezioni Unite²²⁹, che hanno tenuto distinto dall'atto meramente istantaneo ed autoreferenziale quella particolare categoria di atto processuale, quale è l'atto a contenuto probatorio, che si rivela invece strumentale e preparatorio rispetto alla successiva attività cognitiva e valutativa del giudice. Sottolineano le Sezioni Unite che "in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova il principio del *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello della acquisizione", conferendo così all'atto probatorio una dimensione in linea con la prospettiva dinamica e complessa del procedimento probatorio, dal momento ammissivo, passando per quello acquisitivo/assuntivo, per approdare al momento valutativo.

²²⁹ Cass., Sez. Un., 25.02.1998 (Gerina), Cass., Sez. Un., 13.07.1998 (Citaristi) e Cass., Sez. Un., 9.02.2004 (Zalagaitis)

CAPITOLO V

Osservazioni critiche: problematiche attuali e prospettive di riforma

*“Quando la **legge** dimentica il **diritto**, il diritto continua a vivere nella prassi applicativa e nella giurisprudenza, talora dimentico della legge”*

1. Uno sguardo panoramico al dato comparatistico - 2. I tratti peculiari del principio di bilanciamento nell’ordinamento italiano - 3. Il ruolo creativo della giurisprudenza - 4. Prospettive di superamento dell’inutilizzabilità - 5. Possibili linee di riforma - 6. Legalità formale e giusto processo

1. Uno sguardo panoramico al dato comparatistico

Come visto, la regolamentazione dell’inutilizzabilità nel nostro codice di rito non lascia spazio a margini di elasticità. Seppure risulti evidente la possibilità di notare diverse fasce di gravità all’interno dei divieti probatori e, in relazione al singolo divieto, individuare di volta in volta violazioni più o meno critiche ed interessi coinvolti più o meno rilevanti, il legislatore non ha tuttavia previsto alcun principio di gradualità, vincolando il giudice ad applicare in maniera automatica la sanzione.

D’altra parte, le esigenze di adeguamento delle conseguenze processuale, animate dal fine di bilanciare in concreto la gravità della violazione con l’utilità euristica e dimostrativa del dato probatorio, emergono in maniera netta nella prassi e spingono verso una direzione opposta rispetto a quella normativa, determinando la materializzazione (nelle riflessioni precedenti lo si è sottolineato con riferimento a diversi istituti) dell’allarmante fenomeno consistente nel surrettizio aggiramento dei limiti legali.

Utile allora può apparire citare le esperienze di altri paesi che da un lato conoscono sì la categoria dell’inutilizzabilità, ma dall’altro si connotano per aver accolto il c.d. **principio di bilanciamento** o **di proporzionalità**, che permette al giudice di effettuare una valutazione di compromesso tra l’entità della lesione del diritto soggettivo e l’utilità probatoria del dato viziato, ammettendo in ultima istanza l’utilizzazione -persino *contra reum*- di prove astrattamente vietate.

Si tratta di una regola di valutazione che completa e guida il giudice nel suo libero convincimento, regola non espressamente codificata, ma fondamentale

chiave ermeneutica affermatasi nel diritto vivente in materia di inutilizzabilità in Germania, Stati Uniti, Spagna, Inghilterra e, in misura minore, Francia.

Tutti gli ordinamenti richiamati si ispirano, *mutatis mutandis*, al principio del **bilanciamento concreto** degli interessi in conflitto. Lo spazio di affermazione di tale canone ermeneutico è ovviamente inversamente proporzionale rispetto alla rigidità che connota il sistema dei divieti probatori ed il connesso regime giuridico in un determinato ordinamento. Il bilanciamento si afferma in tutta la sua massima potenzialità laddove l'inutilizzabilità è connotata da una certa elasticità ed è ancora forte l'anima per così dire "costituzionale" di tale sanzione processuale. Le *exclusionary rules* sancite nel IV e V Emendamento alla Costituzione Federale degli Stati Uniti, i divieti di acquisizione fondati direttamente su principi e valori cristallizzati nella *Grundgesetz* tedesca, così come nell'art.11 della LOPJ (*Ley Organica*²³⁰ *de Poder Judicial*) spagnola, costituiscono autentici prolungamenti di diritto costituzionale applicati al processo penale: cosicché sarà attribuito al giudice il compito di risolvere il caso di specie del quale si occupa alla stregua dei principi di rango costituzionale (o quasi costituzionale, come nel caso della regione iberica) senza la mediazione di una fonte ordinaria. Mutano le premesse, ma sostanzialmente analoghe sono le conclusioni se prendiamo in esame l'atipico ed isolato caso inglese ove, pur in assenza di una Costituzione scritta e formale, è sempre spettato ai giudici delle *country courts* stabilire in maniera casistica la sorte del dato acquisito in modo illegittimo applicando i principi generali della *common law*, che rappresentano la stratificata e cristallizzata costituzione materiale e il supremo diritto vivente anglosassone.

Non bisogna dimenticare che in tutti i sistemi in commento l'introduzione della teoria dell'inutilizzabilità rappresenta l'esito di un'operazione creativa portata avanti dalla giurisprudenza costituzionale; e non è un caso altresì che negli Stati Uniti, Germania e Spagna è previsto normativamente un sistema di accesso alle Corti Costituzionali non già in via incidentale²³¹, quanto **in via diretta**.

