



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Procedura penale**

**L'INUTILIZZABILITÀ DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE. CENNI  
STORICI, EVOLUZIONE ED APPROCCI COMPARATIVISTICI.**

**RELATORE**

Prof. Filippo Dinacci

**CORRELATORE**

Prof. Alberto Macchia

**CANDIDATA**

Silvia Ciufferi

Matr. 157203

**ANNO ACCADEMICO 2022/2023**

## INDICE

INTRODUZIONE .....	6
CAPITOLO I - EVOLUZIONE STORICA E NORMATIVA DELLA PROVA ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITA NEI LAVORI PREPARATORI ALL'ATTUALE CODICE DI PROCEDURA PENALE	
1. Considerazioni preliminari .....	8
1.1. Caratteristiche del processo penale nel codice di procedura penale del 1930 .....	8
1.2. Nullità e sanatorie offerte dal codice del 1930 .....	10
1.3. Regole per l'esame testimoniale .....	11
1.4. Divieto d'uso degli scritti anonimi .....	12
2. La riforma del processo penale e relative conseguenze sul testo del codice del 1930	14
2.1. L'art. 65 comma 2 della progetto Carnelutti.....	15
2.2. La L. 5 dicembre 1969, n. 932 e la sentenza della Corte costituzionale n. 34/1973	16
2.3. La L. 8 aprile 1974, n. 98.....	18
2.4. L'art. 182 del Progetto preliminare del 1978.....	20
2.5. La legge delega del 1987 ed il progetto definitivo del 1988 .....	21
CAPITOLO II - ANALISI LETTERALE ED AMBITO OPERATIVITÀ DELL'ART. 191 C.P.P.	
1. Analisi letterale dell'art. 191 c.p.p.....	23
1.1. La sequenza probatoria. ....	24
1.2. L'art. 191 c.p.p. come divieto probatorio .....	25
1.2.1. Il rapporto tra gli artt. 191 e 526 c.p.p .....	28
1.2.2. Inutilizzabilità e nullità a confronto .....	30

1.3. Teorie interpretative del termine “acquisite” .....	32
2. L’ammissibilità della prova .....	34
2.1. Regole di inclusione ed esclusione probatoria.....	35
2.1.1. Criteri di valutazione delle prove.....	36
3. Specie di inutilizzabilità.....	39
3.1. Inutilizzabilità patologica e fisiologica.....	39
3.1.1. La inutilizzabilità fisiologica ed equilibri costituzionali .....	41
3.1.2. La inutilizzabilità fisiologica nell’attuale sistema probatorio .....	42
3.2. Inutilizzabilità speciale e generale .....	43
3.3. Inutilizzabilità assoluta e relativa .....	44
4. Classificazione delle prove e inutilizzabilità. La nozione di “divieto stabilito dalla legge”.....	45
4.1. Le prove non disciplinate dalla legge .....	45
4.1.1. Criteri di ammissibilità della prova atipica.....	47
4.2. La prova illecita .....	48
4.3. La disciplina relativa alla raccolta illegale di informazioni.....	48
4.4. La prova incostituzionale.....	50
5. Ambito di operatività dell’art. 191 c.p.p.....	51
5.1. Gli incerti confini della rilevanza del vizio.....	53
5.2. Gli ambiti di eccezione nel giudizio di appello e cassazione .....	54
5.3. L’inutilizzabilità nei giudizi successivi alla Cassazione.....	55
5.3.1. Il giudizio di rinvio .....	56
5.3.2. Il ricorso straordinario per errore di fatto .....	57
5.3.3. L’incidente di esecuzione .....	59
5.3.4. La revisione.....	59
5.3.5. La revoca delle sentenze per <i>abolitio criminis</i> .....	60
6. L’eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni .....	61

6.1. Definizione e presupposti .....	63
6.2. Limiti di ammissibilità delle intercettazioni telefoniche .....	65
6.3. L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni ed il valore dimostrativo delle dichiarazioni registrate.....	69
6.3.1. Le intercettazioni ed il giudizio cautelare .....	71
6.3.2. Le intercettazioni ed il giudizio abbreviato .....	74
6.3.3. Le intercettazioni e le indagini preliminari .....	77
6.3.4. Le intercettazioni e l'udienza preliminare.....	79
6.3.5. Le intercettazioni ed il giudizio ordinario di primo grado .....	80
6.3.6. Le intercettazioni ed il giudizio di appello.....	81
6.3.7. Le intercettazioni ed il ricorso per cassazione.....	83
7. Il rapporto tra l'inutilizzabilità ed il principio del <i>tempus regit actum</i> .....	84
8. L'inutilizzabilità derivata.....	89

### CAPITOLO III - LA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO PENALE

1. Il rapporto tra realtà scientifica e giudiziaria. ....	91
2. Il <i>discrimen</i> tra mezzi coercitivi della volontà e spie sull'interno organico .....	94
3. Criteri di ammissione.....	96
3.1. Divieto d'ingresso nel processo penale della cd. <i>bad science</i> .....	97
4. L'assunzione della prova scientifica.....	97
5. Il momento valutativo della prova scientifica e le sue distinte fasi .....	99
6. Le neuroscienze come mezzo di prova scientifica.....	103
6.1. L'imputabilità .....	103
6.2. I mezzi di indagine per l'accertamento dei fatti e l'attendibilità dei testimoni	105
7. L'indagine genetica ed i limiti di utilizzo della perizia coattiva.....	107
8. La compatibilità delle tecniche neuroscientifiche con gli artt. 188 e 220 c.p.p.....	110

9. L'esame dattiloscopico .....	117
9.1. Le fasi dell'indagine dattiloscopica e profili problematici .....	119

#### CAPITOLO IV - LIMITI DI UTILIZZABILITÀ DELLA PROVA ESTERA

1. Il progressivo temperamento del principio della <i>lex loci</i> .....	122
2. I modelli di assunzione della prova all'estero .....	130
3. Il Mandato europeo di ricerca della prova (MERP) .....	131
3.1. Presupposti e condizioni generali di applicazione.....	134
3.2. La trasmissione ed esecuzione del mandato acquisitivo europeo.....	135
4. L'OEI.....	136
4.1. Divieti di ammissione impliciti nella direttiva del 2014.....	138
4.1.1. Prima soluzione: la replica delle regole di esclusione nazionali previste per i casi interni analoghi .....	141
4.1.2. Seconda soluzione: la replica delle regole di esclusione delle prove raccolte con le rogatorie previste dagli artt. 431 e 512- <i>bis</i> c.p.p. ....	142
4.1.3. Terza soluzione: la previsione di una regola di esclusione discrezionale .....	143
4.2. Gli effetti della contrarietà ai principi dell'ordinamento .....	144
5. Il regolamento EPPO del 2017 .....	146
5.1. Lo svolgimento delle indagini e la circolazione delle prove acquisite .....	147
5.2. Rimedi previsti dal regolamento e la "libera" valutazione delle prove .....	150

#### CAPITOLO V - ANALISI COMPARATISTICA: IL TEMA DELL'INUTILIZZABILITÀ DERIVATA NEI SISTEMI DI *COMMON LAW E CIVIL LAW*

1. Considerazioni preliminari. ....	153
2. I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti.....	155
2.1. La " <i>exclusionary rule</i> "......	156

2.2. Fondamento della <i>exclusionary rule</i> e il primo esempio nell'ordinamento statunitense: <i>Boyd v. United States</i> , 1886 .....	158
2.3. La nascita dell' <i>exclusionary rule</i> : <i>Weeks v. United States</i> , 1914 .....	161
2.4. La <i>fruit of the poisonous tree doctrine</i> .....	162
2.5. Una decisione controversa: <i>Wolf v. Colorado</i> .....	170
3. L'Inutilizzabilità derivata nell'ordinamento italiano: il dibattito tra dottrina e giurisprudenza.....	172
3.1. Analisi comparatistica tra Stati Uniti e Italia: la teoria del “ <i>male captum bene retentum</i> ” e la <i>exclusionary rule</i> a confronto.....	175
3.2. L'evoluzione giurisprudenziale italiana.....	177
3.2.1. L'orientamento delle Sezioni Unite .....	177
3.2.2. Corte costituzionale, sentenza n. 219 del 2019 .....	182
3.2.3. Corte costituzionale, sentenza n. 252 del 2020 .....	188
3.2.4. Corte costituzionale, sentenza n. 247 del 2022 .....	191
3.2.5. Corte costituzionale, ordinanza n. 116 del 2022 .....	194
4. Il principio “ <i>male captum bene retentum</i> ” e la teoria dei “frutti dell'albero avvelenato” nella giurisprudenza della Corte EDU .....	197
4.1. Le circostanze del caso .....	197
CONCLUSIONI.....	207
BIBLIOGRAFIA .....	212

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto l'analisi della inutilizzabilità della prova nel processo penale, tematica che verrà affrontata sotto molteplici aspetti, in considerazione non solo del dettato normativo dell'art. 191 c.p.p., ma avendo riguardo, inoltre: al dibattito ancora oggi acceso fra dottrina e giurisprudenza sulla particolare figura della inutilizzabilità derivata; ai limiti di utilizzo che il codice di rito disciplina per quanto attiene alla prova acquisita all'estero; nonché, infine, a come l'ordinamento interno si appropria all'ingresso della prova scientifica. Principio della nostra trattazione è la ricostruzione del percorso storico che ha condotto il legislatore alla introduzione di tale forma di invalidità, a cominciare dall'illustrazione delle sanzioni e sanatorie offerte dal codice penale del 1930, il codice Rocco. L'assenza di una disposizione che regolasse figure di invalidità differenti dalla nullità, come l'inesistenza e l'inutilizzabilità, suscitava non poche perplessità in ragione della vasta gamma di ipotesi concernenti la legalità dell'elemento probatorio. Si cominciava ad avvertire, dunque, anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, la necessità di riformare l'assetto normativo dedicato al processo penale.

Seguirà una disamina generale, nel secondo capitolo dell'elaborato, dell'art. 191 c.p.p. in una duplice prospettiva: da un lato, verrà analizzato il dato letterale della disposizione e le distinte teorie interpretative che ruotano attorno alla terminologia scelta dal legislatore, quale «prove acquisite»; dall'altro, sottoposto ad analisi è l'ambito di operatività ed i confini entro i quali l'art. 191 c.p.p. può trovare applicazione. In aggiunta, seguirà una classificazione delle diverse tipologie di prove, con riferimento sia agli elementi probatori contemplati espressamente nel codice di rito, che alle cd. prove atipiche. Tuttavia, lo sviluppo tecnologico viene ad essere affiancato, per sua natura, all'evoluzione scientifica, quale contenuto conclusivo dell'elaborato. Il tema delle interazioni tra neuroscienze e diritto penale è di interesse crescente e l'assenza nel codice di rito una vera e propria disciplina per qualificare la scientificità o meno di un mezzo di prova non può che tradursi nell'esigenza di esaminare su quali criteri deve vertere la valutazione predetta, e la eventuale preclusione all'utilizzo processuale delle prove medesime, nonché come l'indagine scientifica possa conciliarsi con la tutela di diritti costituzionalmente tutelati, come la libertà morale dell'imputato.

Con riferimento all'ordinamento comunitario, la progressiva evoluzione tecnologica degli strumenti posti a disposizione del cittadino ha portato come diretta conseguenza l'incremento del noto fenomeno del crimine transfrontaliero, dal quale nasce l'esigenza di analizzare la disciplina relativa agli eventuali limiti di utilizzo della cd. prova estera, sia dal punto di vista del diritto interno che da una prospettiva comunitaria, avendo particolare riguardo alla recente entrata in vigore della Direttiva 2014/41/UE e del Regolamento EPPO del 2017.

Ulteriore e finale oggetto di trattazione è rappresentato dall'analisi comparatistica tra l'ordinamento italiano e quello angloamericano in relazione al discusso rapporto tra il principio del *male captum bene retentum* e la cd. teoria dei frutti dell'albero avvelenato. Si tratta di un tema di particolare rilevanza in virtù non solo delle numerose pronunce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, ma bensì anche alla luce del noto intervento della Corte EDU nel caso Gäfgen c. Germania del 2008.



**CAPITOLO I**  
**EVOLUZIONE STORICA E NORMATIVA DELLA PROVA**  
**ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITA NEI LAVORI PREPARATORI**  
**ALL'ATTUALE CODICE DI PROCEDURA PENALE**

**1. Considerazioni preliminari**

La fase processuale dell'istruzione probatoria viene ad essere considerata il cuore pulsante del processo penale, una fase ricolma di dinamismo e dedicata alla raccolta degli elementi probatori destinati a divenire fondamento della decisione del giudice. Per lo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale, difatti, appare rilevante anche quanto svolto nella fase dedicata alle indagini preliminari. Una volta ricevuta la notizia di reato da parte degli organi di polizia, oppure, essendo venuto a conoscenza di una notizia criminis, il pubblico ministero, in virtù del dettato normativo degli artt. 112 Cost. e 132 c.p.p. (principio cardine dell'obbligatorietà dell'azione penale) a seguito dell'iscrizione della notizia di reato ex. art. 335 c.p.p., avvia ed apre le indagini preliminari, coadiuvato dagli organi di polizia giudiziaria ex. artt. 326 e 327 c.p.p. L'istruzione probatoria non appare rivolto soltanto ad un controllo sulle prime prove comunicate all'autorità giudiziaria, ma bensì anche all'importante decisione che spetta in capo al pubblico ministero circa la prosecuzione dell'azione penale e la conseguente richiesta di rinvio a giudizio, oppure della richiesta di archiviazione. L'attuale assetto normativo dedicato alla fase dell'istruttoria presenta un rilevante distacco rispetto ai codici previgenti. In particolare, una prima asimmetria è riscontrabile nel contenuto dell'art. 189 c.p.p., rubricato "*prove non disciplinate dalla legge*", il quale segna la fine del primato del principio di tassatività delle prove e lascia aperta la strada per le cd. prove atipiche, non corrispondenti ai modelli previsti dalla legge, anche in vista dell'avvento e dello sviluppo tecnologico che ha dato vita ad importanti istituti come il cd. processo telematico.

**1.1. Caratteristiche del processo penale nel codice di procedura penale del 1930**

La cornice storica che fa da sfondo è da riscontrare nel pieno vigore del regime fascista, nel quale si inserisce la grave crisi economica del 1929, anno che precede la presentazione al Sovrano del progetto preliminare al codice di procedura penale del guardasigilli

Alfredo Rocco, redatto da Vincenzo Manzini<sup>1</sup>. Rivelatosi il codice del 1913 in totale contrasto rispetto al panorama politico che stava progressivamente prendendo piede sul territorio nazionale, il Codice Rocco costituiva massima espressione della svolta autoritaria dello Stato, la quale censurava l'ideologia liberale improntata sulla tutela dei diritti dell'imputato nei confronti dell'ottica punitiva dello Stato in virtù dell'affermazione e della supremazia della suddetta pretesa rispetto ai diritti inviolabili del primo<sup>2</sup>. Conservatore della tipica struttura bifasica del processo francese, il Codice Rocco poneva in risalto tra le novità della nuova codificazione il rafforzamento dei poteri attribuiti alla peculiare figura del pubblico ministero, la cui richiesta di archiviazione si vedeva spoglia di alcun controllo giurisdizionale da parte del giudice penale<sup>3</sup>. Il codice del 1930, dunque, finiva per riservare al diritto di difesa ed al contraddittorio una posizione marginale, offrendo alle parti protagoniste della vicenda processuale la sola possibilità di essere sentite prima della decisione del giudice. Alle stesse veniva sottratto l'onere di ricercare le prove, essendo l'attività di iniziativa probatoria riservata al giudice medesimo in quanto, avendo una più ampia gamma di poteri, meglio di loro poteva conoscere il vero ed il giusto. La stessa ricerca della verità assumeva la veste del segreto, non passando attraverso la contrapposizione dialettica delle parti, poiché la ricostruzione delle due distinte figure dell'accusa e della difesa dell'imputato non avrebbero che ostacolato l'operato dell'inquisitore. A ciò che il codice del 1930 dava maggior rilievo, inoltre, era l'esito al quale il giudice doveva giungere (la verità) e non il metodo con cui lo stesso veniva perseguito: ogni modalità di ricerca era, dunque, ammessa, compresa la tortura del soggetto imputato<sup>4</sup>. Le prove utilizzabili ai fini della formazione del libero convincimento del giudice erano assunte dal medesimo in segreto, e quindi d'ufficio, unitamente al solo pubblico ministero.<sup>5</sup> Con riferimento alla sfera dedicata alla violazione

---

<sup>1</sup> A. CAPONE, *Storia, cultura e principi del processo penale*, Dipartimento DiGiEs, pag. 43 ss. A conferma del mutamento processuale e delle fondamentali ideologiche dello stesso, Alfredo Rocco: «le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui l'individuo è posto contro lo Stato, l'Autorità è considerata come insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato, quand'anche sorpreso in flagranza, è presunto innocente, sono del tutto eliminate, insieme a quella generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità.»; e Vincenzo Manzini, in «Trattato di diritto processuale penale», 1931: «l'interesse riguardante la libertà individuale rappresenta nel processo penale una parte essenziale bensì, ma non la più caratteristica, né la prevalente. (...) lo Stato fascista, a differenza dello stato democratico-liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione dello Stato.»