Negli Stati Uniti la Corte Suprema può essere adita con ricorso in via individuale.

²³⁰ Il sistema delle **fonti del diritto** spagnole si arricchisce di un'ulteriore tassello, intermedio tra la legge ordinaria e la legge costituzionale: si tratta della **legge organica**, che gode di un'efficacia rafforzata rispetto alla procedura di abrogazione e si connota, dal punto di vista contenutistico e qualitativo, per esprimere valori e principi di importanza superiore rispetto alla legge ordinaria.

²³¹ Come avviene, di norma, in Italia (l'unica eccezione riguarda la legittimazione dello Stato e delle Regioni) e negli altri paesi che hanno costruito il sistema di giustizia costituzionale ispirandosi al modello austriaco o kelseniano.

In Germania, una gran parte dei giudizi dinnanzi alla *Bundesverfassungsgericht* trova la sua genesi in ricorsi diretti avanzati da soggetti titolari di diritti inviolabili, azionando un giudizio dalla cognizione differente rispetto a quella tradizionalmente abilitata nel giudizio di costituzionalità delle leggi, in particolare vertendo infatti sulla violazione di un diritto fondamentale nel caso di specie (c.d. *Verfassungsbeschwerde*).

Analogamente accade in Spagna ove il *Tribunal Costitucional* è articolato in due Camere proprio per far fronte alla congestione di ricorsi dovuti, essenzialmente, alle istanze dei cittadini attivate attraverso la formula del *recurso de amparo*.

Ecco che nelle ipotesi ove si è fatta questione della violazione di un diritto inviolabile nel procedimento di acquisizione di una prova, le Corti Costituzionali risolvono la vicenda facendo applicazione del canone del bilanciamento diretto tra principio costituzionale e *casus disputandum*.

Volendo tracciare un resoconto, minimi comuni denominatori dei sistemi descritti possono essere ravvisati in:

- assenza di una regolamentazione legislativa che predefinisca in maniera rigida e vincolante il modo in cui il giudice debba risolvere un'ipotesi di inutilizzabilità;
- raccordo immediato del divieto probatorio con il disposto costituzionale²³²,

Questi caratteri ricorrenti contribuiscono a plasmare una fisionomia particolarmente fluida ed aperta dell'istituto dell'inutilizzabilità, fisionomia individuabile non a monte ed "una volta per tutte", ma ricostruibile "volta per volta" a seguito del giudizio di bilanciamento operato in concreto dal giudice tra gli interessi contrapposti che vengono in gioco nel caso di specie.

2. I tratti peculiari del principio di bilanciamento nell'ordinamento italiano

Ampliato il raggio di riflessione a sistemi giuridici differenti dal nostro, ed evidenziati quelli che possono essere considerati le ricorrenti colonne portanti poste a fondamento di queste realtà, possiamo comprendere il motivo per il quale il ricordato, centrale, principio del bilanciamento non possa trovare pedissequa ed incontrastata ricezione nel nostro ordinamento.

²³² Come detto, negli USA la Corte Suprema fissa le inutilizzabilità alla luce del IV e V Emendamento alla Costituzione Federale; lo stesso accade in Germania, dove non di rado la Corte Costituzionale individua le clausole di esclusione attraverso operazioni ricognitive e ricostruttive di divieti impliciti all'interno della *Grundgesetz*; anche in Spagna il tribunale costituzionale ha ravvisato nell'art.11 della Legge Organica sull'organizzazione del potere giudiziario la fonte normativa dell'inutilizzabilità.

Con ciò non si vuole concludere che in Italia è esclusa *sic et simpliciter* l'operatività di siffatto canone interpretativo. Ma si vuole mettere in guardia come le peculiarità tipiche del nostro sistema giuridico interferiscono sulla natura e sui lineamenti dell'istituto in esame, che se da un lato può dirsi sicuramente vigente nel nostro sistema, dall'altro presenta tratti caratterizzanti che lo rendono incommensurabile, irriducibile *ad unum* con le altre esperienze.

Primo elemento di *discrimen* che influenza il modo di essere del *balancing method* è rappresentato dal fatto che l'ordinamento italiano è informato alla regola della **previsione tassativa ex lege** delle ipotesi di inutilizzabilità. Un siffatto carattere impedisce in modo insuperabile al giudice ordinario di effettuare operazioni di bilanciamento diretto con i principi costituzionali.

In seconda battuta, focalizzando il discorso su una valutazione più ampia, nel nostro ordinamento esiste una radicata tradizione giuridica che non affida il bilanciamento tra interessi contrapposti ad una risoluzione a valle ad opera del giudice di merito, ma tende a **risolverlo ex ante** ed in via generale ed astratta, attraverso le attività del *legislatore*, nel momento in cui traduce in legislazione ordinaria gli spunti offerti dalla materia costituzionale, e del *giudice delle leggi*, chiamato a valutare la compatibilità costituzionale delle fonti normative primarie con detti principi di rango superiore. Viceversa, di norma è sottratta al giudice una valutazione in termini comparativi tra interessi antinomici, dal momento che si tratta di un'operazione che dovrebbe essere stata già compiuta a monte dal legislatore.

Il canone in esame si è sviluppato in Germania come un criterio di soluzione dei conflitti tra principi stabiliti nella Carta fondamentale in assenza di regole specifiche, recepito dal giudice delle leggi ed elaborato dalla dottrina costituzionalistica italiana. Gli studiosi hanno mutuato dalla dottrina tedesca l'affermazione per cui il bilanciamento richiede l'applicazione del principio di proporzionalità, che a sua volta si articola nelle componenti della idoneità, della necessità e del confronto tra beni (o proporzionalità in senso stretto).

Nell'ordinamento italiano, tuttavia, il sindacato incidentale di legittimità costituzionale ha per oggetto la valutazione circa la conformità a Costituzione delle leggi e degli atti aventi la medesima forza. Tale giudizio, per quanto traente la sua -necessaria²³³- origine e ispirato nel suo perimetro cognitivo dalla concreta vicenda che ha dato luogo alla questione, finisce comunque

²³³ Come noto, non è una ricorso in via diretta, ma incidentale, che prende vita a partire da una supposta lesione di una previsione costituzionale che viene in rilievo nel caso di specie, rispetto al quale il giudizio dinanzi alla <Corte è per l'appunto definito "rilevante".

per trascenderla, considerandola non nella sua specificità, ma semmai nella sua tipicità²³⁴.

Alla luce di siffatte considerazioni, risulta più facile comprendere il perché il principio del bilanciamento si sia affermato e mantenuto nella sfera del diritto pubblico dei rapporti tra valori costituzionali, con ciò ingenerando una diffusa sfiducia e quindi una trasversale diffidenza negli operatori del diritto ad affidarsi a tale principio come tecnica di soluzione di controversie concrete. Ne viene fuori un canone divaricato nella sua fisionomia rispetto agli sviluppi maturati negli altri ordinamenti giuridici.

D'altra parte, tale principio, almeno ad un esame *prima facie*, non trova spazio nel quadro operativo dell'inutilizzabilità, dal momento che essa non è regolata attraverso il raccordo diretto tra caso concreto e principio costituzionale, se non nelle speculazioni invalse nella giurisprudenza e dottrina più sensibili alla tematica delle c.d. prove incostituzionali²³⁵.

La disciplina delle inutilizzabilità, tanto quella di ordine generale ex art.191 quanto quelle speciali, costituisce l'esito di un processo di bilanciamento tra valori contrapposti e ispirato al quadro costituzionale effettuato in via preliminare e definitiva dal legislatore, di modo da configurare un assetto di interessi immodificabile dal giudice. A quest'ultimo compete la mera applicazione delle norme di legge.

3. Il ruolo creativo della giurisprudenza

Il *leitmotiv* e principio ispiratore di queste riflessioni conclusive si può senza dubbio individuare nell'affermazione di Grossi²³⁶ a giudizio del quale "*Quando la legge dimentica il diritto, il diritto continua a vivere nella prassi applicativa e nella giurisprudenza, talora dimentico della legge*".

In questa sezione mi propongo di ripercorrere, senza pretese di esaustività, quelle operazioni *praeter legem* e -oserei dire senza il rischio di cadere in iperboliche esagerazioni- talvolta addirittura *contra legem*, in parte già menzionate nei precedenti passi²³⁷, delle quali si è resa protagonista una certa giurisprudenza creativa, che di fronte alla presa di coscienza dell'incompletezza del sistema penale delle inutilizzabilità ovvero, ancora più drammaticamente, della sua intrinseca incoerenza e inefficacia, del suo anacronismo, della sua non rispondenza alle esigenze concrete della prassi,

²³⁴ Così, CONTI, Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale, pag.427.

²³⁵ Si veda *supra*, Cap.IV sez.I pgf.9.

²³⁶ Si fa riferimento alla citazione di apertura del Cap.V.

²³⁷ Per tutti, *supra*, Cap. IV sez. III pgf.1.

non si è voluta limitare a svolgere il ruolo di passivo ed acritico esecutore di una *volutas legislatoris* quanto meno scarsamente strutturata.

Due i principali **punti deboli** della causa di invalidità in oggetto, che non sbarrano la strada, e anzi indirettamente consentono, operazioni interpretative dalla portata creativa: da un lato, il proliferare quasi ipertrofico delle inutilizzabilità speciali, introdotte da recenti e progressive novelle legislative animate dallo scopo di comminare sanzioni processuali esemplari ma che finiscono certamente per snaturare lo spirito e l'essenza della categoria, dal momento che applicano la più grave conseguenza sanzionatoria a vizi concernenti il *quomodo* dell'assunzione della prova, vizi che dovrebbero pertanto essere ricondotti nell'alveo delle nullità relative ovvero delle mere irregolarità; dall'altro lato, l'ampiezza e la genericità della nozione di "divieto probatorio" che sta alla base dell'inutilizzabilità generale a norma dell'art.191 cpp.

D'altra parte, bisogna sempre tenere a mente che espandere l'ambito operativo della categoria comporta il correlativo sacrificio di istanze di ricostruzione della realtà processuale. Le "licenze giuridiche" che parte della classe togata si arroga trovano infatti (quasi) integralmente la loro *ratio* nella necessità di conservare gli atti imperfetti, necessità la cui impellenza è direttamente proporzionale al rilievo del valore probatorio dell'atto in questione, oltre che, ovviamente, alla scarsa disponibilità di elementi di prova alternativi ed egualmente efficaci.