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

<sup>5</sup> Cfr. F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 42 ss.

delle regole probatorie e delle soluzioni alternative, il codice del 1930 non pareva considerare nell'alveo dei meccanismi suddetti la ormai tipica figura dell'inutilizzabilità della prova, concentrandosi in particolar modo sulla sanzione della nullità.

## **1.2. Nullità e sanatorie offerte dal codice del 1930**

Le nullità disciplinate dal Codice Rocco si rivolgevano a vizi di forma, realizzando una tutela limitata ai soli aspetti meramente regolamentari mediante il peculiare istituto della sanatoria ex. art. 187 del R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399<sup>6</sup>. Disciplina generale che affronta il variegato spettro delle nullità risiede nell'art. 184 ss. L'art. 184 del 1930 sanciva il principio di tassatività, stabilendo che «l'inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali è causa di nullità», specificando successivamente che la suddetta opera «soltanto nei casi in cui questa è comminata espressamente dalla legge». Dalla terminologia utilizzata dal legislatore si evince con chiarezza che al giudice non fosse consentito ricorrere all'interpretazione analogica in tema di nullità, e che quindi non vi fosse alcuno spazio per altre fattispecie di invalidità, poiché non espressamente inserite nel quadro normativo<sup>7</sup>. Data l'assenza delle ulteriori figure di invalidità, della inesistenza e dell'inutilizzabilità, le sole sei disposizioni inserite nel capo VII, rubricato «Delle nullità», non apparivano sufficienti a ricoprire la vasta gamma di ipotesi concernenti la legalità della prova. Inoltre, appare opportuno prendere le mosse dall'art. 187 del codice del 1930: «il giudice che rileva una causa di nullità provvede immediatamente ad eliminarla, se è possibile». La sanatoria in esame offerta dal Codice Rocco imponeva al giudice di “dare nuova vita” all'elemento probatorio colpito da una causa di nullità, cosicché lo stesso potesse essere nuovamente compreso nel corpo di prove utilizzabili ed in grado di influenzare la decisione del giudice<sup>8</sup>. Ciò connotava un'evidente illogicità: presupponendo che la prova nel caso di specie sia inammissibile per la violazione di divieti imposti dalla legge, la stessa dovrebbe, per sua natura, non poter essere considerata dallo stesso giudice destinato, invece, a sottoporla alla propria attenta valutazione per

---

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Il codice di procedura penale del 1930 risultava essere composto da 675 articoli, contenuti in cinque libri: disposizioni generali, istruzione, giudizio, esecuzione, rapporti giurisdizionali con autorità estere. Con particolare riguardo alle nullità, l'assetto normativo permette di individuare tre distinti gruppi: le nullità cd. assolute, intermedie e relative.

<sup>8</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 890.

mezzo della sanatoria ex. art. 187. Il meccanismo in esame apparirebbe, dunque, un'applicazione fittizia della sanzione della nullità della prova inammissibile.

### **1.3. Regole per l'esame testimoniale**

Il legislatore ha sempre prestato attenzione nello stabilire un corpo di regole e di limiti per la prova testimoniale. Norma d'apertura della materia è l'art. 348, il quale sin da subito esplica quali siano i soggetti ai quali la disposizione si riferisce: in chiave positiva che "ogni persona ha capacità di testimoniare" ed in chiave negativa che «non possono essere assunti, a pena di nullità, come testimoni gli imputati dello stesso reato o di un reato connesso, anche se sono stati prosciolti o condannati, salvo che il proscioglimento sia stato pronunciato in giudizio per non aver commesso il fatto». Vengono ad essere tracciati i confini del mandato del giudice, al quale l'art. 349, rubricato «Regole per l'esame testimoniale», precludeva la possibilità di rivolgere qualsivoglia domanda suggestiva o che possa altrimenti nuocere alla spontaneità e alla sincerità delle risposte, chiedere ai testimoni o permettere che essi esprimano apprezzamenti personali («salvo che non sia possibile scindere tali apprezzamenti dalla deposizione sui fatti»). Dal dato letterale della disposizione in esame emerge con chiarezza la natura garantista del codice previgente, il quale poneva come obiettivo fondamentale la salvaguardia dell'integrità morale dell'imputato, considerato la parte debole della vicenda processuale, e l'importante compito riservato al giudice penale, il quale esercita le proprie funzioni in virtù della nobile ricerca della verità probabile (non potendo considerarsi nella sua veste assoluta, essendo quest'ultima di esclusiva proprietà delle parti coinvolte). A pena di nullità, viene esplicitamente disciplinato diritto d'astenersi dal testimoniare in due distinte norme: dapprima, l'art. 351 stabiliva che «non possono essere obbligati a deporre su ciò che a loro fu confidato o è pervenuto a loro conoscenza per ragione del proprio ministero od ufficio o della loro professione i ministri della religione cattolica o di un culto ammesso nello stato; gli avvocati, i procuratori, i consulenti tecnici ed i notari; i medici e i chirurghi, i farmacisti, le levatrici e ogni altro esercente una professione sanitaria», in virtù del sussistente segreto professionale; l'art. 352 precludeva ai pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio l'eventuale deposizione circa fatti conosciuti per ragioni d'ufficio e che debbono rimanere segreti.

#### 1.4. Divieto d'uso degli scritti anonimi

Ulteriore esempio di divieto d'uso di particolari elementi probatori è da rinvenire all'art. 141, in materia di scritti anonimi: «gli scritti anonimi non possono essere uniti agli atti del procedimento, né può farsene alcun uso processuale, salvo che costituiscano corpo del reato, ovvero provengano comunque dall'imputato». Proprio come per la prova testimoniale, anche con riferimento agli scritti anonimi considerati nella vicenda processuale il legislatore ha sin da sempre prestato profonda attenzione a causa dell'impossibilità di vagliare l'attendibilità della fonte. La prova documentale rappresenta di per sé una prova precostituita e dunque nata, formata, al di fuori del dibattimento e del contraddittorio tra le parti. Si tratterebbe, lo scritto, di una prova che preesiste a prescindere dall'instaurazione del processo penale ed è l'elemento che più lo distingue dagli altri distinti mezzi di prova: al contrario, la prova testimoniale o la confessione risultano essere inserite nella categoria delle cd. prove costituende, le quali per prendere vita necessitano del coinvolgimento processuale delle parti<sup>9</sup>. L'analisi del documento anonimo è sempre stata oggetto di discussione tra i due grandi versanti della dottrina e della giurisprudenza. A seguito di un lungo dibattito, si conclude nel senso di riconoscere un'autonomia concettuale del documento anonimo con l'applicazione di alcuni limiti, volti a circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina proprio in virtù della evidente sfiducia nei confronti dell'atto spoglio di alcuna esplicitazione della fonte di provenienza (con l'eccezione che si tratti di un atto fornito dallo stesso imputato o che costituisca il corpo del reato)<sup>10</sup>. In particolare, è opportuno citare la nota sentenza Perrucci della prima sezione della Cassazione penale, n. 1441/2002, nella quale i giudici hanno offerto un'importante definizione del concetto di “documento anonimo”: «per documento contenente dichiarazioni anonime, ai sensi dell'art. 240 c.p.p., deve intendersi non quello che sia solo privo di sottoscrizione o di altro valido elemento di identificazione dell'autore, ma quello in cui sia ignota la provenienza»<sup>11</sup>. In termini di inutilizzabilità, in relazione agli scritti di fonte anonima, appare interessante analizzare tre distinte pronunce

---

<sup>9</sup> Cfr. D. DE ROSA, *Le “fonti anonime” di conoscenza ed il processo penale*, in *Archivio penale*, 2017, 1, p. 6, disponibile al seguente link: <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=cfe151ad-f005-4ffb-ac27-4f4ae6a513db&idarticolo=15118>.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 42.; Cass. pen., Sez. I, 15 febbraio 2002, n. 1441, Perrucci; v., al riguardo, F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 42

della Suprema corte in tema di denuncia anonima. Ciò su cui si è interrogata la giurisprudenza con riguardo al codice del 1988 è la creazione di limiti di utilizzabilità della fonte anonima, partendo dall'assunto secondo cui la denuncia in esame non potrebbe costituire presupposto per l'instaurazione dell'azione penale ed in base alla quale non sarebbe possibile procedere a particolari attività d'indagine che richiedono per la loro attivazione l'esistenza di indizi di reato (ad esempio, la disciplina delle intercettazioni)<sup>12</sup>. A conferma, l'art. 333: «delle denunce anonime non può essere fatto alcun uso, salvo quanto disposto dall'art. 240». Nella sentenza della Cass. pen., ss.uu., 29 maggio 2008, n. 25932, i giudici di Cassazione hanno individuato nel contenuto della denuncia anonima un corpo di informazioni che possono potenzialmente essere fondamento dell'attività investigativa: sebbene l'assenza della fonte di provenienza, si è ritenuto qualificare la denuncia anonima come idonea a stimolare l'attività investigativa degli organi inquirenti, avendo questa lo scopo di «assicurare l'assunzione di dati conoscitivi atti a verificare se da essa possono ricavarsi indicazioni utili per l'enucleazione di una notizia criminis suscettibile di essere approfondita con gli strumenti legali»<sup>13</sup>. Recentissima pronuncia aderente al predetto orientamento è la sentenza della Cass. pen. sez. VI, 22 aprile 2016, n. 34450, i giudici della corte si soffermano anzitutto sulla ragione d'esistere della disposizione. *Ratio* della disciplina è insita nell'assenza della forma rituale richiesta per le *notitiae criminis*, sul cui principio consolidata dottrina si è espressa sull'insufficienza della denuncia anonima da sola considerata rispetto ad atti che presuppongono la

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Cfr. G. MORGESE, *I limiti di utilizzabilità della denuncia "anonima" ai fini investigativi*, nota a Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2016 (dep. 4 agosto 2016), n. 34450, <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/08/denunce-anonime-Morgese.pdf>. I giudici deliberano: «tali investigazioni si pongono, peraltro, fuori dalle indagini preliminari, appunto in quanto sfornite di pregressa *notitia criminis*, sicché l'accusa non può procedere – sulla sola base di una denuncia anonima o confidenziale, non inseribile in atti ed inutilizzabile – a perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche, trattandosi di atti che implicano e presuppongono l'esistenza di indizi di reità. [...] Una denuncia anonima non può essere posta a fondamento di atti tipici di indagine e, quindi, non è possibile procedere a perquisizioni, sequestri e intercettazioni telefoniche, trattandosi di atti che implicano e presuppongono l'esistenza di indizi di reità. Tuttavia, gli elementi contenuti nelle denunce anonime possono stimolare l'attività di iniziativa del pubblico ministero e della polizia giudiziaria al fine di assumere dati conoscitivi, diretti a verificare se dall'anonimo possano ricavarsi estremi utili per l'individuazione di una *notitia criminis*». La giurisprudenza di legittimità nella sentenza di cass. pen., sez. VI, 21 settembre 2006, n. 36003: «fermo restando che il documento anonimo non soltanto non costituisce elemento di prova, ma neppure integra *notitia criminis*, e pertanto del suo contenuto non può essere fatta alcuna utilizzazione in sede processuale [...]. L'unico effetto degli elementi contenuti nella denuncia anonima, infatti, può essere quello di stimolare l'attività di iniziativa del P.M. e della polizia giudiziaria al fine di assumere dati conoscitivi, diretti a verificare se dall'anonimo possono ricavarsi gli estremi utili per l'individuazione di una *notitia criminis*». Sull'argomento anche MERCONE, *L'inutilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in Cass. pen., 1995 e CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in Cass. pen., 1996.

sussistenza di elementi probatori o indiziari e sui criteri guida da applicare all'attività investigativa<sup>14</sup>. La Cassazione sostiene, quindi, che «una denuncia presentata nelle forme dell'anonimato è di per sé idonea e sufficiente a dare impulso alle indagini preliminari, aventi lo scopo di individuare la sussistenza degli estremi di reato inseriti nella denuncia medesima ed il presunto e potenziale colpevole»<sup>15</sup>. In conclusione, la notizia redatta in forma anonima risulta conservare un nesso causale con la successiva genesi della notizia di reato trattandosi di una vera e propria inutilizzabilità “pre-procedimentale”.

## **2. La riforma del processo penale e relative conseguenze sul testo del codice del 1930**

Il dopoguerra segna un passaggio a dir poco fondamentale nell'evoluzione storica del diritto processuale penale. Il ritorno al regime liberale, difatti, ha provocato innumerevoli ripercussioni sulla struttura del processo penale e sull'ordinamento giudiziario. Possiamo individuare due ordini di conseguenze: le cd. conseguenze immediate, le quali sono dovute alla legislazione intervenuta tra l'armistizio del 1943 e l'entrata in vigore del testo costituzionale del 1° gennaio 1948; le cd. conseguenze riflesse, da riscontrare nei neo-principi consacrati in Costituzione. In particolare, con il nuovo ingresso dell'orientamento liberale nel quadro normativo della procedura penale si deve, anzitutto, la separazione dei poteri dello Stato e delle funzioni del processo penale, come il diritto alla difesa, inteso come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ex. art. 24 co. 2 Cost. (eliminato, invece, dalla fase istruttoria facendo prevalere il segreto della suddetta nel codice del 1930) e l'obbligatorietà dell'azione penale spettante al pubblico ministero ex. art. 112 Cost. Espressa previsione della tutela dei diritti personalissimi dell'uomo viene individuato nel dettato normativo dell'art. 2 Cost., considerato norma ombrello del vasto alveo di diritti spettanti all'individuo sin dalla sua nascita, e dell'art. 3 Cost., che sancisce il principio d'uguaglianza dinanzi alla legge. Negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, la necessità di riformare l'assetto normativo dedicato al processo penale in virtù del nuovo orientamento vigente divenne lapalissiano. Un primo intervento fu il progetto di riforma di Francesco Carnelutti, denominato come progetto Carnelutti.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cfr. D. DE ROSA, *Le “fonti anonime” di conoscenza ed il processo penale*, 2017, in *Dialnet*, Archivio penale n. 1° p. 18.

## 2.1. L'art. 65 comma 2 della progetto Carnelutti

L'esigenza della riforma del codice di procedura penale si è cominciata a percepire attorno al 1961, anno nel quale il Centro di cultura e civiltà della Fondazione Giorgio Cini ha convocato un eletto gruppo di magistrati, di professori universitari e di avvocati, con lo scopo di attuare un progetto il predetto progetto di riforma. Ad assistere a tale sin dal principio vi furono l'allora Ministro di grazia e giustizia Guido Gonella ed il suo capo di gabinetto Dr. Bruno Liguori. Tale proposta assunse rilevante importanza, in quanto spronò lo stesso Gonella a convocare una commissione di magistrati, avvocati, professori di diritto penale o procedura penale con l'incarico di formulare uno schema di progetto di riforma entro un anno. In particolare, le ragioni poste a fondamento dell'intervento di Carnelutti ruotarono attorno a tre tematiche: la necessità di donare un ordine al codice, fondato sulla distinzione tra procedimento e processo (che ha determinato la costruzione in tre diversi libri: il primo dedicato al processo, il secondo al procedimento di cognizione ed il terzo al procedimento di esecuzione); la seconda esigenza è da riscontrare nella semplicità, in particolare nella distribuzione dei compiti tra giudice e legislatore; infine, la terza esigenza riguarda il linguaggio<sup>16</sup>. Con riguardo all'ambito probatorio, troviamo per la prima volta un riferimento alla categoria di invalidità contemplata da questa tesi all'art. 65 comma 2: quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge, il giudice non può tenerne conto. Eppure, tale disposizione non fu sufficiente ad abbracciare tutte le ipotesi concernenti le prove inutilizzabili, soprattutto a causa dell'assenza di una norma volta a sanzionare l'eventuale uso vietato da parte del giudice penale al momento della decisione. Una precisazione: il progetto Carnelutti, sebbene profondamente innovativo, non superò le fasi iniziali. Con le dimissioni del governo, la commissione non fu più riunita e nel 1965 venne presentato all'attenta analisi del Parlamento un nuovo disegno di legge, con lo scopo di rimettere al governo l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale<sup>17</sup>. Esaminato dalla Commissione Giustizia della camera del 1966, il testo non ebbe successo<sup>18</sup>. Profonde modificazioni susseguirono il progetto presentato da

---

<sup>16</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1962

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI DI GIUSTIZIA, *I lavori preparatori dei codici italiani*, 2013, p. 67



Gonella sino al 24 gennaio del 1974, anno nel quale il Senato approverà il testo della proposta e verrà promulgata la delega suddetta come L. 3 aprile n.108/1974.