Solo una volta tratte queste premesse, è possibile comprendere come, nonostante la rigorosa formulazione dell'art.191.2 cpp che scandisce in maniera perentoria il regime giuridico dell'inutilizzabilità, si sia formato un vero e proprio "*mondo parallelo nel diritto vivente*"²³⁸, analogamente a quanto è avvenuto con riferimento alla differente categoria della nullità.

Faccio riferimento alla tendenza ormai cristallizzatasi nella magistratura, che prima di procedere all'annullamento della sentenza che ingloberebbe nello spettro valutativo una prova inutilizzabile, effettua la c.d. *prova di resistenza*, giudizio di eliminazione mentale consistente nel verificare se, accantonata la prova invalida, l'impianto motivazionale può dirsi comunque valido²³⁹ (nel caso tale verifica si chiuda con un responso negativo, ci troveremo di fronte ad un *vizio innocuo*, rispetto al quale non è possibile che si sprigionino le

²³⁸ La suggestiva espressione è di C. CONTI.

²³⁹ Da ultima, Cass., sez.V, Rizzo (2008).

conseguenze invalidanti dell'inutilizzabilità); penso alla pretesa per cui il ricorrente che lamenti nei motivi di appello o ricorso la circostanza che il giudice di merito abbia violato il canone ermeneutico dell'art.526²⁴⁰, in combinato disposto con il 191, debba indicare specificamente il vizio dedotto e gli atti dai quali è dato inferire l'esistenza dello stesso²⁴¹, sottolineandone l'incidenza sul ragionamento cognitivo e valutativo del giudice²⁴²; o ancora alla precisazione per cui l'inutilizzabilità non possa essere fatta valere nei motivi nuovi, stante la preclusione ex art.167 disp.att.²⁴³; e all'impossibilità di dedurre per la prima volta nel giudizio di legittimità inutilizzabilità che richiedono un accertamento nel merito (stante la rilevazione necessaria nel processo d'appello, salvo poi rivalersene nel giudizio di Cassazione contestando la legittimità dei provvedimenti sul punto emessi)²⁴⁴; faccio riferimento, altresì, alla sentenza Esposito delle Sezioni Unite²⁴⁵ relativa all'acquisizione dei decreti autorizzativi delle intercettazioni disposte in un diverso procedimento. Le intercettazioni svolte *aliunde* sono utilizzabili anche se non si acquisiscono i decreti autorizzativi. Tuttavia, se una parte intende far valere l'inutilizzabilità derivante dall'invalidità dei relativi decreti autorizzativi, ha l'onere di procurarseli e di presentarli a supporto delle proprie allegazioni ai sensi dell'art.187.2 cpp²⁴⁶. E' come se vi fosse una presunzione legale relativa di legittimità delle intercettazioni maturate a corredo del procedimento *a quo*: per ribaltarla, la "prova contraria" consiste nell'onere della parte interessata di eccepire, nel processo *ad quem*, l'inutilizzabilità e produrre gli atti dai quali il vizio risulta. In caso di inerzia, l'invalidità resta quiescente e il giudice non può accertarla d'ufficio²⁴⁷. La Corte non fa espresso riferimento ad una sanatoria per acquiescenza o altro istituto analogo, ma è evidente che tra le righe, almeno sotto il profilo dell'effetto

²⁴⁰ Cioè abbia utilizzato ai fini della decisione una prova inutilizzabile.

²⁴¹ Cass., Sez. Un., De Iorio (2008).

²⁴² Cass., Sez. Un., Fruci (2009).

²⁴³ Cass., sez.I, Ballacchino (2005).

²⁴⁴ Cass., sez.IV, 6 ottobre 2010.

²⁴⁵ Sez. Un., 17 Novembre 2004.

²⁴⁶ Sono infatti "oggetto di prova", tra gli altri, anche i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Tali fatti sono interamente rimessi all'iniziativa di parte.

²⁴⁷ In dottrina, sulla stessa linea delle Sezioni Unite Esposito si colloca CONTI (Accertamento del fatto ed inutilizzabilità, pag.521); *contra*, ANGELINI, Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni, secondo cui deve essere esclusa la necessaria acquisizione dei decreti autorizzativi, avendo l'organo giudicante il potere di richiederne l'esibizione, quando sorgano incertezze sulla loro legittimità. A ben riflettere, la materia è troppo delicata da richiedere l'opportuna cautela: ben venga il processo di parti, ma l'affermazione di tale regime giuridico finirebbe per addossare alla parte interessata un onere non previsto dalla legge e che potrebbe in alcuni casi risultare inesigibile. Inoltre, non sempre l'omessa allegazione è un comportamento significativo ed evocativo dell'assenza di interesse nel dedurre il vizio. Del resto, non si tratta di una vera acquiescenza, neppure tacita, ma di un'inerzia della parte, dalla quale non si dovrebbe produrre alcun effetto sanante.

ultimo, finisce per alludere ad un meccanismo simile alla sanatoria per mancata eccezione.

Allo stesso modo, in questo filone è possibile ricondurre un'altra pronuncia²⁴⁸ relativa al divieto di domande suggestive nel corso dell'esame incrociato. La Cassazione, pur ravvisando nella violazione del disposto dell'art.499.2 cpp un'ipotesi di inutilizzabilità, tuttavia ne detta un peculiare regime giuridico, di fatto ricostruendola come un'ipotesi anomala di inutilizzabilità, soggetta non già alla rilevabilità anche d'ufficio in ogni stato e grado di giudizio, ma ad un preciso ed insuperabile limite temporale rappresentato dalla tempestiva eccezione sollevata dalla parte che subisce il pregiudizio. Qualora questa non abbia posto la questione direttamente davanti al giudice dinnanzi al quale la prova si è formata, ad avviso della Suprema Corte è da escludere la possibilità di eccepire l'inutilizzabilità per la prima volta con i motivi di impugnazione. Vengono così introdotti surrettiziamente dei limiti di deducibilità.

Infine, si possono richiamare ad ulteriore conferma di questa tendenza creativa delle sentenze di merito e di legittimità²⁴⁹ che circoscrivono ad una necessaria attività di parte la rilevabilità dell'inutilizzabilità degli atti compiuti dal pubblico ministero dopo la scadenza dei termini per lo svolgimento delle indagini preliminari, alla luce del (discutibile) rilievo per cui l'inutilizzabilità prevista dall'art.407.3 non sarebbe equiparabile all'inutilizzabilità delle prove vietate dalla legge di cui all'art.191.

4. Prospettive di superamento dell'inutilizzabilità

Giunti a questo punto della riflessione, si vogliono analizzare quelle che possono essere le soluzioni ai segnalati *deficit* della disciplina legislativa in vigore e quali potrebbero essere le prospettive *de iure condendo* più utilmente percorribili.

Preliminarmente, è forse superfluo sottolineare come non risulta neanche astrattamente configurabile l'opzione che predichi una definitiva abolizione della categoria, facendo confluire le rispettive ipotesi di inutilizzabilità in altrettante fattispecie di nullità o addirittura di irregolarità: l'inutilizzabilità ha segnato la svolta sistematica e prima ancora ideologica del codice di rito del 1988, ed è a questo istituto che il legislatore affida la funzionalità e l'efficacia del nuovo impianto accusatorio, informato al principio di legalità.

²⁴⁸ Cass., Sez.I, 31 Maggio 2005, Bega.

²⁴⁹ Si allude a Sez.I, 17 marzo 1992, Ballerini e a Sez.I, 28 aprile 1998, Maggi.

Con riguardo ai tentativi di riforma, si registrano le (non più) recenti proposte confluite nel progetto Dalia²⁵⁰, in una prima versione della bozza Mastella²⁵¹, e più organicamente all'interno della bozza di delega predisposta dalla Commissione ministeriale Riccio²⁵².

Segnatamente, la **bozza Riccio** non prevedeva alcunché sul regime giuridico del vizio di cui si discute, limitandosi a richiedere al punto 1.7 la determinazione dei tempi e dei modi di deducibilità dei vizi degli atti e al punto 30.2 la disciplina della deducibilità e rilevabilità dei vizi e la predeterminazione dei casi *eccezionali* di invalidità insanabili.

Questi progetti, seppur naufragati per le continue alternanze della maggioranza politica -anche se bisogna riconoscere che in realtà tale osservazione rappresenta solo un alibi, dal momento che il vero motivo del superamento di queste discussioni va probabilmente ricercato nella considerazione che si tratta di tematiche non avvertite come cogenti dagli *juris prudentes* né dalle forze politiche- tracciavano in maniera intelligente, ergo potenzialmente perseguibile, il sentiero per il superamento delle rigoristiche incongruenze della prospettiva attuale legata ad un'inutilizzabilità insanabile e sempre deducibile, entro i limiti del giudicato.

Sarebbe infatti opportuno insistere sui segnalati concetti di individuazione tassativa delle ipotesi di inutilizzabilità e di natura eccezionale del regime di rilevazione senza preclusioni di tempo e di attore come soluzioni utili a porre rimedio agli effetti draconiani connessi alla costruzione di una disciplina rigida della categoria, che si rivelano talora sproporzionati rispetto alle esigenze di tutela perseguite²⁵³.

5. Possibili linee di riforma

Una prima soluzione potrebbe -quanto meno astrattamente- consistere nell'introduzione, *rectius* nella formalizzazione a livello normativo e nella conseguente estensione operativa di quel principio che già *de facto* ispira legislatore e giudice costituzionale nel momento in cui sono chiamati a soppesare gli interessi il gioco in sede di attività legislativa o di vaglio di costituzionalità. D'altra parte, però, bisogna prendere atto che il canone-guida del bilanciamento in concreto non è neanche astrattamente concepibile in un

²⁵⁰ Si fa riferimento alla Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale presieduta dal Prof. Dalia, che ha approvato nel Maggio del 2005 un Progetto di riforma del codice di rito.

²⁵¹ Si tratta del ddl 2664 recante "Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale" presentato alla Camera nel Maggio 2007 dall'allora Ministro della Giustizia Mastella

²⁵² Si allude alla Commissione Ministeriale per la riforma del cpp, istituita dal d.m. 27 giugno 2006 e presieduta dal Prof. Riccio.

²⁵³ In tal senso, FERRUUA, Anamorfosi del processo accusatorio, in Studi sul processo penale, vol.II.

ordinamento che, come il nostro, si ispira al principio della tassatività delle inutilizzabilità²⁵⁴.