## **2.2. La L. 5 dicembre 1969, n. 932 e la sentenza della Corte costituzionale n. 34/1973**

La legge n. 932/1969 si iscrive nella «ideale parabola evolutiva del processo penale» nella stagione del garantismo, caratterizzata dalla consapevolezza della connessione che unisce lo *ius dicere* in materia penale al tessuto dei diritti primari di libertà del cittadino<sup>19</sup>. La legge in esame ha apportato con le sue nove disposizioni alcune modificazioni al codice di procedura penale in merito alle indagini preliminari, al diritto di difesa, all'avviso di procedimento ed alla nomina del difensore, introducendo nel nostro ordinamento l'istituto dedicato all'avvio del procedimento, volto a garantire in modo più pregnante l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato (il quale veniva ad essere reso edotto dell'inizio del procedimento a carico sin dal primo atto di istruzione). Sin dall'art. 1 della suddetta legge (il quale sostituì l'art. 78 del codice del 1930) il legislatore si premurò di offrire una definizione circa l'acquisizione della qualità di imputato: il soggetto imputato è da considerarsi colui che, anche senza ordine della autorità giudiziaria, si trova in stato di arresto ovvero al quale in un atto qualsiasi del procedimento viene attribuito il reato. L'impiego della inutilizzabilità come sanzione processuale vuole garantire la puntuale applicazione della regola costituzionale di inviolabilità del diritto di difesa ex. art. 24, co. 2, Cost., il quale si pone come paradigma di legittimità della ricostruzione ermeneutica delle disposizioni ordinarie e si propone come norma precipua e concreta di produzione giuridica<sup>20</sup>. Punto nevralgico della svolta radicale è il significato e la portata del ricorso alla categoria della inutilizzabilità. Il nuovo strumento sanzionatorio riceve sua base fondante e giustificativa dal collegamento coi beni processuali di immediato rilievo costituzionale e copre spazi di tutela meritevoli per ciò stesso della più intensa effettività di protezione<sup>21</sup>. In virtù dell'esigenza di disporre di una disciplina più incisiva per

---

<sup>19</sup> Espressione di Cordero, Guida alla procedura penale cit., p. 291, il quale parla di clima garantistico; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penale*, Napoli, 1992, p. 53 ss.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Non è un caso che l'abrogato art. 304 c.p.p. prescriveva che le dichiarazioni rese in assenza del difensore non possono essere utilizzate. Sul punto CONSO, *Inizio delle indagini e diritto di difesa (Brevi note sulla legge 5 dicembre 1969, n. 932)*, in *Arch. Pen.*, 1970, I, p. 139: «globalmente considerata la riforma implica una serie di sensibili passi innanzi, sia sul piano di una crescente attuazione di quella legalità costituzionale, che rappresenta la chiave di volta per ridare genuinità ed infondere vitalità alla nostra democrazia, sia sul piano di un'effettiva realizzazione di quei valori d'umanità e civiltà giuridica che come dimostra

assicurare la legalità costituzionale della prova trae origine da un intervento legislativo che ripete l'impiego della categoria della inutilizzabilità. La legge 8 aprile 1974, n. 98, affronta per la prima volta la delicata problematica relativa alle interferenze illecite nella vita privata e delineando un completo sistema di protezione sostanziale e processuale della riservatezza e della libertà e segretezza delle comunicazioni provvede ad una profonda modificazione della regolamentazione delle intercettazioni telefoniche<sup>22</sup>. Nella sentenza n. 34/1973, la corte si trovava ad affrontare il particolare tema dell'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nell'ipotesi in cui il soggetto interessato, al momento dell'acquisizione delle stesse, non fosse ancora indiziato di reato e che, conseguentemente, non avesse ancora ricevuto avviso di procedimento a suo carico<sup>23</sup>. Punti cardine della pronuncia sono da riscontrare in due distinti temi: la compatibilità dell'art. 226, ultimo comma, c.p.p. 1930 col dettato costituzionale; la sorte delle intercettazioni acquisite in assenza di avviso di procedimento a carico. Con sentenza 14 novembre 1969, il giudice istruttore presso il tribunale di Bolzano, Marazzani Ignazio e Innerkofler Luigia venivano rinviati a giudizio per aver organizzato, esercitato e diretto una casa di prostituzione in un albergo locale. Per il caso di specie, la procura della Repubblica autorizzava l'acquisizione di indizi di reato a carico dei due soggetti mediante l'intercettazione dell'apparecchio telefonico dell'albergo dove si sospettava avvenissero gli incontri. Nell'udienza dibattimentale del 15 giugno del 1971 il tribunale pronunciava ordinanza con la quale, in accoglimento della richiesta dei difensori, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 226, ultimo comma, c.p.p. in relazione agli artt. 15 e 24 Cost., riconoscendo la natura dell'operazione come mezzo di indagine lesivo della facoltà di non rispondere agli interrogatori degli inquirenti. L'Avvocatura riteneva la questione infondata, partendo dall'assunto secondo cui la polizia procede ad intercettazione telefonica quando ha il sospetto che un reato sia stato commesso, ma frequentemente non conosce chi ne sia l'autore e, conseguentemente, non potrebbe pretendere che vi sia un avviso di procedimento. Difatti, l'Avvocatura sottolinea che «se

---

l'esperienza inglese, sono indispensabili per una giustizia e, più in generale per uno Stato preoccupati di suscitare fiducia ed ottenere, collaborazione»

<sup>22</sup> DI CIOLO-DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1974

<sup>23</sup> Composta da: Presidente P. BONIFACIO, DOTT. G. VERZÌ, DOTT. G. BATTISTA BENEDETTI, DOTT. L. OGGIONI, DOTT. A. DE MARCO, AVV. E. ROCCHETTI, PROF. E. CAPALOZZA, PROF. V. MICHELE TRIMARCHI, PROF. V. CRISAFULLI, DOTT. N. REALE, AVV. L. AMADEI, PROF. G. GIONFRIDA, PROF. E. VOLTERRA, PROF. G. ASTUTI.

si facesse divieto alla polizia giudiziaria di procedere, su autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria, ad intercettazioni telefoniche molti reati non potrebbero essere scoperti e molti reati in via di commissione non potrebbero essere impediti»<sup>24</sup>. La Corte, chiamata a pronunciarsi sul caso di specie, risolve il quesito di diritto dichiarando la legittimità costituzionale dell'art. 226 c.p.p. ed alla conseguente utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche. Sulla questione di legittimità argomenta: l'art. 226 c.p.p. enuncia espressamente che la libertà e segretezza della corrispondenza ex art. 15 Cost. può essere limitata soltanto mediante un atto motivato dell'autorità giudiziaria. La compressione del diritto alla riservatezza della comunicazione risulta essere, comunque, oggetto del diretto controllo del giudice, poiché è il magistrato il soggetto al quale la legge riconosce il potere di disporre l'intercettazione telefonica, non essendo quest'ultima operazione procedibile di propria iniziativa ma solo a seguito di apposito decreto motivato. Sulla base di questa premessa, la Corte ritiene che nel processo possa essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute e, alla luce delle ragioni finora esplicate, l'intercettazione telefonica non risulterebbe essere assunta in violazione di alcun divieto di legge né tantomeno di diritti costituzionalmente protetti<sup>25</sup>. Infondata appare inoltre la questione di legittimità dell'art. 226 c.p.p. in relazione al dettato normativo dell'art. 24 Cost. La garanzia del diritto a non rispondere all'autorità rappresenta una specificazione del diritto di difesa introdotto nel nostro ordinamento nel 1969 con riguardo all'interrogatorio dell'imputato (ipotesi in cui l'inquisito viene a contatto direttamente con l'autorità), il cui scopo è quello di rafforzare la libertà morale del soggetto interrogato per evitare di creare uno stato di soggezione psicologica dinanzi l'autorità procedente<sup>26</sup>.

### **2.3. La L. 8 aprile 1974, n. 98**

Ulteriore intervento di modifica al codice di procedura penale è da rinvenire nelle undici disposizioni della legge 8 aprile 1974, n. 98. La legge in esame appare composta di due parti: la parte I, comprensiva di sette articoli, intitolata «Modificazioni al Codice penale e al codice di procedura penale»; e la parte II, composta dalle restanti quattro,

---

<sup>24</sup> Dal ritenuto in fatto, Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Consulta Online*, <https://giurcost.org/decisioni/1973/0034s-73.html>.

<sup>25</sup> *Ivi*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

«Disposizioni transitorie e finali». Successivamente all'art. 226, sono state inserite nuove disposizioni. L'introduzione degli artt. 226-*bis*, 226-*ter*, 226-*quater* e 226-*quinquies* c.p.p. ad opera della legge in esame risponde alle direttive interpretative fissate dalla Corte<sup>27</sup>. La disciplina che ne deriva prevede che il ricorso alla misura possa avvenire nel corso delle indagini relative ad un ristretto numero di determinati reati, in presenza di seri e concreti indizi, oppure al fine di ottenere prove per l'accertamento del fatto nell'ipotesi in cui non sia possibile acquisirle in altro modo. La legittimazione esecutiva rappresenta, dunque, un corollario delle generali funzioni di indagine *post delictum* ex. art 219 del codice del 1930 agli organi inquirenti, sebbene risulti sempre subordinata al decreto motivato di autorizzazione del Procuratore della Repubblica o del giudice istruttore del luogo ove si procede, con il quale fissa le modalità ed i tempi di attuazione delle operazioni<sup>28</sup>. Inoltre, i controlli telefonici non possono protrarsi oltre i quindici giorni, pur potendo essere prorogati con ordinanza motivata dal magistrato per due volte per un periodo pari a quindici giorni, da effettuarsi esclusivamente presso appositi impianti installati nelle Procure della Repubblica, oppure sino al loro allestimento presso impianti di pubblico servizio. Asse portante del complesso normativo appaiono, dunque, le disposizioni volte ad escludere il valore probatorio di un ascolto operato *contra legem*: il legislatore del 1974, da un lato, impone lo stralcio e la successiva distruzione del materiale estraneo ai fini istruttori o frutto di attività viziata da nullità da parte del magistrato competente e fissa, dall'altro, un generale divieto di utilizzazione delle intercettazioni medesime, considerate illecite. La disposizione più rilevante per la tematica in analisi è l'art. 226-*quinquies*, rubricato «Divieto di utilizzazione delle intercettazioni illecite», il quale sancisce che: «a pena di nullità insanabile e da rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, non si può tener conto delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge od eseguite in difformità dalle prescrizioni in essa stabilite, nonché delle notizie o immagini ottenute nei modi di cui all'articolo 615-*bis* del codice penale». Dalla sola osservazione del dato letterale, ciò che maggiormente si evince è la rilevanza che la nuova figura dell'invalidità, sempre più vicini all'inutilizzabilità, assume nell'assetto normativo del codice di procedura penale. Il riferimento alla categoria delle nullità assolute è sintomatico della gravità che

---

<sup>27</sup> G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penale*, Napoli, 1992, p. 53 ss.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

assumerebbe la vicenda giuridica nell'ipotesi in cui, a fondamento della decisione, il giudice deliberatamente decidesse di considerare degli elementi di prova come le intercettazioni (di anche recente introduzione nell'alveo dei mezzi di prova espressamente individuati dal codice di procedura penale) che, per natura estrinseca, a causa della loro acquisizione mediante la violazione di divieti di legge ovvero in dissidio rispetto alle prescrizioni dettate all'interno del decreto motivato dell'autorità giudiziaria, non potrebbero far ingresso nel dibattito<sup>29</sup>. La norma in esame amplifica, dunque, il livello legale di efficacia della garanzia, in quanto configura il vizio a pena di nullità insanabile da rilevarsi d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento<sup>30</sup>. L'insanabilità delle intercettazioni illecite, dunque, si traduce nella mancata operatività delle cause di sanatoria generali e speciali, inopponibili a tutte le nullità assolute sino al raggiungimento della irrevocabilità formale della decisione<sup>31</sup>.

#### **2.4. L'art. 182 del Progetto preliminare del 1978**

La legge delega del 1974 costituì le fondamenta per la preparazione di un nuovo progetto di riforma al codice di procedura penale. Venne istituita una nuova commissione ministeriale dal Guardasigilli Mario Zigari nell'ottobre dello stesso anno, presieduta da Gian Domenico Pisapia e da Giovanni Conso, dalla quale scaturì il Progetto Preliminare del 1978. Rilevante al tema dell'inutilizzabilità, l'art. 182 del suddetto progetto recitava: «le prove non previste dalla legge o ammesse dal giudice in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate ai fini della decisione»<sup>32</sup>. Interessante è il

---

<sup>29</sup> Il regime della nullità degli atti nel procedimento penale è disciplinato dalle norme di cui agli artt. 177 ss. del codice di rito e prevede l'esistenza di tre diversi ordini di nullità: di ordine generale, rilevabili d'ufficio; relative, rilevabili solo su eccezione di parte. In particolare, si osserva che tra le nullità di ordine generale, v'è da attuare un'ulteriore distinzione tra nullità assolute e di regime intermedio, il cui criterio di distinzione è da rinvenire nella rilevabilità o meno delle stesse in ogni stato e grado del procedimento.

<sup>30</sup> Tale disposizione è stata preceduta da un arduo dibattito parlamentare, ricco di interventi contrastanti. L'art. 226-quinquies fu ritenuto il più importante dell'intera L. 98/1974. Sul punto, DI CIOLO-DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica*, cit., p. 44 ss.

<sup>31</sup> G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penale*, Napoli, 1992, p. 55. Secondo CONSO, *Il concetto e le specie cit.*, p. 73, «due sono i punti (...) i punti che giustificano la individuazione di una vera e propria specie di invalidità: da un lato, il modo di profilarsi dei rapporti, tra l'altro, imperfetto e gli effetti del corrispondente atto perfetto; dall'altro, il modo di rilevazione dell'invalidità». Inoltre, sul punto GALANTI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Encicl. Dir.*, XX-VIII, 1978, p. 916; CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, pp. 118-119 e *Il concetto cit.*, p. 100, «neppure dopo la legge 18 giugno 1955 la figura della vera e propria nullità insanabile trova posto nel diritto processuale penale vigente in Italia»

<sup>32</sup> Sono stati entrambi avvocati e giuristi italiani. Gian Domenico Pisapia fu presidente dal 1975 della commissione ministeriale che elaborò nel 1988 l'attuale Codice di procedura penale ed in precedenza aveva presieduto un'analogha commissione, che nel 1978 allestì un progetto di codice di procedura civile che

secondo comma della disposizione in esame, il quale prevede la possibilità per il giudice di tenere in considerazione l'atto teoricamente inutilizzabile nella sola ipotesi in cui l'invalidità di cui è affetto sia sanata: «non possono essere utilizzate le prove assunte senza l'osservanza delle forme prescritte a pena di nullità, salvo che la nullità sia sanata».

## **2.5. La legge delega del 1987 ed il progetto definitivo del 1988**

La L. 16 febbraio 1987, n. 81, rappresenta un importante e fondamentale passaggio, nonché lavoro preparatorio, all'emanazione del nuovo codice di procedura penale. Il progetto viene presentato dall'allora Ministro di grazia e giustizia Martinazzoli il 21 ottobre 1983 ed assegnato alla IV commissione (la commissione Giustizia), la quale approverà il testo solo in data 18 luglio 1984 dalla Camera dei deputati ed in data 21 novembre 1986 dal Senato della Repubblica (con alcune modificazioni, che porteranno la sua approvazione definitiva soltanto il 4 febbraio 1987)<sup>33</sup>. Per la prima volta, all'interno dei lavori preparatori all'attuale codice di procedura penale, compariva nel testo della suddetta legge delega l'innovativo termine «inutilizzabilità». Una terminologia, quella della nuova categoria, che trovava sua fonte nell'esigenza di limitare, in particolar modo, il potere di controllo dell'autorità giudiziaria circa l'attività degli organi di polizia. Numerosi erano gli episodi in cui il rispetto delle garanzie difensive risultava essere schiacciato dall'assai ampio ventaglio di poteri attribuiti agli agenti ed ufficiali di polizia e ciò comportò due rilevanti divieti: il divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria senza l'assistenza della difesa; divieto di documentazione e utilizzazione processuale delle risultanze detenute dalla polizia giudiziaria sul luogo e nella contemporaneità del fatto, per ottenere una prosecuzione delle indagini nei tempi immediati. Contesto nel quale si avvertiva maggiormente la necessità di tale invalidità è da riscontrare ancora una volta nell'ambito delle intercettazioni disposte dal pubblico ministero in casi di urgenza successivamente non convalidate. In tale ipotesi, la legge delega (più precisamente la Direttiva 37 della suddetta) imponeva il divieto a pena di nullità insanabile di utilizzazione, con due ulteriori limitazioni: si vietava la verbalizzazione delle dichiarazioni riguardanti soggetti differenti

---

tuttavia non fu mai approvato. Giovanni Conso fu presidente della Corte costituzionale nonché ministro di grazia e giustizia nel governo Amato I (12 febbraio – 28 aprile 1993) e del governo Ciampi (28 aprile 1993 – 16 aprile 1994), oltre che dell'Accademia dei Lincei.

<sup>33</sup> Nominata dal Ministro Giuliano Vassalli e presieduta dal prof. Giandomenico Pisapia.

da quelli partecipanti allo svolgimento dell'incidente probatorio e l'utilizzazione delle stesse per fini distinti da quelli concernenti l'incidente probatorio. Alla prova assunta in suddetto caso veniva apposto un duplice divieto di utilizzazione in giudizio e di attività documentativa, precludendo anche la sola verbalizzazione per quanto concerneva soggetti estranei all'incidente probatorio. Il lungo e complesso itinerario storico dell'evoluzione dei codici italiani vide il suo traguardo più rilevante nel progetto preliminare e definitivo del 1988, il quale entrò in vigore dal 24 ottobre 1989. *Ratio* dell'importanza attribuita alla già menzionata codificazione si deve alla sua svolta accusatoria: si assiste al passaggio dalla tradizione inquisitoria, con il sistema misto di origine francese, ad una nuova prospettiva basata ed ispirata ai sistemi accusatori<sup>34</sup>. Il legislatore del 1988 appare guidato dalla necessità di scovare non tanto la verità assoluta, della quale sono a conoscenza soltanto i protagonisti della vicenda processuale, ma una verità definita come «probabile», raggiungibile per mezzo del metodo del contraddittorio<sup>35</sup>. In tale prospettiva si inserisce l'attuale art. 191 c.p.p., il quale recita: le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. Differenze fondamentali tra gli artt. 191 del codice del 1988 e 182 del progetto del 1978 emergono principalmente dal dato letterale: scompare dalla scena il riferimento esplicito alla figura del giudice; la terminologia «prove ammesse» viene sostituita con «prove acquisite».

---

<sup>34</sup> A. CAPONE, *Storia, cultura e principi del processo penale*, Dipartimento DiGiEs, pag. 51. Nel merito, i punti su cui emergeva maggiormente il nuovo panorama abbracciato dal codice di procedura penale del 1988 erano 3: l'oralità; l'immediatezza; il contraddittorio. Con riferimento al principio di oralità, la segretezza della fase istruttoria lascia il posto all'udienza pubblica dinanzi al giudice del dibattimento, il quale assiste in prima persona alla dichiarazioni del testimone. L'ideologia di fondo al suddetto principio è da rinvenire nella percezione diretta del giudice della narrazione, così da avere un migliore giudizio circa la credibilità ed attendibilità della narrazione. Tale principio è da affiancare ad un ulteriore caposaldo del processo penale, quale il principio di immediatezza, che impone al giudice di eliminare qualsivoglia intermediazione. Mentre il principio di immediatezza richiede al giudice di avere un contatto diretto col soggetto testimone che costituisce fonte di prova, il principio di oralità si riferisce al modo nel quale il teste comunica col giudice i fatti di cui è a conoscenza e che ineriscono alla vicenda processuale.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

## CAPITOLO II

### ANALISI LETTERALE ED AMBITO OPERATIVITÀ DELL'ART. 191 C.P.P.

#### 1. Analisi letterale dell'art. 191 c.p.p.

Appare opportuno prendere le mosse dal dettato normativo dell'art. 191 c.p.p., rubricato «Prove illegittimamente acquisite», cuore pulsante della disciplina dedicata alla figura dell'inutilizzabilità. In particolare, la disposizione in esame risulta strutturata su tre distinti commi: comma 1, il quale precisa «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»; comma 2 (aggiunto dall'art. 2 della L. 14 luglio 2017, n. 110, la quale ha introdotto nel codice penale italiano i reati di tortura e di istigazione del pubblico ufficiale alla tortura), che recita: «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento»; infine, comma 2-bis, «le dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e solo al fine di provarne la responsabilità penale». Con l'ingresso dell'art. 191 c.p.p., il legislatore ha voluto porre fine al tradizionale binomio «validità-invalidità» degli atti processuali prevedendo una disciplina a sé<sup>36</sup>. Tale scelta scaturisce dal dibattito sull'inadeguatezza della previsione della nullità a determinare l'incondizionata esclusione dell'elemento probatorio dal compendio valutabile ai fini della decisione, in quanto il richiamo alla suddetta figura ammette la sanatoria dell'atto assunto *contra legem*<sup>37</sup>. Con riferimento ai rapporti tra nullità ed inutilizzabilità, il legislatore ha provveduto alla ripartizione degli ambiti operativi di nullità ed inutilizzabilità, ritagliando alla seconda un ruolo attinente all'*an* ed al *quomodo* dell'operazione probatoria. In particolare, soprattutto in relazione al cd. principio di conservazione degli atti giuridici, l'inutilizzabilità postula esigenze di tutela del tutto distinte da quelle che presidiano la nullità: l'atto non conforme allo schema normativo è precariamente efficace e può essere oggetto di stabilizzazione in forza del comportamento di chi ha il potere di far valere il vizio, nel caso della nullità; l'inutilizzabilità realizza un «circuitto garantistico» fondato sulla violazione dei criteri legislativi che permettono al giudice di conoscere e valutare il materiale probatorio, non

---

<sup>36</sup> In questa prospettiva, F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 7

<sup>37</sup> *Ibidem*.



prevedendo alcuna sanatoria per l'atto inutilizzabile<sup>38</sup>. L'inutilizzabilità si presenta come uno specifico strumento di garanzia, in grado di assicurare il rispetto delle previsioni dedicate alla materia probatoria e del principio di legalità della prova e della sua acquisizione. Dunque, emerge con chiarezza l'approccio che il legislatore ha inteso adottare nei confronti dell'inutilizzabilità: ciò che rileva sono i modi di produzione della verità, da realizzare in determinati termini e modalità, stabiliti dal codice di rito<sup>39</sup>. Difatti, una decisione giurisdizionale viene ad essere reputata giusta soltanto quando la stessa risulta fondata su una ricostruzione del fatto considerata attendibile. La ricerca della verità è il mandato più nobile che viene attribuito all'operato del giudice, ma questa non è lo scopo ultimo del processo penale e non è un caso che la verità processuale venga definita come «verità soltanto probabile». Questa, dunque, rappresenta il presupposto per poter decidere quale sia la norma più idonea a definire la vicenda sulla quale il giudice emette la pronuncia. Il binomio verità-giustizia trova riscontro nella formula del giuramento prevista per i giudici popolari nei giudizi di assise ex. art 30 comma 1 della l. 10 aprile 1951, n. 287, la quale precisa quali siano i requisiti necessari per la pronuncia: «la sentenza riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e giustizia»<sup>40</sup>. Affiora con evidenza la *ratio* insita nel corpo di norme dedicato a sanzionare l'inosservanza delle regole procedurali: la tutela degli stessi principi che le formalità processuali mirano a garantire, limitando il potere di *iurisdicere* del giudice.

### **1.1. La sequenza probatoria.**

Con riferimento all'attuale codice di rito, risulta del tutto assente una esplicita definizione del termine «prova». Illustre dottrina francese ha definito il vocabolo «prova» come, letteralmente, l'elemento destinato a stabilire una decisione su un fatto determinato, individuando in essa l'insieme di elementi ed attività, il procedimento e l'esito conoscitivo, avente lo scopo di ricostruire e verificare l'oggetto del *thema probandum*<sup>41</sup>. Qualunque sia l'accezione più idonea per definire la prova, questa rimane connessa a quello che è il fatto, l'accadimento storico da provare. Per evitare confusioni concettuali, è fondamentale individuare i singoli elementi della cd. sequenza probatoria, da intendersi

---

<sup>38</sup> E. N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, in *Archivio penale*, 2013, 17, p. 84.

<sup>39</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 7.

<sup>40</sup> G. UBERTIS, *I criteri di ammissibilità probatoria*, Milano, 2021, p. 191.

<sup>41</sup> LEVY-BRUHL HENRI, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Parigi, 1964, p. 15.

come quell'insieme delle componenti che contribuiscono a costituire la fenomenologia probatoria. La sequenza probatoria si compone di<sup>42</sup>:

- a) l'elemento di prova, inteso come ciò che può essere utilizzato come premessa della successiva inferenza (es. le dichiarazioni testimoniali);
- b) la fonte di prova, ossia il soggetto o l'oggetto da cui può derivare l'elemento di prova (persona, come la testimonianza, o reale, come la prova documentale);
- c) il mezzo di prova, da intendersi come l'attività attraverso la quale l'elemento di prova viene ad essere introdotto nel procedimento e sul quale si svolgerà successivamente il procedimento intellettuale;
- d) la proposizione, il risultato di prova.

## **1.2. L'art. 191 c.p.p. come divieto probatorio**

Dalla nomenclatura scelta dal legislatore, possiamo individuare nel termine «inutilizzabilità» il significato di «divieto probatorio», il quale si identifica in una regola, con la quale si impone al giudice cosa valutare, ossia quali elementi probatori possono essere oggetto di analisi da parte dello stesso, e non i criteri di valutazione sui quali si fonda il proprio potere. Tuttavia, è opportuna una precisazione: appare pacifico affermare che sarebbe un grave errore supporre che tutte le disposizioni in tema di prova racchiudano un vero e proprio divieto probatorio, poiché l'inutilizzabilità consegue esclusivamente alla violazione di una particolare categoria di regole probatorie<sup>43</sup>. Il riferimento, dunque, alla figura dei divieti probatori, per tramite dell'espressione «in violazione dei divieti stabiliti dalla legge», assolve al compito di precisare che la funzione adempiuta dalla norma violata rappresenta l'unico criterio d'individuazione delle regole probatorie sancite a pena d'inutilizzabilità<sup>44</sup>. Dunque, il divieto probatorio è formula da riservare a quelle prescrizioni normative volte a stabilire i criteri in forza dei quali il giudice opera una valutazione relativa alla possibilità di ammettere od escludere le prove non manifestamente superflue od irrilevanti ex. art. 190 c.p.p., per cui «divieto probatorio» e «divieto di ammissione della prova» - almeno secondo un orientamento

---

<sup>42</sup> Sul punto, G. UBERTIS, *I criteri di ammissibilità probatoria*, cit., p. 195

<sup>43</sup> A. SCELLA, *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *EdD*, Annuali II-1, 2008

<sup>44</sup> *Ibidem*.

interpretativo - sono espressioni del tutto equivalenti<sup>45</sup>. Quanto all'operazione di riconoscimento dei suddetti divieti, si sono prospettati in dottrina tre distinti filoni:

- a) *Prima tesi*. Secondo un primo orientamento, il riconoscimento dei divieti probatori opererebbe sulla base della lettera della legge<sup>46</sup>. Conseguentemente, emerge da tale prospettiva che l'esistenza di un divieto probatorio deve essere desunta laddove vi sia una formula legislativa tale da non destar alcun dubbio (ad es. l'art. 197, 200, co. 2, e 240 c.p.p.) ed ogni qualvolta l'attività probatoria sia subordinata ad uno o più presupposti tassativamente indicati dalla legge<sup>47</sup>. Tuttavia, l'adozione di tale criterio rischia di favorire un incontrollabile ampliamento delle fattispecie d'inutilizzabilità, poiché se si muove dall'assunto secondo cui il divieto probatorio si profila ogni qualvolta una disposizione appaia congegnata in modo tale da delimitare l'area del giuridicamente consentito e del proibito, gran parte delle norme sul procedimento probatorio apparirebbero presidiate dalla sanzione dell'inutilizzabilità: «accogliere la categoria dei cd. divieti probatori espressi in forma indiretta equivale a sconfessare quell'esigenza di tassatività dei vizi degli atti processuali, chiaramente avvertita dal legislatore»<sup>48</sup>;
- b) *Seconda tesi*. Al fine di valicare le contraddizioni appena esposte, un secondo orientamento promuove il ricorso a un criterio «di stampo sostanzialistico», ossia «fondato sulla ricerca dell'interesse tutelato dalle regole in tema di prova»<sup>49</sup>. Dal momento che i divieti probatori svolgono la funzione di armonizzare quelli che sono i valori fondamentali tutelati dalla materia probatoria ai fini

---

<sup>45</sup> Sul punto, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 921 ss., il quale afferma che «valutazioni d'inammissibilità della prova e divieti probatori sono perciò sinonimi»; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I. *Principi generali*, Torino, 2004, p. 88, ad avviso del quale «è appunto per le disposizioni determinanti la conformità o no della fonte e/o del mezzo di prova al sistema probatorio voluto dall'ordinamento che si utilizza in maniera peculiare la locuzione regole di ammissione probatoria in senso stretto»

<sup>46</sup> NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 150, nel quale afferma «permettere un atto soltanto se equivale a stabilire che, al di fuori di quell'ipotesi, sussiste il divieto»; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *D. disc. pen.*, VII, 1993, 248; SIRACUSANO, *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, 335.

<sup>47</sup> A. SCELLA, *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *EdD*, Annuali II-1, 2008, «accanto ai divieti probatori espliciti, troverebbero quindi spazio sia quelli formulati in maniera indiretta sia quelli espressi nella forma della permissione: d'altronde, si aggiunge, non sussiste alcuna differenza sul piano logico tra il vietare che un determinato atto sia compiuto in mancanza dei presupposti di legge e il subordinare l'espletamento di quella stessa attività al riscontro dei medesimi presupposti»

<sup>48</sup> *Ibidem*. In tal senso anche TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 191.

<sup>49</sup> GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., in *Enc.dir.*, 139 ss

dell'accertamento della verità processuale, si è suggerita l'adozione di un metodo volto «all'individuazione di due settori di tutela: l'uno relativo ai diritti riconosciuti indipendentemente dal processo, l'altro concernente finalità collegate alla logica dell'indagine»<sup>50</sup>. Eppure, in tal senso si concede all'inutilizzabilità della prova di trovare applicazione anche laddove non vi sia una disposizione volta a precludere l'ingresso in sede processuale di determinate risultanze probatorie, causando anche difficoltà alla figura dell'interprete, poiché la maggioranza delle norme in tema di prova risultano poste alla protezione di interessi sia sostanziali che processuali<sup>51</sup>;

- c) *Terza tesi*. In grado di scongiurare la dilatazione dell'operatività della inutilizzabilità è l'orientamento secondo cui fulcro sia l'esistenza di una disposizione processuale che vieti al giudice di acquisire quel determinato mezzo di prova, poiché, dal momento che «la formulazione della prova presuppone un potere istruttorio e dove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto non può non riuscire inefficace»<sup>52</sup>. Conseguentemente, l'inutilizzabilità ex. art. 191 c.p.p. risulterebbe operare esclusivamente qualora venga materialmente acquisita una prova della quale il giudice avrebbe dovuto rifiutare l'ammissione<sup>53</sup>. Difatti, se la violazione dei divieti probatori consiste nell'esercizio di un potere non riconosciuto dalla legge, è del tutto logico che ne derivi l'inefficacia della prova abusivamente ottenuta.

Il divieto può, dunque, avere origine da tre distinte fonti: disposizioni processuali quali «non possono essere assunti come testimoni (...)» ex. art. 197 lett. d c.p.p.; regole di inclusione, dalle quali lo si ricava in modo opposto come nell'ipotesi dell'art. 266 comma 1 c.p.p., «l'intercettazione di conversazioni (...) è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati (...)»; in Costituzione, come ad esempio in relazione al comma 4 dell'art.

---

<sup>50</sup> GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 694 nt. 44.

<sup>51</sup> AMODIO, *op. ult. cit.*, p. 97 ss.: «non occorre altro indice della valutazione di inammissibilità diverso da quello insito nella stessa prescrizione che inibisce o delimita nel *quomodo* l'operazione probatoria. La prova sarà "inefficace" perché è lo stesso legislatore a far intravedere il dovere di non tenerne conto attraverso la *ratio* del divieto»; CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 5 ss.

<sup>52</sup> CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 70 ss., secondo il quale il concetto nel quale bisogna scavare è quello di «potere istruttorio», inteso come potere concesso al giudice di costituire o di apportare al processo una determinata prova.

<sup>53</sup> COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 128 nt. 64, «l'inutilizzabilità presuppone in ordine logico-temporale (...) l'avvenuta acquisizione di prove (...) illegittimamente formate, traducendosi (...) nell'"esclusione" dal processo dei risultati fattuali conseguenti»

111 Cost. nel suo secondo periodo, «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore»<sup>54</sup>. Lo spettro variegato delle fonti produttive del vizio sembrerebbe, da una lettura superficiale, enunciare la sussistenza di una disciplina a doppio binario: gli effetti della sanzione differirebbero a seconda delle cause che lo hanno scaturito. Tuttavia, nel codice di rito non vi è spazio per una simile considerazione. Partendo dall'assunto secondo cui il divieto probatorio comprende sia l'ipotesi in cui l'atto sia formato *contra legem*, sia il distinto caso dell'atto regolarmente formato (*secundum legem*) ma sul quale gravano limiti di utilizzo, ad esempio, per quanto attiene al profilo soggettivo, ovvero la fase del procedimento nel quale ha luogo l'assunzione della prova, è pacifico affermare che, in entrambi i casi, siamo in presenza di un divieto probatorio. Ciò che differisce è che, nel primo caso, il vizio è insito nella violazione dello schema legale determinato per la formazione dell'atto; nel secondo, si tratterebbe di una violazione di tipo funzionale, relativa alla fase procedimentale, ovvero soggettiva. L'inutilizzabilità ex. art. 191 c.p.p. assume, conseguentemente, un valore generale nel complesso sistema probatorio<sup>55</sup>.