Se da un lato risultano evidenti le ragioni che portano ad escludere un approccio sostanzialista alla materia, dall'altro lato è altrettanto palese come non è concepibile aderire ad un modello estremamente tassativo e formalista: sarebbe impensabile per il legislatore regolare in maniera espressa, e senza rinunciare alle esigenze di completezza ed esaustività, ogni singola figura di inutilizzabilità speciale, abbandonando le categorie di chiusura del sistema, che a mò di "clausole di salvezza" (si pensi, ad esempio, all'inutilizzabilità di ordine generale, ai divieti probatori impliciti o alle inutilizzabilità alternative) garantiscono che l'ordinamento non sia aggirabile sfruttando le sue lacune normative.

Le istanze di giustizia sostanziale, sottese alle tendenze antiformalistiche e di recupero di orientamenti interpretativi (forse troppo) "liberi", debbono essere incanalate all'interno di una disciplina legislativa che rispetti il principio di legalità²⁵⁵. Veniamo allora ad elencare e quindi analizzare quelle autentiche linee di innovazione che presentano un "impatto ambientale" modesto, potendo garantire un'armonizzazione lineare e coerente col sistema in vigore. Queste allora le prospettive più interessanti:

- a) **riduzione** delle fattispecie di inutilizzabilità speciale;
- b) relegazione ad ipotesi eccezionali del regime dell'insanabilità in ogni stato e grado del processo, per affermare la regola che preveda dei **limiti di deducibilità** e consenta, in linea di massima, delle **sanatorie** (tanto generali quanto speciali);
- c) valorizzazione del criterio del **difetto di offensività** come ulteriore riscontro necessario per dichiarare l'inutilizzabilità. Formalizzazione della categoria del **vizio innocuo**.

- a) **riduzione** delle fattispecie di inutilizzabilità speciale.

Come già evidenziato nel corso dell'opera, anche da un semplice studio cronologico delle novelle in materia non è difficile giungere alla conclusione secondo la quale il legislatore, *al di fuori di un progetto organico* quale può essere l'introduzione di un nuovo codice processuale o comunque almeno la prospettazione di una riforma sistematica di un istituto, negli anni successivi al 1988 si sia contraddistinto per un'attività di creazione normativa dalla

²⁵⁴ Vedi *supra*, pgf.2.

²⁵⁵ Già CHIOVENDA avvertiva l'eterna discrasia tra il "sentimento della necessità delle forme" e il bisogno che la giustizia intrinseca e sostanziale non vada sacrificata alle formalità.

frequenza quasi ipertrofica e soprattutto dalla scarsa riflessione sotto il profilo funzionale-sistematico.

Gli interventi normativi hanno infatti ingenerato confusione tra gli operatori del diritto, e relativizzato l'istanza di tassatività e certezza delle ipotesi più gravi di invalidità. Ogni sistema accusatorio infatti dovrebbe distinguersi per la disciplina dettagliata di tutti gli strumenti accertativi e delle regole di esclusione, di modo che l'inutilizzabilità possa rispettare il canone della tassatività, che è a sua volta diretto corollario ed emanazione del bisogno di determinatezza e prevedibilità *ex ante* delle fattispecie legali e delle relative cause di invalidità. Dal 1988 ad oggi si sono registrati almeno otto interventi legislativi che, nell'introdurre riforme nell'ambito di materie settoriali, oltre a prevedere delle ipotesi di inutilizzabilità speciali hanno toccato gli snodi cruciali di questa sanzione, contribuendo ad "alimentare dubbi più che certezze"²⁵⁶.

Prima che il legislatore introduca una nuova fattispecie di inutilizzabilità, è bene che utilizzi estrema cautela, tenendo sempre a mente le conseguenze sanzionatorie dai toni irrimediabili che questa soluzione comporta. L'inutilizzabilità, così come la nullità assoluta, dovrebbero rispondere al canone dell'**extrema ratio**: se costituiscono interessi supremi le esigenze di tutela di valori costituzionali (*i.e.* diritto di difesa e garanzia del contraddittorio nella formazione della prova) o di pregnanti interessi processuali (si pensi alla genuinità delle ricostruzioni probatorie²⁵⁷), tanto da meritare sicuramente una copertura attraverso la garanzia della "sanzione più grave", per converso i vizi procedimentali che inficiano principi dalla portata meno essenziale non possono non ricadere nell'ambito operativo della nullità relativa o intermedia, se non della mera irregolarità.

- b) relegazione ad ipotesi eccezionale del regime dell'insanabilità in ogni stato e grado del processo, per affermare la regola che preveda dei **limiti di deducibilità** e consenta, in linea di massima, delle **sanatorie** (tanto generali quanto speciali).

Il riconoscimento *de iure condendo* di un sistema di sanatoria applicabile con riguardo alla materia *de qua* garantirebbe non solo una riconduzione nel solco della legalità dei summenzionati tentativi *praeter legem* volti al superamento processuale dell'insanabilità del vizio ma rappresenterebbe anche l'esito di un ponderato bilanciamento tra i diritti delle parti, il principio

²⁵⁶ Si condivide la riflessione enucleata in TONINI-CONTI, Il diritto delle prove penali, pag.98.

²⁵⁷ Così, FERRUA, Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale, in *Questione Giustizia* (2001), pag. 1125.

della ragionevole durata del processo e l'istanza accertativa sottesa al processo penale.