### **1.2.1. Il rapporto tra gli artt. 191 e 526 c.p.p**

Affinché nel nostro ordinamento vi sia una chiara distinzione circa gli effetti dell'inutilizzabilità a seconda, dunque, della diversa causa produttiva del vizio è necessario che vi sia una espressa disposizione demandata a tale scopo. Tale precisazione nasce da diverse perplessità che il dato letterale delle due distinte disposizioni prese in esame ha suscitato nel tempo, per il quale appare opportuno operare un confronto delle medesime. L'art. 526 c.p.p. al suo primo comma stabilisce che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento». Viene sin da subito in rilievo la terminologia utilizzata: in particolare, in entrambe le norme compare l'avverbio «legittimamente acquisite» con riferimento alle prove. La norma enuncia due principi fondamentali della materia processuale penale: il giudice non può porre a fondamento della propria decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nella fase dibattimentale, oppure tramite il peculiare strumento

---

<sup>54</sup> P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, Torino, 2021, p. 233

<sup>55</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 31

dell'incidente probatorio, in virtù della tutela dell'imputato e del suo diritto di difesa; inoltre, in funzione del dettato costituzionale del quarto comma dell'art. 111 Cost., il secondo comma dell'art. 526 c.p.p. prevede che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla scorta di dichiarazioni rese da chi si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore. Ciò che preme maggiormente è comprendere la portata operativa delle disposizioni messe a confronto. Parte della dottrina sostiene che nel menzionare le prove illegittimamente acquisite, l'art. 526 c.p.p. non sembrerebbe limitare il proprio ambito applicativo alla sola disciplina delle cd. prove precostituite, comprendendo, al contrario, secondo una concezione ben più ampia del termine «acquisizione», anche le modalità di formazione delle prove costituente nella fase dibattimentale<sup>56</sup>. Conseguentemente, il rapporto tra l'art. 191 e l'art. 526 c.p.p. deve essere interpretato in termini di «specialità bilaterale»: la prima, viene a trovare il suo campo d'applicazione nell'intero procedimento penale, sanzionando soltanto la violazione dei divieti probatori; la seconda, al contrario, trova il suo raggio d'operatività solo esclusivamente nella fase dibattimentale, sanzionando, però, non solo la violazione dei divieti probatori già oggetto dell'art. 191, ma bensì tutte quelle illegittimità nel modo di assunzione che non siano frutto della violazione di divieti probatori e che non siano previste a pena di nullità<sup>57</sup>. Emerge con chiarezza la volontà del legislatore, il quale, andando a modificare la corrispondente norma del progetto preliminare del 1978, che limitava il divieto alle prove diverse da quelle acquisite al dibattimento, aggiungendo successivamente al codice del 1988 l'avverbio «legittimamente» e precisando nella relazione al progetto definitivo che «la sanzione di inutilizzabilità era già delineata in via generale dall'art. 191», ha attribuito all'art. 526 c.p.p. la funzione di mero rinvio alle norme che disciplinano l'inutilizzabilità e l'acquisizione degli atti istruttori nel dibattimento<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova*, Milano, 2007, p. 86. Le prove costituenti sono quelle che si formano all'interno del processo nel corso dell'istruzione probatoria (es. l'esame testimoniale), mentre le prove costituite sono quelle che si formano al di fuori del processo, nel quale vengono introdotte per essere direttamente interpretate dal giudice (es. la prova documentale).

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 39

### 1.2.2. Inutilizzabilità e nullità a confronto

Appare opportuna una premessa: sebbene l'inutilizzabilità possa considerarsi *species* di invalidità (come l'inammissibilità e l'inesistenza), il titolo VII si limita a disciplinare la sola figura della nullità, non includendo nemmeno la prima nel titolo II, dedicato agli atti processuali. Si tratta, quella dell'inutilizzabilità, di una sanzione che concerne non tutti gli atti del procedimento, bensì unicamente quelli di natura probatoria. In verità, la figura dell'inutilizzabilità appare investire non solo le prove in senso proprio, ma anche atti tipici della fase dedicata alle indagini preliminari. Un esempio è dato dalle notizie e le indicazioni assunte dagli ufficiali di polizia giudiziaria nei confronti della persona sottoposta alle indagini, senza l'assistenza del difensore, sul luogo o nell'immediatezza del fatto, le quali risulterebbero inutilizzabili ex. art. 350, co. 6, c.p.p. e risulterebbe, conseguentemente, invalida l'ordinanza che dispone una misura cautelare traendo gravi indizi di colpevolezza dalle suddette sommarie informazioni<sup>59</sup>. A render arduo il compito di costruire una disciplina unitaria dell'inutilizzabilità è la vastità di ipotesi riconducibili alla suddetta figura ed è pacifico, dunque, ritenere questa la *ratio* per cui, nei riguardi della figura in esame, non si sia enunciato il principio di tassatività, che contrariamente domina la disciplina della nullità. Difatti, a differenza del processo civile, nel quale vige il principio della libertà delle forme ex. art. 121 c.p.c., il processo penale è guidato dalla perfezione degli atti processuali, da intendersi la conformità degli stessi allo schema tipico espressamente previsto dal codice di rito, e dalla loro efficacia, ossia l'attitudine a produrre effetti giuridici, essendo i medesimi, nella maggioranza, atti a forma vincolata. Conseguentemente, anche l'assenza di un solo elemento della fattispecie, da individuarsi in quel complesso di elementi necessari e sufficienti al prodursi di un determinato effetto giuridico, in virtù del principio *quod nullum est nullum producit* non consentirebbe la produzione dei relativi effetti. Tuttavia, l'ordinamento penale, in ragione di esigenze di economia e speditezza processuale, si avvale del principio cardine della cd. conservazione degli atti imperfetti, per il quale l'atto diviene in tal guisa idoneo a produrre effetti temporanei, in attesa della sanatoria del vizio, oppure della declaratoria di invalidità dell'atto. Alla luce di quanto sinora esposto, è pacifico affermare che la violazione, dunque, di divieti probatori comporti la inutilizzabilità, mentre altri vizi conseguono la

---

<sup>59</sup> Esempio di G. P. VOENA, *I soggetti*, in *Compendio di procedura penale*, 2020, X° ed., CEDAM, pp. 83-86

nullità, o mera irregolarità. Linea di confine tra le due distinte figure dell'inutilizzabilità e della nullità è costituita dalla definizione di «divieto probatorio»<sup>60</sup>. Illustre dottrina sostiene di distinguere divieti probatori inerenti all'*an* e divieti inerenti al *quomodo*, comprendendo nei secondi quelle violazioni verificatesi nel procedimento acquisitivo che risultano tanto gravi da inficiare il risultato dell'espletamento probatorio o ledere irreparabilmente un diritto inviolabile, ossia disposizioni che prevedono veri e propri divieti probatori inerenti al metodo della prova e, sul punto, appare opportuno citare anche la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, le quali, nella nota sentenza Sala del 1996, hanno attribuito rilevanza, almeno in parte, alle modalità di assunzione della prova, qualora la violazione ponga l'atto probatorio del tutto al di fuori del sistema<sup>61</sup>. Un esempio è offerto dalle operazioni di ricognizione, le quali prevedono modalità di svolgimento esaustive a tutela dell'attendibilità del risultato e del diritto di difesa dell'imputato, ed eventuali violazioni di quomodo potrebbero compromettere irreparabilmente l'utilità dell'atto<sup>62</sup>. Tuttavia, vi sono situazioni nelle quali risulta difficoltoso comprendere se un divieto inerisce all'*an* od al *quomodo* della prova, soprattutto in virtù del fatto che gli effetti della cd. nullità assoluta (insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del giudizio) coincidono parzialmente con quelli dell'inutilizzabilità<sup>63</sup>. La prova, difatti, può essere vietata, e quindi considerata inutilizzabile, sia per la sua intrinseca illegittimità, sia per effetto di un procedimento acquisitivo manifestamente illegittimo che lo ponga completamente al di fuori del sistema processuale<sup>64</sup>. Per tali ragioni può accadere frequentemente che su una stessa violazione convergano l'inutilizzabilità e la nullità. Secondo illustre dottrina, tale concorso non è configurabile nelle ipotesi di inutilizzabilità e nullità speciali, poiché è la stessa legge a stabilire direttamente la sanzione applicabile all'atto viziato<sup>65</sup>. Dunque, una

---

<sup>60</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova*, Milano, 2007, p. 68

<sup>61</sup> *Ibidem*. Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo, 1996, Sala, n. 3, in *Cass. pen.* Sui divieti relativi al *quomodo* della prova, M. CHIAVARIO, *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 1998, p. 93 ss.; N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 343, per la quale «il fatto che l'inutilizzabilità inerisca talvolta a violazioni di divieti probatori imperniati su modalità formali di acquisizione della prova non la priva del suo ruolo di sanzione volta alla tutela degli aspetti sostanziali di un corretto procedimento probatorio»; T. TREVISSON LUPACCHINI, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 555. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 30 aprile, 1999, Leone, n. 2723, in *Cass. pen.*; Cass. pen., Sez. VI, 13 febbraio, 1999, Magro, n. 1896, *ivi*; Cass. pen., Sez., IV, 13 gennaio, 1999, Valentino, n. 2067, *ivi*; Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2003, F.A., n. 613, in *Arch. N. proc. pen.*, 2003.

<sup>62</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova*, Milano, 2007, p. 71

<sup>63</sup> ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo, 1996, Sala, n. 3, in *Cass. pen.*

<sup>65</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova*, Milano, 2007, p. 72



nullità speciale comminata ad hoc per la violazione delle modalità di acquisizione di un certo mezzo di prova dovrebbe prevalere sulla sua eventuale inutilizzabilità, ma in tal maniera, salvo che si tratti di nullità assoluta, avrebbe il sopravvento la disciplina meno rigorosa<sup>66</sup>. Tali sovrapposizioni si hanno, infatti, nelle ipotesi in cui la legge non specifica la sanzione processuale ed il criterio *an/quomodo* non appare risolutivo. Un esempio è l'art. 499 c.p.p., il quale vieta di porre al testimone domande suggestive nel corso dell'esame svolto dalla parte che lo ha citato. Nel caso in esame, nonostante dalla formulazione utilizzata dal legislatore, la quale riveste l'aspetto di un divieto probatorio, la giurisprudenza tende ad attenuare le conseguenze della violazione, affermando che «il rimedio consiste nel potere di opposizione delle altre parti e nel potere presidenziale di direzione dell'esame e di decisione immediata sulle opposizioni»<sup>67</sup>. Nel prospettare un criterio risolutivo generale, vi è anche chi accoglie una impostazione di tipo formale e afferma che si ha nullità allorché la norma in tema di prova prescrive in positivo le regole relative alla formazione della stessa, mentre si ha inutilizzabilità allorché la norma vieta una determinata modalità di assunzione nel momento in cui disciplina una prova, sia pure in sé non vietata<sup>68</sup>. Opinione maggioritaria ritiene, contrariamente, che il tema in esame non possa tradursi in una soluzione generalizzata e che, piuttosto, debba essere risolta caso per caso alla luce della gravità della violazione e degli interessi tutelati dalla *lex probatoria*<sup>69</sup>.

### 1.3. Teorie interpretative del termine “acquisite”

La principale differenza tra il testo previgente ed il testo definitivo dell'art. 191 c.p.p. è insita nella terminologia scelta dal legislatore, il quale nel progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978 affiancava alle prove il termine «ammesse» in violazione di divieti stabiliti dalla legge ex art. 182 del suddetto progetto. Nel codice attuale il vocabolo «ammesse» viene ad essere sostituito con «acquisite», espressione piuttosto ambigua che ha dato, difatti, luogo a due distinte interpretazioni: «acquisite» come

---

<sup>66</sup> ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 2

<sup>67</sup> Cass. pen., 31 maggio, 1995, Ranieri, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 1054.

<sup>68</sup> G. ARICÒ, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, cit., 30. Secondo F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in caso di concorso deve applicarsi la inutilizzabilità, la quale rappresenta la sanzione tipica delle prove, dotata di una disciplina più rigorosa.

<sup>69</sup> Cfr. T. RAFARACI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 626; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova*, Milano, 2007, p. 77.

«ammesse»; «acquisite» come «ottenute»<sup>70</sup>. Quanto al primo orientamento, sostenuto largamente da Franco Cordero, la coincidenza del termine «ammesse» con «acquisite» comporta conseguentemente il limitare dell'operatività dell'art. 191 c.p.p. alla sola violazione dei divieti probatori, per cui la prova ammessa contro questi ultimi è inammissibile e, dunque, inutilizzabile. La seconda interpretazione, supportata principalmente da Massimo Nobili, individua nel termine «ammesse» il significato di «ottenute», o «scoperte», o «raccolte»<sup>71</sup>. Da tale concezione discende inevitabilmente l'inutilizzabilità di tutte quelle prove le cui modalità di ricerca ed assunzione stabilite dal codice di rito non siano state osservate. Da qui, appaiono cristalline le conseguenze in tema di rapporti tra perquisizione e sequestro di cose pertinenti al reato a seguito di una perquisizione illegittima. In base al primo orientamento, il sequestro di cose pertinenti al reato effettuato dagli organi di polizia, se segue una perquisizione illegittima, risulterebbe comunque valido poiché l'art. 253 c.p.p. stabilisce che «l'autorità giudiziaria dispone il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti», senza apporre alcuna altra condizione. Viceversa, il secondo, che segue la scia dettata dall'ordinamento angloamericano, pone le fondamenta sull'assunto secondo cui tra la perquisizione illegittima ed il sequestro intercorre un nesso di dipendenza causale, per il quale la perquisizione effettuata in violazione delle modalità esplicate dal codice invalida necessariamente il sequestro di cose pertinenti al reato, dal momento che il materiale sequestrato è stato scoperto grazie all'operazione illegittima. In tale prospettiva, l'art. 191 c.p.p. sanzionerebbe con l'inutilizzabilità l'esito di qualsiasi irregolarità realizzata nel procedimento probatorio e si individuerebbe nella disposizione in esame un ruolo centrale predominante su tutte le altre specifiche previsioni in tema di invalidità, stabilite per la materia probatoria. Sul tema, sono stati diversi gli interventi della Corte costituzionale, tra cui figurano in particolare la sentenza n. 34 del 1973, l'intervento delle Sezioni unite nel noto caso Sala del 1996, già citato, l'ordinanza del 12 dicembre 2017, la sentenza n. 219 del 2019 e la pronuncia n. 247 del 2022 delle quali si tratterà più approfonditamente nel capitolo successivo, in relazione alla cd. inutilizzabilità derivata ed agli approcci comparatistici tra ordinamenti di *civil* e *common law*.

---

<sup>70</sup> P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, Torino, 2021, p. 234

<sup>71</sup> *Ibidem*. Si veda, inoltre, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 157 ss.

## 2. L'ammissibilità della prova

Per «prova ammissibile» si intende ogni elemento che possa essere legittimamente acquisito e valutato dal giudice. Per differenza, possiamo ricavare la nozione di «prova inammissibile», da individuarsi, dunque, nella prova che il giudice non ha potere di acquisire al processo, poiché frutto della violazione di un divieto probatorio od una regola di esclusione. Il codice di rito, all'art. 190 c.p.p., rubricato «Diritto alla prova», offre un'importante innovazione rispetto ai precedenti sistemi inquisitori, enunciando il principio secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte ed imponendo al giudice di decidere con ordinanza circa l'ammissibilità delle stesse (introduzione del principio accusatorio). Il diritto alla prova si divide in due corollari: da una parte vi è il diritto di richiedere l'ammissione di determinate prove, salve le ipotesi in cui il giudice può inserire d'ufficio alcune prove all'interno del processo, nei casi stabiliti dalla legge; dall'altra parte vi è il diritto ad ottenere le prove richieste, nei limiti, ovviamente, in cui esse possono essere ammesse.

Per quanto attiene al possibile tema (oggetto) di prova, l'art. 187 c.p.p. determina i confini oggettivi dell'esercizio del diritto di prova (il perimetro del *thema probandum*), precisando che sono oggetto di prova:

- a) I fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza;
- b) I fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali;
- c) Se vi è costituzione di parte civile, i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato;

È opportuno sottolineare che la prova vietata dalla legge nulla ha a che vedere con la prova manifestamente irrilevante o superflua, che il giudice è demandato ad escludere dal corredo probatorio da valutare, della quale non si può comunque precludere una successiva assunzione nell'ipotesi in cui, allo stato degli atti, questa risulti utile. In assenza di potere, l'elemento illegittimamente acquisito risulta giuridicamente irrilevante e, per conseguenza, inutilizzabile ai fini della decisione, non occorrendo alcuna espressa previsione di invalidità processuale, essendo *in re ipsa* che l'atto sia giuridicamente inesistente a causa della carenza di potere<sup>72</sup>. Fondamento dell'ammissibilità della prova risiede nelle cd. regole probatorie legali previste dal codice di rito.

---

<sup>72</sup> P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, Torino, 2021, p. 216 ss.

## 2.1. Regole di inclusione ed esclusione probatoria.

Le regole sulla ammissibilità od inammissibilità rappresentano degli elementi di esclusiva competenza del legislatore, che il giudice si limita a rendere operative senza compiere alcuna attività di valutazione (come, contrariamente, accade per quanto attiene ai criteri di valutazione della prova, che devono essere verificati caso per caso)<sup>73</sup>. La *ratio* di tali regole probatorie è duplice: un fondamento epistemologico (o processuale) ed uno politico (o sostanziale)<sup>74</sup>. In riferimento alla prima accezione, il corpo di regole è demandato alla definizione di un metodo idoneo a guidare il giudice nella ricerca della verità e vari sono gli esempi offerti dal codice di rito<sup>75</sup>. Un primo esempio è dato dall'art. 197 c.p.p., disciplinante le incompatibilità con l'ufficio di testimone. La disposizione in esame offre al giudice un metro con cui tracciare i confini dell'area soggettiva che la prova testimoniale può coinvolgere, utilizzando la terminologia in negativo «non possono essere assunti come testimoni». In relazione alla prova testimoniale, è da considerare anche il dettato normativo dell'art. 499 c.p.p., rubricato «regole per l'esame testimoniale», col quale viene ad essere definito l'oggetto d'esame: la testimonianza deve vertere su domande in relazione a fatti specifici; sono vietate domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte (con lo scopo ultimo di tutelare l'intenzione del testimone, il quale non deve essere condizionato nella descrizione personale dei fatti storici oggetto della vicenda processuale) come le cd. domande suggestive, da intendersi come questioni che, per come vengono formulate, tendono a suggerire le risposte. Infine, l'art. 403 c.p.p., il quale sancisce: al primo comma, l'utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte con incidente probatorio nei confronti degli imputati, i cui difensori abbiano partecipato alla loro assunzione; al comma 1-*bis*, l'inutilizzabilità delle stesse nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente probatorio da indizi di colpevolezza, se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione (salvo che gli stessi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile). Per quanto concerne la seconda accezione, scopo del suddetto corpo di regole appare la tutela di determinati diritti costituzionalmente salvaguardati (ad esempio, arti artt. 2, 13, 14, 15, 19, 21, 24 e 32 Cost.)<sup>76</sup>. Si pensi alle attività di perquisizione ed ispezione nei confronti

---

<sup>73</sup> *Ibidem.*

<sup>74</sup> G. UBERTIS, *I criteri di ammissibilità probatoria*, Milano, 2021, p. 192 ss.