Sarebbe allora necessario che la legge regoli i profili dell'*an* -quando è possibile il superamento del vizio?-, del *quomodo* -quali sono le modalità operative perché un vizio qualificato come inutilizzabilità risulti sanato-, del *quando* -tracciando i limiti temporali per l'emenda dell'invalidità²⁵⁸-, ed eventualmente disegni i confini dell'inutilizzabilità derivata²⁵⁹.

Nel nostro sistema si potrebbe prevedere un consenso sanante espresso da parte del titolare del diritto leso, alla insuperabile condizione che si tratti di interessi che, per la loro natura e rilevanza, non risultino indisponibili, ed appaiano assoggettabili al potere dispositivo di parte²⁶⁰.

In proposito possiamo far riferimento ad un riscontro pratico immediato, rappresentato dalla pronuncia *Tammaro* nella quale le Sezioni Unite nel 2000 hanno ribadito la distinzione tra l'inutilizzabilità fisiologica, emendabile col consenso delle parti, e inutilizzabilità patologica, insanabile. Residuerrebbe un *tertium genus*, un'area grigia di confine tra questi due macrosettori, costituita da una serie di ipotesi dalla natura oscura e dal conseguente incerto regime giuridico, sulle quali forse si potrebbe lavorare con riferimento all'acquiescenza.

Attraverso la previsione di sanatorie si riuscirebbe allora a tenersi conto di quelle esigenze che siano eventualmente trascurate dalla comminatoria legale, effettuando un bilanciamento in concreto, questa volta *ex post* ed istituzionalizzato, espressamente consentito dalla legge al giudice.

Nel nostro ordinamento, la sanatoria è disciplinata *ex professo* con riguardo alle ipotesi di nullità che non siano qualificabili come assolute (art.182 e ss. cpp): si tratta di verificare se un meccanismo del genere possa essere recepito, *de iure condendo, mutatis mutandis*, nel diverso contesto dell'inutilizzabilità.

- sanatoria come conseguenza della rinuncia della parte interessata ad eccepire l'inutilizzabilità ovvero accettazione degli effetti (sulla falsariga del 183.1 lett.a). Non si può fare a meno di

²⁵⁸ Sulla scorta dell'art.182 sulla deducibilità del vizio.

²⁵⁹ Per l'auspicio di una regolamentazione espressa della delicata materia, SPANGHER, "Eppur si muove", dal *male captum bene retentum* alle *exclusionary rules*, in Giur. Cost. 2001. Con riguardo al principio di derivazione, si rimanda *supra*, Cap.IV sez.I pgf 5. A tal proposito, si ricordi che l'art.206.3 del **Progetto Dalia** che disciplinava espressamente l'estensione dell'inutilizzabilità agli "atti consecutivi, che dipendono da quello non utilizzabile".

²⁶⁰ Verosimilmente, la sanatoria dovrebbe essere ammissibile nelle sole ipotesi in cui il vizio è posto a tutela di un diritto disponibile alla parte, non già anche quando l'inutilizzabilità è costruita dal legislatore come garanzia di valori supremi, e pertanto non rientranti nella disponibilità giuridica delle parti.

ricordare a tal proposito come si debba trattare di interessi rientranti nel potere dispositivo di parte;

- sanatoria per raggiungimento dello scopo (che l'art.183.1 lett b esprime nella formula "la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato"). Bisogna a questo proposito fare attenzione al fatto che lo scopo che rileva ai fini dell'inutilizzabilità non è tanto quello di natura probatoria e conoscitiva, bensì quello di tutela dell'interesse morale ed individuale protetto dalla norma violata. Se questo non resta intaccato, *nulla quaestio*.

- c) valorizzazione del criterio del **difetto di offensività** come ulteriore riscontro necessario per dichiarare l'inutilizzabilità. Formalizzazione della categoria del **vizio innocuo**.

Il difetto di offensività si verifica ogniqualevolta, nonostante la violazione del divieto probatorio, l'interesse da esso tutelato non risulti essere stato compromesso. Emerge la contiguità col concetto di sanatoria per il raggiungimento dello scopo, ma "va oltre" questa prospettiva.

Il difetto di offensività, o criterio della lesività sostanziale, non costituisce una modalità di recupero, come tale operante *ex post*, bensì di una valutazione da effettuarsi *ex ante*, nel momento in cui si esamina l'esistenza dell'invalidità. Il difetto di offensività è un connotato genetico dell'atto, che nasce viziato solo apparentemente ed astrattamente, mentre nella sostanza è idoneo ad essere oggetto di una declaratoria di invalidità, proprio perché non lede l'interesse tutelato dalla norma violata.

La sanatoria, viceversa, costituisce un nuovo atto che si affianca all'atto contrario alla legge, e presuppone in effetti che questo sia viziato, emendandolo dal vizio di cui è oggetto.

Il difetto di offensività, nozione palesemente mutuata dal diritto penale sostanziale, costituisce una *causa ostativa all'esistenza stessa del vizio*²⁶¹. Quando ci si interroga sulla configurabilità di un tale principio in ambito processuale, la dottrina mostra molta cautela²⁶², dal momento che esso incrina il principio di tassatività, introducendo un elemento di incertezza.

Ma se possono esistere nel panorama giuridico sostanziale furti di chicchi d'uva o falsi grossolani, dovrebbe giocoforza potersi affermare *a fortiori* l'esistenza di violazioni della legge processuale che in concreto non pregiudicano l'interesse tutelato.

²⁶¹ CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità, pag.485.

²⁶² LOZZI.

Bisogna infine tracciare un'*actio finum regundiorum* tra la categoria del difetto di offensività e il concetto di **vizio innocuo**²⁶³: quest'ultimo esprime un rapporto dinamico tra un atto probatorio e la decisione finale, mettendo quindi in luce non già la relazione -di non incidenza- tra vizio e bene giuridico tutelato (difetto di lesività sostanziale), bensì tra il vizio e la sua funzione -non determinante al punto da essere trascurabile- nella sequenza motivazionale (vizio per l'appunto innocuo). Non siamo di fronte ad un'inoffensività dell'invalidità, bensì ad una irrilevanza dell'atto ai fini della decisione.

6. Legalità formale e giusto processo

A livello di teoria generale del diritto, il tema delle sanzioni processuali costituisce un crocevia nel quale si intersecano e si bilanciano i principi fondamentali di ogni sistema giuridico: istanze di legalità, prevedibilità *ex ante* delle conseguenze sanzionatorie, recupero dei valori di giustizia sostanziale, ragionevole durata del processo. L'idea cardine che ispira la costruzione del nucleo delle sanzioni demolitorie nel processo penale è che queste debbono essere plasmate in stretta aderenza alle esigenze di tutela nel caso concreto. Soltanto l'attuazione di un sistema nel rispetto delle suindicate linee guida è idonea a concretizzare nella sostanza i principi del giusto processo regolato dalla legge.

In un ordinamento che realizza un'ottimale ponderazione comparativa tra gli interessi contrapposti nel solco del principio della legalità processuale, non vi è spazio per le tentazioni del formalismo giuridico, che della legalità costituisce una degenerazione²⁶⁴.

*“Quando la **legge** dimentica il **diritto**, il diritto continua a vivere nella prassi applicativa e nella giurisprudenza, talora dimentico della legge*²⁶⁵”

²⁶³ Rispetto al quale la giurisprudenza ha teorizzato l'escamotage della c.d. **prova di resistenza** (vedi *supra*, Cap.IV sez.III pgf.1). Si potrebbe dunque pensare di legalizzare questo principio a livello normativo alla luce della sua ormai cristallizzata interpretazione giurisprudenziale.

²⁶⁴ CONTI, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità, pag.432.

²⁶⁵ *“Purtroppo, si verifica in tal modo un vistoso scollamento tra fondazioni ufficiali ed esperienza, con pesanti ripercussioni sulla credibilità del sistema giuridico e sulla risultante sfiducia nella coscienza collettiva.”* La citazione ispiratrice e pensiero guida di questo capitolo è tratta da GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007.

BIBLIOGRAFIA:

MANUALI e MONOGRAFIE

- N. Galantini, L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, Cedam 1992
- F.M. Grifantini, voce Inutilizzabilità in Dig.pen. vol. VII, 1993, p.249ss
- F.M.Grifantini, Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori, in P. Ferrua, FM Grifantini, G. Illuminati, R.Orlandi La prova e il dibattimento penale III ed. Giappichelli 2007, p.157 ss
- P. Ferrua. il giusto processo, Zanichelli, 2012
- D.Carcano, Le disposizioni sulla formazione della prova in dibattimento, Giuffrè 2002, p.117 ss
- P.Renon, Utilizzabilità dei verbali delle prove orali precedentemente assunte e nuovo esame dei dichiaranti, in Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento, Giappichelli, 2008
- F.Cordero, Procedura Penale, ottava edizione, Giuffrè
- G.Garuti, il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale, in G. Dean, Fisionomia costituzionale del processo penale, Giappichelli, 2007, p. 179 ss18.
- Nobili, La nuova procedura penale, cap. XIX-XXII
- E.Amodio, Fascicolo processuale ed inutilizzabilità degli atti, in Lezioni sul nuovo processo penale
- Conso, Grevi, Compendio di procedura penale
- Tonini, Manuale di procedura penale
- C. Conti, Accertamento del fatto ed inutilizzabilità
- G. Pierro, Una nuova specie di invalidità, l'Inutilizzabilità
- A. Scella, Prove penali ed inutilizzabilità
- A. Scella, Inutilizzabilità della prova, in Enciclopedia del diritto
- R. Dinacci, L'inutilizzabilità, in volume III de La prova Penale, diretto da A.Gaito
- Tonini, Conti, Il diritto delle prove penali (2012)
- G.L. Fanuli, Inutilizzabilità e nullità della prova, in Quaderni di Cassazione Penale n.2
- F. Cordero, Il Procedimento Probatorio, in Tre studi sulle prove penali (1963)

ARTICOLI DI RIVISTE SPECIALISTICHE

- N. Galantini, Inutilizzabilità della prova e diritto vivente, in riv. Diritto e Procedura Penale
- C. CONTI, in Intercettazioni ed inutilizzabilità, in Cassazione Penale, fascicolo 10, 2011.

- C.CONTI, Nullità ed Inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma, in Cass. Pen., fascicolo 4, 2008, pag. 1651B.

GIURISPRUDENZA

- Cass., SSUU, n. 36747/2003 (Torcasio ed altro)
- Cass., SSUU, n. 26795/2006 (Prisco)
- Cass., SSUU, n. 3/1996 (Sala)
- Cass., SSUU, n.16/2000 (Tammaro)