<sup>75</sup> *Ibidem.*

<sup>76</sup> *Ibidem.*

del difensore, disciplinate dall'art. 103 c.p.p. Le garanzie di libertà dei soggetti citati sono volte alla salvaguardia della dignità professionale degli avvocati e del libero spiegamento dell'attività difensiva e del segreto professionale, oltre che a tutela dell'inviolabilità della difesa. La norma mira a prevenire il pericolo di abusive intrusioni ed a garantire le condizioni indispensabili per l'esplicazione del mandato professionale difensivo. Duplice, dunque, è la prospettiva con cui si studiano le cd. regole ammissive: possono implicare, da un lato, dei divieti probatori con cui vengono ad essere individuate modalità gnoseologiche incompatibili con l'ordinamento (art. 190 comma 1, «prove vietate dalla legge»); dall'altro, la scelta dell'elemento da introdurre nel bagaglio conoscitivo del giudice e alla costellazione concettuale delle nozioni di verosimiglianza, pertinenza, rilevanza<sup>77</sup>. Possiamo, inoltre, distinguere regole di esclusione «assolute», incondizionatamente operanti, e «relative», che intervengono solo in rapporto ad una determinata proposizione da provare<sup>78</sup>. Rilevante modello di regola di esclusione relativa è offerto dall'art. 194 c.p.p., il quale afferma che il testimone non può deporre sulla moralità dell'imputato o sulle voci correnti nel pubblico. In questo caso, il divieto probatorio non opera sulla prova in sé, l'esame testimoniale, ma bensì sull'oggetto.

### **2.1.1. Criteri di valutazione delle prove**

A differenza delle regole di ammissibilità od inammissibilità, i criteri di valutazione della prova sono rimessi alla competenza dell'organo demandato a definire una determinata posizione, ossia il giudice, e coinvolgono il maggiore o minor valore che una prova può assumere rispetto all'intero corredo conoscitivo. Il giudice, in vista dell'impiego per il giudizio definitivo sulla verità dell'affermazione rappresentativa della *res in iudicium deducta*, opera una personale attività di valutazione. In relazione al complesso tema dei criteri di valutazione delle prove, entrano in gioco tre distinte nozioni: verosimiglianza, pertinenza e rilevanza probatorie. Appaiono necessarie alcune precisazioni. Sebbene comun denominatore delle suddette nozioni sia la delimitazione dell'attività istruttoria, verosimiglianza e pertinenza rappresentano entità distinte dalla rilevanza probatoria: le prime concernono i temi della prova (l'oggetto) da verificare; la rilevanza attiene alle fonti e/o ai mezzi di prova (es. testimonianza, perizia, ispezione, ecc.) di cui bisogna

---

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, Torino, 2021, p. 216 ss.

accertare la necessità<sup>79</sup>. L'organo giudicante deve, dunque, operare tre distinte attività di valutazione. Dapprima, con riferimento alla verosimiglianza, si richiede al giudice di valutare se il fatto risulti contrastante con l'insieme delle leggi logiche e scientifiche non probabilistiche. Successivamente, è necessario accertare se l'elemento probatorio sia congruente rispetto al *thema probandum* mediante l'applicazione del criterio di pertinenza, per il quale può essere disposta l'ammissione della prova solo nell'ipotesi in cui si riconosca la sussistenza di un nesso decisorio tra la prova e le conseguenze giuridiche presentate dalle parti<sup>80</sup>. L'ultima valutazione che il giudice deve compiere è circa l'idoneità dell'atto e la sua congruenza tra quanto conseguibile in sede probatoria e l'enunciato che si intende verificare. Si tratta di un'analisi che concerne l'assoluta inutilità della prova per la sua incapacità di fornire elementi di cui potersi servire<sup>81</sup>. Il tema della rilevanza probatoria risulta di vitale importanza soprattutto in relazione alla prova indiziaria. L'art. 192 c.p.p., rubricato «Valutazione della prova», preclude al giudice di fondare la sussistenza di un fatto sulla base di indizi, precisando che questi potranno essere posti a fondamento della sua decisione solo se «gravi, precisi e concordanti». È noto e pacifico che, con riferimento all'indizio, non esiste alcuna definizione codicistica o normativa in grado di poterne delineare i contorni, essendo lo stesso soltanto richiamato dalla disposizione precedentemente citata. Di particolare importanza è la recentissima pronuncia della Cassazione, la quale è tornata ancora una volta sul tema. La seconda sezione penale della Corte di cassazione, in data 30 giugno 2022, con la pronuncia n. 25016 ha chiarito nuovamente il rapporto tra la prova indiziaria ed il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio che regola la materia penale<sup>82</sup>. Con sentenza pronunciata in data 2 dicembre 2020 la Corte di Appello di Cagliari, in parziale riforma della sentenza del G.U.P. del Tribunale di Cagliari in data 3 Ottobre 2019, confermava la affermazione della penale responsabilità di P.M., C.M. e Pi.An. per i reati rispettivamente ascritti di rapina ed altro e rideterminava il trattamento sanzionatorio<sup>83</sup>. Contro la stessa, gli imputati propongono ricorso per cassazione, deducendo la violazione di legge e vizio di motivazione quanto alla ritenuta responsabilità sulla base di tre distinti ordini di motivi:

---

<sup>79</sup> G. UBERTIS, *I criteri di ammissibilità probatoria*, Milano, 2021, p. 197 ss.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Cass. pen., Sez. II, 30 giugno 2022, n. 25016, in *Canestrini Lex*, <https://canestrinilex.com/risorse/prova-indiziaria-e-ragionevole-dubbio-cass-2501622/>.

<sup>83</sup> Corte di App. di Cagliari, 2 dicembre 2020, n. 234

- a) tutti gli indizi valorizzati dai giudici di merito erano neutri ed inidonei a rispettare la regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio;
- b) tutti gli indizi erano insufficienti a raggiungere quel grado di gravità, precisione e concordanza richiesto dalla legge per superare la imprescindibile regola del principio appena richiamato;
- c) tutti gli indizi non integravano gli atti idonei diretti in modo non equivoco al compimento del reato, dovendosi che fosse stato raggiunto il cd. "punto di non ritorno" e risultando evidente che nella specie era configurabile una desistenza volontaria.

I giudici di legittimità individuano l'indizio in un fatto certo dal quale, per inferenza logica basata su regole di esperienza consolidate e affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare, secondo lo schema del cd. sillogismo giudiziario<sup>84</sup>. L'indizio è un elemento conoscitivo che, senza poter rappresentare in via diretta il fatto da provare, è dotato di un'autonoma capacità rappresentativa, riguardante una o più circostanze diverse, ma collegate sul piano logico con quella da dimostrare. Attraverso un ragionamento inferenziale, dal fatto noto (l'indizio) si può risalire al fatto ignoto, l'oggetto dell'attività di ricerca. Affinché il fatto assumibile come indizio possa essere considerato prova indiziaria, e quindi assumere valore probatorio, è necessario che questo rispetti i tre requisiti concorrenti dell'art. 192 c.p.p. Se dall'indizio è deducibile un'unica conseguenza, esso costituisce una prova logica compiuta ed in sé sufficiente, nel senso che presenta una correlazione obbligata tra fatto ignoto e quello noto, al quale, sulla base delle leggi scientifiche, il primo è legato in modo certo ed inevitabile<sup>85</sup>. La pronuncia del 2022 si premura di ribadire quali siano i requisiti dettati dal codice di rito affinché l'indizio possa assumere valenza probatoria: gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti. La Corte ne offre una definizione: per gravità si intende l'intrinseca capacità dimostrativa rispetto al *thema probandum*, ossia la probabilità di derivazione dal fatto noto a quello ignoto; la precisione viene individuata come specificità, univocità ed impossibilità di diversa interpretazione; la concordanza, requisito proprio della pluralità di indizi, rappresenta la convergenza, non contraddittorietà di significato, in modo tale

---

<sup>84</sup> Cass. pen. Sez. U, 4 febbraio 1992, n. 6682, PM, p.c., Musumeci e altri, rv. 191230.

<sup>85</sup> Cass. pen. sez. IV, 19 marzo 2009, n. 19730, Pozzi, rv. 243508, in *Filodiritto*, <https://www.filodiritto.com/processo-indiziario-la-nozione-di-indizi-e-il-perimetro-della-loro-valutazione-convalidare-il-giudizio-di-colpevolezza>

che l'insieme assuma efficacia dimostrativa della prova<sup>86</sup>. In verità, la verifica che il giudice deve operare è duplice. Dopo aver verificato la sussistenza di tutti i requisiti ex art. 192, il giudice deve valutare il complesso degli elementi acquisiti<sup>87</sup>. Il giudice deve procedere, fornendone adeguata giustificazione, alla verifica, dapprima della validità delle regole o delle leggi utilizzate (quindi della correttezza e consequenzialità logica del risultato ottenuto.). Solo così è possibile proporre una ricostruzione del fatto di reato «in termini di certezza tali da escludere la prospettabilità di ogni altra ragionevole soluzione»<sup>88</sup>. Infine, per convalidare il giudizio di colpevolezza è necessario che i dati probatori acquisiti siano «tali da lasciare fuori solo eventualità remote, la cui effettiva realizzazione nella fattispecie concreta sia priva del benché minimo riscontro nelle risultanze processuali, addirittura ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della ordinaria razionalità umana»<sup>89</sup>.

### **3. Specie di inutilizzabilità**

Segue una disamina circa le varie classificazioni inerenti alla peculiare figura della inutilizzabilità, da rinvenire in: inutilizzabilità patologica e fisiologica; assoluta e relativa; speciale e generale.

#### **3.1. Inutilizzabilità patologica e fisiologica**

L'art. 526, co.1, c.p.p. , riferito alla fase dibattimentale, stabilisce che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento». La previsione in esame assume rilevanza per una duplice prospettiva: si premura di ribadire, anzitutto, il principio di legalità della prova, stabilendo l'estromissione dal compendio probatorio di quegli elementi di prova connotati dall'illegittimità circa la loro acquisizione, rappresentando al medesimo tempo «la chiave di volta» del sistema di tipo accusatorio introdotto dal codice di procedura penale del

---

<sup>86</sup> *Ibidem*. Sul punto, Cass. pen. sez. 1, 8 marzo 2000, n. 7027, Di Telia, rv. 216181; sez. 4, 2 aprile 2003, n. 22391, Qehalliu Luan, rv. 224962; sez. 6, 4 novembre 2011, n. 3882, Annunziata, rv. 251527; sez. 1, 18 aprile 2013, n. 44324, P.G., P.C. in proc. Stasi, rv. 258321; sez. 1, 6 maggio 2014, n. 37348, P.G. in proc. Witczak Lewandowska e altro, rv. 260278.

<sup>87</sup> *Ibidem*. Sul punto, Cass. pen. Sez. U, 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, rv. 231678; sez. 1, 9 giugno 2010, n. 30448, Rossi, rv. 248384; sez. 1, 18 aprile 2013, n. 44324, P.G., P.C. in proc. Stasi, rv. 258321; sez. 2, 19 settembre 2013, n. 42482, Kuzmanovic, rv. 256967.

<sup>88</sup> *Ibidem*. Cass. pen. sez. 1, 2 marzo 1992, n. 3424, Di Palma, rv. 189682.

<sup>89</sup> Secondo l'orientamento espresso da Cass. pen. Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, rv. 240763.



1988<sup>90</sup>. In giurisprudenza si è arrivati a distinguere fra inutilizzabilità fisiologica ed inutilizzabilità patologica, nella nota sentenza Tamarro<sup>91</sup>. Con il termine «inutilizzabilità fisiologica» si intende quella particolare invalidità che concerne gli atti di indagine che, pur formatasi legittimamente e senza la violazione di alcun divieto probatorio, non possono essere utilizzati per la decisione del giudice poiché assunti in modo unilaterale dall'accusa o dalla difesa ex art. 526, co.1, c.p.p.<sup>92</sup>. Con riferimento all'invalidità in esame, la terminologia utilizzata permette di considerare l'inutilizzabilità fisiologica espressione del più elevato precipitato tecnico del principio della separazione tra le fasi processuali. In particolare, si ritiene che la prova formata in contraddittorio con le parti sia quella che si avvicina maggiormente alla cd. verità storica, contrariamente agli atti di indagine che per la loro formazione unilaterale sono considerati meno vicini al vero<sup>93</sup>. Difatti, gli atti di indagine possono essere utilizzati come elementi di prova all'interno delle fasi precedenti a quella dibattimentale, senza trovare ingresso in quest'ultima salvo il pervenire di circostanze particolari (ad es., il contraddittorio è inattuabile per impossibilità oggettiva, originaria o sopravvenuta, oppure è inquinato, ossia sussiste minaccia di un male ingiusto sul dichiarante). Alla luce di tali considerazioni, appare opportuno evidenziare che l'inutilizzabilità fisiologica, oltre ad essere connotata da una componente oggettiva, relativa agli atti che possono essere travolti da tale invalidità, è costituita da un profilo soggettivo: conseguendo un difetto di contraddittorio, poiché quest'ultimo presenta una componente oggettiva e soggettiva, anche l'inutilizzabilità fisiologica rispecchia tale dualità<sup>94</sup>. Si può prospettare una inutilizzabilità fisiologica soggettiva con riferimento ad una prova che si è formata in contraddittorio senza che vi fosse la presenza del soggetto sul quale ricadranno gli effetti dell'invalidità medesima<sup>95</sup>. Figura opposta è rappresentata dalla inutilizzabilità patologica, da intendersi quel vizio

---

<sup>90</sup> Espressione di G. ILLUMINATI, *L'utilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, Vol. 53, n. 2, pp. 521-546. Sul punto anche E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 172; illuminati, *Giudizioi*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 681 ss.

<sup>91</sup> Cass. pen., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tamarro, cit.

<sup>92</sup> Definizione di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Verona, 2007

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197

<sup>95</sup> Si dia l'esempio di cui art. 500, co. 3, c.p.p., il quale stabilisce che le dichiarazioni rese da un testimone che ha rifiutato di essere esaminato da una delle parti non sono utilizzabili contro la parte che non ha potuto svolgere l'escussione; art. 238, co. 2-bis, c.p.p., il quale riguarda le dichiarazioni provenienti da altro processo rese in contraddittorio senza la partecipazione di colui che difende l'imputato nel processo *ad quem*.

che colpisce le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge ex. art. 191 c.p.p. La particolare portata semantica della terminologia si riferisce all'effetto della invalidità in esame, da intendersi il divieto di utilizzazione dell'elemento acquisito *contra legem*, ed indica, conseguentemente, il regime giuridico riservato alle prove viziato<sup>96</sup>. In verità, si potrebbe affermare che l'inutilizzabilità patologica sia costituita da una duplice natura: vizio della prova e sanzione processuale della prova viziata; la violazione del divieto di acquisizione è il vizio, il divieto di utilizzazione è il regime giuridico<sup>97</sup>. Fulcro della suddetta figura di invalidità è costituito dal concetto di divieto probatorio e dai confini dell'accertamento perseguibile. Limiti posti a tutela dell'accertamento hanno natura oggettiva, mentre quelli posti a presidio dei diritti fondamentali dell'individuo hanno natura soggettiva, prescindendo, questi ultimi, dall'attendibilità dell'elemento di prova e costituiscono limiti etici che l'ordinamento pone a se stesso nel perseguire il proprio fine accertativo<sup>98</sup>.

### **3.1.1. La inutilizzabilità fisiologica alla luce dei principi costituzionali**

La disciplina della inutilizzabilità fisiologica trova le radici nel dettato costituzionale dell'art. 111 Cost., ai suoi distinti commi 4 e 5:

- a) il quarto comma della disposizione in esame stabilisce il principio del contraddittorio nella formazione della prova; secondo il quale la colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi per libera scelta si è sempre sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore. Si tratta, per le

---

<sup>96</sup> In argomento, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol XIV, Milano, 1965, 475; M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, II ed., Torino, 1990, 259.

<sup>97</sup> R. NORMANDO, in A.A. DALIA E R. NORMANDO, *Nullità degli atti processuali, II) dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 24, afferma: «la distinzione tra invalidità e inutilizzabilità è operata individuando un momento statico e uno dinamico della garanzia, sicché l'invalidità presidia il ricorrere in sé, nel momento statico, mentre l'inutilizzabilità, quale verifica di secondo grado, garantisce che nel momento dinamico del procedimento, costituito dalla progressione verso la definitiva valutazione della responsabilità, sia interdetto l'ingresso, quali componenti del giudizio, a quelle risultanze che non siano rispondenti ai parametri normativi necessari per essere riconosciute utili ai fini della formazione della decisione, rispetto alla quale esse si atteggiano come mezzo a scopo». Sul punto anche F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 244, ritiene che l'inutilizzabilità abbia, sì, una duplice natura, giacché «costituisce al tempo stesso una regola di giudizio e una probatoria: come regola di giudizio proibisce di argomentare una pronuncia mediante prove vietate o illegittimamente acquisite, come regola probatoria impedisce di assumere tali prove a presupposto di atti del procedimento, cosicché è rilevabile anche nei provvedimenti immotivati ed inoppugnabili»

<sup>98</sup> V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. pen.*, 1969, 33, il quale rilevava con riguardo al tema delle prove illecite: «la caratteristica comune delle regole che le riguardano è la tutela di interessi che non solo trascendono il processo nel quale la prova è predotta, ma possono addirittura confliggere con le esigenze interne del processo medesimo»

classificazioni di seguito illustrate, di un'ipotesi di inutilizzabilità fisiologica speciale soggettivamente ed oggettivamente relativa: speciale, in quanto; sanziona espressamente un difetto di contraddittorio; soggettivamente, in quanto si riferisce all'imputato che non ha potuto confrontarsi con l'accusa; oggettivamente poiché le dichiarazioni rese possono essere utilizzate come prove d'innocenza<sup>99</sup>;

- b) il quinto comma delinea i confini della inutilizzabilità fisiologica, stabilendo ipotesi che giustificano una deroga al contraddittorio nella formazione della prova: la prova è utilizzabile anche se formata al di fuori del contraddittorio se vi è il consenso dell'imputato, ovvero in casi di accertata impossibilità di natura oggettiva, oppure per effetto di provata condotta illecita.

### **3.1.2. La inutilizzabilità fisiologica nell'attuale sistema probatorio**

Come precedentemente illustrato, norma cardine dell'inutilizzabilità fisiologica è da rinvenirsi nel dettato normativo dell'art. 526, co. 1, c.p.p., il quale stabilisce che il giudice non può utilizzare prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento. A tale disposizione deve essere accompagnata la lettura degli articoli: 431 c.p.p., che elenca il possibile contenuto del fascicolo per il dibattimento; 512, che disciplina la lettura degli atti di indagine per sopravvenuta impossibilità di ripetizione; 514, co.1, che concerne la lettura delle precedenti dichiarazioni e dal quale si ricava la regola di ordine generale per cui la lettura di dichiarazioni rese nel corso delle indagini è vietata, salvo nei casi in cui vi sia una norma espressa che la consente ex. artt. 511 e 513 c.p.p.<sup>100</sup>. In base all'attuale sistema probatorio, dunque, si desume il principio secondo cui le prove acquisite unilateralmente nel corso delle indagini preliminari sono inutilizzabili per la decisione finale, salvi i casi nei quali sia espressamente la legge a consentirne l'impiego. In particolare, gli atti di indagine preliminare sono utilizzabili soltanto nei casi di impossibilità di ripetizione originaria ex. art. 431, lett. c) e d), o sopravvenuta ex. art. 512 c.p.p., oppure se le parti concordano l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento ex. artt. 431, co. 2, e 439, co. 3, c.p.p. Norma di chiusura è l'art. 526, co. 1-bis, c.p.p., per il quale la colpevolezza del soggetto non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese

---

<sup>99</sup> *Ibidem.*

<sup>100</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Verona, 2007; M. NOBILI, *sub art. 514 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. V, Torino, 1991, 441

da chi si è sempre sottratto al confronto. Se il quadro normativo relativo alla inutilizzabilità fisiologica appare esaustivo, non può dirsi lo stesso per la inutilizzabilità patologica.

### **3.2. Inutilizzabilità speciale e generale**

Si tratta di una ripartizione che attiene alle modalità di previsione, analoga a quella prevista per la nullità<sup>101</sup>. Con riferimento alla inutilizzabilità fisiologica, previsione generale è da rinvenirsi nel già citato art. 526, co. 1, c.p.p., in base al quale il giudice non può porre a fondamento della propria decisione elementi di prova distinti da quelli legittimamente acquisiti nel dibattimento, mentre disposizioni speciali sono previste dal codice di rito in relazione a quelle ipotesi nelle quali un atto si è formato in contraddittorio, ma non è stato attuato il diritto di parteciparvi spettante ad un interessato, regolate dagli artt. 500, co.3, 238, co. 2-bis, e 403 c.p.p.<sup>102</sup>. Presenta tale duplice profilo anche l'inutilizzabilità patologica, che trova la sua previsione generale nell'art. 191 c.p.p., il quale, come detto, precisa al primo comma che le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. Le ipotesi di inutilizzabilità speciale sono, invece, previste da singole disposizioni che comminano l'inutilizzabilità con riguardo a violazioni ben precise nell'acquisizione delle singole prove, quali gli artt. 500, inerente alla testimonianza indiretta resa da chi non ha indicato la fonte, e 271 c.p.p., in tema di intercettazioni svolte senza il rispetto delle relative procedure<sup>103</sup>. Perplexità sono sorte circa la possibilità di disciplinare la figura dell'inutilizzabilità in leggi speciali, considerando che dal punto di vista formale non appaiono ostacoli alla configurabilità di tale tipo di inutilizzabilità, come ad esempio l'art. 16-quater, co. 9, della l. n. 82/1991, in relazione al verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione<sup>104</sup>. Illustre dottrina ha constatato che, come le fattispecie criminose possono essere stabilite e regolate da leggi collegate al codice, nel medesimo senso deve concludersi per le sanzioni processuali,

---

<sup>101</sup> M. NOBILI, *sub* art. 191, cit., 410

<sup>102</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Verona, 2007, p. 26 ss.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*. Sul punto anche O.L. VIGNA E R. ALFONSO, *Lineamenti della legge sui collaboratori di Giustizia*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, 97 ss.

qualora esse rechino una disciplina attinente alla materia delle prove e attribuiscono poteri istruttori all' autorità giudiziaria<sup>105</sup>.

### 3.3. Inutilizzabilità assoluta e relativa

In dottrina viene fatta un'ulteriore distinzione tra inutilizzabilità relativa ed inutilizzabilità assoluta: l'inutilizzabilità assoluta rende l'atto inservibile in relazione a qualunque tipo di decisione, nei confronti di qualsivoglia soggetto; l'inutilizzabilità relativa rende inservibile l'atto soltanto in relazione ad una determinata categoria di provvedimenti (ad es. art. 360, co. 5, c.p.p.), oppure determinati soggetti (ad es. artt. 63, co.1, 64, co. 3-bis, 513, co. 1, c.p.p.)<sup>106</sup>. Anche in questo caso, si riscontra, dunque, una duplice natura, oggettiva (determinati provvedimenti) e soggettiva (determinati soggetti). Appare opportuna una precisazione. Derivando, l'inutilizzabilità fisiologica, da un difetto di contraddittorio, quest'ultima concerne solo ed esclusivamente atti che richiedono il previo contraddittorio e soggetti che non hanno partecipato a tale confronto dialettico. Conseguentemente, è pacifico affermare che l'inutilizzabilità fisiologica è sempre relativa. Ancora riguardo all'inutilizzabilità fisiologica, distinguiamo nuovamente l'inutilizzabilità fisiologica generale e speciale: la prima è sempre oggettivamente relativa, in quanto gli atti di indagine possono essere utilizzati per tutte le decisioni che connotano le fasi anteriori al giudizio, ma non valgono come prova per il dibattimento; l'inutilizzabilità fisiologica speciale è oggettivamente o soggettivamente relativa, a seconda della disciplina stabilita dalla singola norma che la commina<sup>107</sup>. Un esempio per entrambe le figure: ipotesi di inutilizzabilità fisiologica soggettivamente relativa riguarda una prova che, anche se assunta in contraddittorio nell'incidente probatorio, non è utilizzabile nei confronti del soggetto che non ha avuto modo di partecipare allo scontro dialettico attraverso il proprio difensore; per quanto riguarda l'inutilizzabilità fisiologica oggettivamente relativa, prendiamo il caso del precedente difforme contestato al testimone, che ha cambiato versione nel corso dell'esame dibattimentale<sup>108</sup>. In quest'ultima ipotesi, il difforme contestato vale come prova della credibilità e non come

---

<sup>105</sup> In tal senso, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 113-114; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Verona, 2007, p. 26 ss.

<sup>106</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Verona, 2007, p. 29

<sup>107</sup> A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, IX ed., Milano 2004, 189; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 251.

<sup>108</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Verona, 2007, p. 30

prova del fatto narrato. Spostando l'analisi sull'opposta figura di invalidità, l'inutilizzabilità patologica generale è sempre assoluta, in quanto i divieti probatori riguardano un esperimento conoscitivo il cui ingresso processuale è vietato in radice, mentre l'inutilizzabilità patologica speciale è assoluta, salvo che la singola norma di riferimento stabilisca dei limiti oggettivi (ad es., l'art. 220, co.2, c.p.p., il quale prevede il divieto di perizia criminologica, salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza) o soggettivi (ad es., l'art. 64, co., 3-bis, c.p.p., il quale prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese senza previo avviso all'indagato in merito alla testimonianza assistita)<sup>109</sup>.

#### **4. Classificazione delle prove e inutilizzabilità. La nozione di “divieto stabilito dalla legge”.**

Riprendendo quanto enunciato nei paragrafi precedenti, l'art. 191 c.p.p. risulta coinvolgere ed operare sull'intero procedimento probatorio, il quale consta di tre distinti momenti: l'ammissione, l'assunzione-formazione e valutazione della prova. Appare, dunque, pacifico che la tutela del momento acquisitivo implichi necessariamente e, anzi, abbia come presupposto primo quella del momento ammissivo<sup>110</sup>.

##### **4.1. Le prove non disciplinate dalla legge**

Nel nostro ordinamento vengono ad essere comprese nella categoria delle prove non solo le cd. prove tipiche, espressamente previste e disciplinate dal codice di rito, ma bensì anche le cd. prove atipiche, da intendersi come quelle particolari prove che non trovano riscontro esplicito nella codificazione. Nell'ambito civile, la legittimazione all'ingresso nel processo di prove non disciplinate dalla legge si reggeva, per parte della dottrina, sul principio del libero convincimento del giudice, da intendersi come «il modo in cui gli organi giudicanti degli ordinamenti contemporanei devono valutare gli elementi utili per risolvere le questioni probatorie di loro competenza: essi devono apprezzare autonomamente se e in che misura tali elementi sono in grado di confermare le ipotesi fattuali rilevanti nel processo»<sup>111</sup>. Con riferimento alla materia penale, per lungo tempo

---

<sup>109</sup> Ibidem. Sul punto anche A. NAPPI, *Guida*, cit., 189

<sup>110</sup> CHIAVARO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990, p. 128

<sup>111</sup> Sul punto G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Napoli, 2001, p. 22 ss. Inoltre, G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come*

l'applicazione del principio di tassatività dei mezzi di prova o del principio del libero convincimento del giudice è stato oggetto di un importante dibattito, soprattutto in virtù dell'importante funzione attribuita ad entrambi i principi e, cioè, delimitare l'istruzione probatoria e tracciarne con chiarezza i confini. Parte della dottrina, a sostegno dell'ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge, richiamava la mancanza di una norma volta ad escludere che il giudice potesse servirsi delle prove atipiche e, al tempo stesso, la presenza nel codice di rito della figura dell'indizio, considerato per sua natura intrinsecamente atipico<sup>112</sup>. Tale prospettiva subiva, però, diverse critiche, tra cui l'errata considerazione della prova indiziaria come prova di per sé atipica. Difatti, di atipicità non si può parlare con riferimento al caso in cui un fatto secondario possa essere acquisito al processo attraverso fonti di prova tipiche, che altro non è che l'ipotesi della prova indiziaria, per la quale da un fatto noto (l'indizio) possa risalirsi al fatto ignoto. Ulteriore critica riguardava l'aver posto a fondamento dell'ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge l'assenza di una qualsiasi norma volta a precluderne l'utilizzazione da parte del giudice. In verità, la mancanza di una disposizione di tal genere non consentirebbe comunque al giudice di servirsi di mezzi probatori diversi da quelli previsti dal diritto positivo, per diversi ordini di motivi: gli strumenti probatori disciplinati dal codice di rito sono in grado di esaurire il catalogo di ogni immaginabile fonte di prova; nessuno sarebbe disposto a credere che al giudice sia lecito ad es. allestire una seduta spiritica<sup>113</sup>. Riassumendo, la questione di diritto consisteva nella soluzione del quesito circa l'esistenza di regole processuali che proibiscano o consentano l'utilizzazione di qualsiasi mezzo di prova, sebbene assunto in modo irrituale. Non avendo autosufficienza probatoria, la giurisprudenza ritiene che le prove atipiche possano essere liberamente apprezzate nella loro efficacia, sì da contribuire a convincere il giudice e fondare la sua decisione, a condizione che le stesse non siano smentite in negativo od escluse<sup>114</sup>. Spetterà al giudice il potere di decidere, volta per volta, se la stessa possa trovare ingresso o meno nella sede processuale, a seguito di una verifica su due distinti temi: l'idoneità all'accertamento dei fatti; la tutela della libertà morale dell'imputato.

---

*guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, 2019, in *disCrimen*, p. 1 <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Carlizzi-II-principio-del-libero-convincimento.pdf>.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

#### 4.1.1. Criteri di ammissibilità della prova atipica

In virtù del principio di legalità della prova, la possibilità di dare ingresso nel processo a prove non disciplinate dalla legge è subordinata al rispetto delle prescrizioni di legge, che il legislatore prevede distintamente per le prove tipiche e quelle non disciplinate dalla legge rispettivamente agli artt. 190 e 189 c.p.p. Le condizioni di ammissibilità per le prove tipiche sono individuate nella legalità, pertinenza e rilevanza probatorie, mentre l'art. 189 c.p.p. stabilisce che quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può disporre l'assunzione se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. I requisiti da rispettare sono, dunque, due: l'idoneità all'accertamento dei fatti; la tutela della libertà morale della persona. Qualora la prova atipica risulti essere frutto della violazione di un divieto probatorio, questa risulterà inammissibile e, conseguentemente, inutilizzabile. La verifica che il giudice deve svolgere è duplice: dapprima, la sussistenza dei requisiti ex art. 189 e, successivamente, quelli previsti dall'art. 190 c.p.p. Quanto al primo limite, l'art. 189 c.p.p. richiede che la prova atipica risulti essere idonea all'accertamento dei fatti oggetto della vicenda processuale e, quindi, quel particolare mezzo di prova sia in grado di offrire un contributo conoscitivo che possa essere utile al giudice per la sua decisione. È opportuna una precisazione. Il requisito dell'idoneità probatoria si distingue da quello della rilevanza probatoria. La differenza è insita nel momento della valutazione dei due diversi requisiti, poiché, con riferimento alla rilevanza, questa deve essere accertata ex post ed ex ante, nei limiti della non manifesta irrilevanza, mentre l'idoneità, all'opposto, è accertata ex ante. In alcuni casi, l'idoneità o l'inidoneità risulta essere *ictu oculi*. In ogni caso, l'apprezzamento del giudice deve risolversi in un giudizio di non manifesta inidoneità probatoria, sì da ammettere tutte le prove richieste ed escludendo quelle superflue o vietate dalla legge ex art. 190 c.p.p. Quanto al secondo limite imposto dall'art. 189 c.p.p., la prova non deve essere lesiva della libertà morale della persona, ossia della libertà di autodeterminazione del soggetto, da intendersi come "facoltà critica di scelta", quale richiamo implicito al dettato normativo dell'art. 188 c.p.p., il quale esclude che possano essere utilizzate tecniche o metodi probatori «idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione od alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti»<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> L'espressione è di G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Napoli, 2001, p. 57



La circostanza per cui non vi sia alcun riferimento esplicito alla tutela della libertà fisica della persona si giustifica alla luce del dettato costituzionale degli artt. 13 e 32 della Carta fondamentale.

#### **4.2. La prova illecita**

Con riferimento alla prova illecita, perplessità sorgono sotto il profilo interpretativo della norma di riferimento, di carattere generale, l'art. 191 c.p.p. e l'espressione «divieti di legge». Anzitutto, per “prova illecita” deve intendersi quella prova assunta in violazione di una fattispecie incriminatrice. Il quesito di diritto riguarda, dunque, la possibilità di comprendere nella terminologia dell'art. 191 c.p.p. anche la violazione di norme incriminatrici come fonte di produzione del vizio dell'inutilizzabilità. Non specificandosi quale legge debba considerarsi portatrice del divieto, appare pacifico ritenere che la stessa debba essere ricercata nelle diverse ramificazioni dell'ordinamento giuridico. In tal senso, si è espressa la quarta sezione della Corte di cassazione nella nota pronuncia *Viskovic*, 16 marzo del 2000, n. 7063, da considerare un punto di partenza del dibattito relativo alle videoriprese in domicilio privato, e la quinta sezione della medesima nella pronuncia n. 35681/2014<sup>116</sup>. La tematica risulta di notevole delicatezza e complessità nell'ambito del diritto processuale penale, in virtù dell'incidenza, al pari delle intercettazioni, sui diritti inviolabili della persona quali la libertà e la segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza ex. art. 15 Cost, nonché l'invioabilità del domicilio ex. art 14 Cost. In particolare, la corte ha rilevato come anche la violazione di norme sostanziali possa provocare la nullità di un atto e l'inutilizzabilità della prova, trovando nell'art. 191 c.p.p. la fonte di tutela, comprensiva di tutto il corpus normativo a livello di legge ordinaria o superiore<sup>117</sup>.

#### **4.3. La disciplina relativa alla raccolta illegale di informazioni**

Appare opportuno prendere le mosse dal decreto-legge del 22 settembre del 2006, n. 259, affinché si possa aver un quadro chiaro non solo con riguardo alla cd. prova illegale, ma anche per quanto attiene al campo di operatività dell'art. 191 c.p.p. e quali atti possano

---

<sup>116</sup> Cass. pen., Sez. V, 30 maggio 2014, n. 35681.

<sup>117</sup> Cass. pen., Sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, *Viskovic*, in *Filodiritto*, <https://www.filodiritto.com/le-videoriprese-domicilio-privato-problematiche-e-stato-della-normativa-e-della-giurisprudenza>. Inoltre, F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 64.

essere oggetto del divieto d'uso stesso. Il decreto in esame ha rivestito un ruolo di rilevante importanza nella materia processuale penale, introducendo nell'ordinamento un importante meccanismo di distruzione dei documenti, supporti, atti concernenti dati e contenuti di conversazioni, comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati od acquisiti, oppure formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. In particolare, ai sensi del secondo comma dell'art. 240 c.p.p., dei predetti atti è vietato effettuare copia, in qualsiasi momento, modo e forma ed il loro contenuto non può essere utilizzato. Dunque, anche dalla sola lettura del dettato normativo, emerge con chiarezza che oggetto della disposizione in esame non sia solo la cd. prova illegale, ma bensì anche l'insieme dei documenti, supporti ed atti concernenti i dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni relativi al traffico telefonico e telematico. L'art. 240 c.p.p. si rende, dunque, il tramite per l'applicazione della disciplina dedicata al vizio dell'inutilizzabilità su atti che non risultano essere funzionalizzanti al processo, nel quale entrano, difatti, soltanto accidentalmente<sup>118</sup>. A conferma di ciò, l'art. 512, comma 1-bis c.p.p. richiama il «materiale illegale analiticamente elencato nell'art. 240, comma 2, c.p.p.». Assumono, conseguentemente, rilevanza ex. art. 191 c.p.p., tutte quelle condotte dirette alla illecita formazione, acquisizione o raccolta di informazioni private o segrete, nonché quelle poste a tutela dell'inviolabilità dei segreti, delle quali il giudice provvede nel verbale di distruzione a dar atto dell'illecita acquisizione o detenzione dei dati. Appare opportuno, a tale proposito, richiamare l'attenzione sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 173/2009, nella quale il collegio ha dichiarato l'illegittimità della disciplina dell'art. 240 c.p.p. nella parte in cui: prevede la distruzione dei documenti contenenti dichiarazioni anonime all'esito dell'udienza ex. art. 127 c.p.p., anziché all'esito dell'udienza con partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore ex. art. 401 c.p.p.; non prevede che nel verbale delle suddette operazioni di distruzione sia fatta menzione delle circostanze inerenti all'attività di formazione, raccolta ed acquisizione dei documenti, supporti ed atti di cui si tratta<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., , p. 71.

<sup>119</sup> Corte cost., 17 giugno 2009, n. 173

#### 4.4. La prova incostituzionale

Si tratta di una nozione di matrice giurisprudenziale e dottrinale: per «prova incostituzionale» bisogna intendersi quella prova assunta in violazione dei diritti riconosciuti all'interno del dettato costituzionale della Carta fondamentale e l'insieme degli elementi raccolti con modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive dei diritti dell'individuo tutelati dalla Costituzione<sup>120</sup>. Si tratta di una categoria concettuale che trova la sua origine nel codice previgente del 1930, durante la quale l'inutilizzabilità era al centro di un dibattito acceso circa la sua definizione e collocazione. Diversi sono stati gli interventi del Giudice delle leggi nel merito, tra i quali figura la sentenza n. 34 del 1973, nella quale la Corte ha ribadito che «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritto del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento degli atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»; nonché la sentenza n. 149/2008, nella quale il Giudice delle leggi, in tema di videoriprese all'interno del domicilio, ha ribadito l'ambito di operatività del limite di cui art. 14 Cost.; inoltre, è opportuno richiamare anche la pronuncia Sala delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>121</sup>. Nodo gordiano è da ritrovare, anzitutto, nell'interpretazione dell'art. 191 c.p.p. circa l'espressione «divieti stabiliti dalla legge». Ci si domanda se la disposizione in esame, con la terminologia utilizzata, sia da intendersi in un'accezione estensiva, sì da ricomprendere sotto l'ombrello protettivo della norma anche la violazione della Carta fondamentale, ovvero in un'accezione restrittiva, mancando nel nostro ordinamento una norma intermedia, una fonte legislativa di rango ordinario che dia corpo al divieto costituzionale<sup>122</sup>. Il codice del 1988 appare un sistema probatorio informato al principio di legalità della prova, in base al quale quest'ultima costituisce uno strumento di conoscenza regolato sia nell'ammissione che nell'assunzione dalla legge. Difatti, sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 189 c.p.p., è necessario che la prova rispetti i due requisiti dalla stessa disposizione disciplinati, altrimenti la stessa risulterà vietata. L'art. 189 c.p.p. funge, dunque, da canale d'ammissione delle prove atipiche, ma la sua collocazione tra le disposizioni generali sulle prove comporta l'applicabilità della norma

---

<sup>120</sup> In tal senso C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Verona, 2007, p. 150 ss. Inoltre, V. GREVI, *Insegnamenti moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1973, 341.

<sup>121</sup> Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo, 1996, n. 3

<sup>122</sup> G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Napoli, 2001, p. 157 ss.

anche ai mezzi di ricerca della prova. Occorre precisare, però, che la norma in esame risulterebbe operare anche con riferimento a quegli atti svolti durante la fase delle indagini preliminari, i quali non rientrano nel novero dei mezzi di ricerca della prova, in virtù della tutela della legalità probatoria: nel corso delle indagini preliminari, il giudice non risulta garante della libertà morale rispetto all'acquisizione degli elementi di prova. L'art. 189 c.p.p., in verità, sancisce l'importante principio secondo cui non possono essere ammessi mezzi di prova, mezzi di ricerca della prova o atti di indagine atipici che risultino lesivi della libertà morale o che siano inidonei all'accertamento dei fatti. Data l'assenza di una specifica disciplina circa i modi ed i casi entro i quali la compressione del diritto costituzionalmente tutelato è consentita, la disposizione in esame preclude l'ingresso di atti lesivi dei diritti fondamentali presidiati dalla garanzia della riserva di legge proprio in virtù di tal silenzio. L'autorità deve accertare la sussistenza di prove lesive dei diritti fondamentali solo attraverso quegli strumenti disciplinati dalla legge o nella loro tipicità od atipicità ex. art. 189 c.p.p.<sup>123</sup>. Poiché, infine, le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge sono inutilizzabili ex. art. 191 c.p.p., si conclude che l'elemento assunto in violazione di un diritto costituzionale, in assenza di una specifica disciplina legislativa dei casi e dei modi, risulta inutilizzabile. È la stessa espressione «divieto di legge», del resto, a rispecchiare già di per sé il valore dei limiti costituzionali, in quanto l'art. 191 c.p.p. sia norma volta al rispetto della legalità della prova anche allorquando la difformità è rivelatrice di una lesione concreta o potenziale dei diritti soggettivi oggetto di specifica tutela costituzionale<sup>124</sup>.

## **5. Ambito di operatività dell'art. 191 c.p.p.**

Affinché si possa avere un quadro quanto più completo ed esauriente dell'analisi letterale dell'art. 191 c.p.p., risulta necessario comprendere la sua portata operativa e gli eventuali limiti sulla stessa operanti, oggetto di numerosi dibattiti giurisprudenziali e dottrinali. La disposizione in esame al suo secondo comma stabilisce che «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». Sin dalla nomenclatura utilizzata dal legislatore, risulterebbe pacifico asserire che la regola generale dettata per il regime dell'inutilizzabilità opererebbe sin dalle indagini preliminari e con riferimento ai

---

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 82.

provvedimenti nella predetta sede adottati. In tal senso depone non solo la collocazione adottata per l'art. 191 c.p.p. in una dimensione definita di «statica processuale», ossia tra le disposizioni generali in tema di prove, bensì il dato letterale di due rilevanti disposizioni: gli artt. 63 e 64 c.p.p., disciplinanti rispettivamente «le dichiarazioni indizianti» e «le regole generali per l'interrogatorio»<sup>125</sup>. In relazione all'art. 63 c.p.p., si tratta di una norma introdotta dal legislatore avente la funzione di anticipare quanto esplicitamente espresso circa il diritto al silenzio dell'imputato in sede di interrogatorio, in base al quale nessuno può essere obbligato a rispondere su fatti da cui potrebbe essere desunta la propria responsabilità penale<sup>126</sup>. Difatti, il primo comma sancisce che se una persona non imputata ovvero non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico dinanzi all'autorità giudiziaria, quest'ultima si premura di interrompere l'esame avvisando il soggetto che, a seguito delle dichiarazioni, potranno essere svolte attività investigative nei suoi confronti, con un'importante precisazione nel secondo periodo del comma in esame: «le precedenti dichiarazioni non potranno essere utilizzate contro la persona che le ha rese». L'art. 64 c.p.p. rappresenta un ulteriore esempio della natura garantista del codice di rito, il quale provvede a porre l'imputato nella piena consapevolezza degli effetti dell'interrogatorio. Questo, difatti, viene individuato come mezzo di difesa, in quanto volto ad assicurare la libertà morale ed il diritto al silenzio, nonché l'integrità della personalità del soggetto interrogato, come precisato dal secondo comma della disposizione: «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». Essendo l'interrogatorio un atto richiesto dal pubblico ministero, questo entra a far parte del cd. fascicolo delle indagini preliminari, dei quali può esservene data lettura durante il giudizio ovvero in caso di imputato contumace, assente o che si sia rifiutato di sottoporsi all'esame delle parti ex art. 208 c.p.p. in taluni casi. In particolare, con l'intervento della l. 1° marzo 2001 n. 63 (cd. legge sul giusto processo, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in

---

<sup>125</sup> L'espressione è di F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 102.

<sup>126</sup> In virtù del principio *nemo tenetur se detegere*. La portata del principio è piuttosto vasta, potendosi ivi ricomprendere sia le dichiarazioni rese davanti al giudice, a completamento della regola secondo cui nessuno può essere chiamato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere la propria responsabilità (art. 198, comma 2), sia le dichiarazioni rese al pubblico ministero per le informazioni da lui assunte, sia, e soprattutto, in riferimento alle sommarie informazioni acquisite dalla polizia giudiziaria ex art. 351.

attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione»), le dichiarazioni lette possono essere utilizzate entro determinati limiti:

- a) Possono essere utilizzate solo nei confronti dell'imputato che le ha rese;
- b) Non possono essere utilizzate contro altri senza il loro consenso;
- c) Possono essere utilizzate contro altri, anche senza che questi vi acconsentano, se risulta che l'imputato è stato sottoposto a violenza, minaccia od offerta di denaro, perché non deponga;

Prima di cominciare l'interrogatorio, il soggetto deve essere avvertito che le sue dichiarazioni potranno essere sempre utilizzate nei suoi confronti e che ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, lasciando che il procedimento continui comunque il suo corso. Nell'ipotesi in cui non dovessero essere osservate le suddette garanzie, il comma 3-*bis* dell'art. 64 c.p.p. impone l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona interrogata e delle dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri (non potendo, inoltre, la persona rivestire l'ufficio di testimone nei confronti di questi ultimi).

### **5.1. Gli incerti confini della rilevabilità del vizio**

Riprendendo il dato letterale dell'art. 191 c.p.p., con l'espressione «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio» si esprime con chiarezza che la denuncia di legittimità può derivare sia dalle parti che dall'organo giudicante<sup>127</sup>. Quanto alla terminologia «in ogni stato e grado del procedimento», numerosi sono stati gli interventi della giurisprudenza e di parte della dottrina circa l'eventuale limite cronologico da apporre alla disposizione in esame. Nonostante la nitidezza del dettato normativo, difatti, diversi orientamenti giurisprudenziali assumono una posizione opposta all'operatività dell'art. 191 c.p.p. con riguardo non solo al momento acquisitivo della prova, bensì anche al momento della sua valutazione. Tale prospettiva trae ragione d'esistere nella natura del vizio e nell'effetto che l'inutilizzabilità comporta sugli atti processuali e sullo svolgimento della vicenda processuale. Scopo ultimo dell'inutilizzabilità è, oltre la tutela dell'imputato, evitare che atti viziati possano restare all'interno del fascicolo del pubblico ministero e del

---

<sup>127</sup> Appare più che pacifico asserire una duplice denuncia, partendo dall'assunto secondo cui la deduzione delle prove rappresenta un'attività lasciata alle parti protagoniste della vicenda processuale. In tal senso GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 255

dibattimento e rimuovere, conseguentemente, dal corredo conoscitivo del giudice prove vietate che, proprio in virtù delle garanzie offerte al soggetto debole del processo, potrebbero inficiare la decisione a suo carico. L'interpretazione secondo cui, invece, l'art. 191 c.p.p. avrebbe un'operatività limitata alla fase dedicata all'acquisizione delle prove è sostenuto sull'assunto secondo cui l'art. 491 comma c.p.p., al suo secondo comma, preclude la possibilità di proporre questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento se non proposte subito dopo aver compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti<sup>128</sup>. Eppure, ciò non è sufficiente affinché possa accettarsi una tale conclusione, soprattutto in virtù del dettato normativo dell'art. 431 c.p.p., il quale preclude all'attività di formazione del fascicolo di condizionare il regime di utilizzazione della prova, posto che gli atti ivi contenuti possono essere utilizzati solo e soltanto tramite la loro lettura ex art. 511 c.p.p. (avente come presupposto l'osservanza delle regole dettate dall'art. 431 c.p.p.)<sup>129</sup>. Del resto, il codice di rito non esclude la possibilità di utilizzare i risultati conoscitivi esclusi come fondamento e spunto investigativo per ulteriori indagini.

## **5.2. Gli ambiti di eccezione nel giudizio di appello e cassazione**

Si rende necessaria breve introduzione ai due mezzi di impugnazione. Le impugnazioni rappresentano un importante strumento processuale, il quale svolge la funzione di soddisfare un duplice interesse: un interesse delle parti processuali ed un interesse generale al corretto esercizio del potere giurisdizionale. I due mezzi di gravame in esame sono, rispettivamente, sulla base del criterio oggettivo del sindacato del giudice dell'impugnazione, un'impugnazione di merito (categoria che dà origine a giudizi nei quali vengono ad esser oggetto di valutazione del giudice profili di fatto e di diritto della vicenda processuale) e di legittimità (il quale permette di instaurare un giudizio avente ad oggetto solo ed esclusivamente la valutazione dei profili di diritto). Ciò che interessa maggiormente in questa sede è una seconda classificazione delle impugnazioni, basata sull'estensione del sindacato del soggetto chiamato a decidere sull'impugnazione (i cd. limiti devolutivi). In particolare, lo strumento dell'appello e del ricorso per cassazione appartengono alla categoria dei cd. mezzi di impugnazione parzialmente devolutivi, i

---

<sup>128</sup> Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, n. 36747; Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, G.P., n. 258908; Cass., Sez. I, 3 marzo 2005, Baldassarre, n. 231571

<sup>129</sup> In tale prospettiva, F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 105.

quali attribuiscono al giudice dell'impugnazione il potere di sindacare la decisione impugnata entro i limiti delle doglianze prospettate dalle parti<sup>130</sup>. La previsione di un regime di rilevabilità «anche di ufficio» e «in ogni stato e grado del procedimento» permette di sottrarre la denunciabilità del vizio ai limiti devolutivi dei mezzi di gravame<sup>131</sup>. Per quanto attiene al giudice d'appello, questo è tenuto a verificare se la sentenza al suo giudizio esposta sia in grado di mantenere la sua conformazione strutturale pur se fondata sulla prova ritenuta illegittima e, in caso di esito negativo, dovrà riformare il provvedimento<sup>132</sup>. Medesima verifica è da operare in sede di legittimità che, accertata l'esistenza di una prova viziata tra quelle acquisite al procedimento, deve valutare il grado di resistenza della decisione<sup>133</sup>. Ciò in virtù del dettato normativo dell'art. 606 lett. c) c.p.p., il quale inserisce tra i motivi di ricorso per cassazione l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità ed inutilizzabilità. Trattandosi di *error in procedendo*, configurabile quando il giudice erri nell'applicare una legge processuale (a meno che si determini una mera irregolarità), la Cassazione, a fronte dell'inutilizzabilità di un atto viziato, provvede ad annullare la sentenza nell'ipotesi in cui quella determinata prova abbia influenzato la decisione<sup>134</sup>.

### 5.3. L'inutilizzabilità nei giudizi successivi alla Cassazione

Un panorama più complesso, con riferimento alla rilevabilità del vizio dell'inutilizzabilità si ha con riferimento ai giudizi successivi a quello di cassazione, soprattutto in virtù dell'assenza di una qualsiasi forma di sanatoria, contrariamente a quanto accade per la nullità, e con riguardo alle ipotesi in cui l'invalidità infici attività probatorie compiute nel corso dei precedenti giudizi. Ad alimentare maggiormente le perplessità vi è da considerare che alcune procedure successive alla Cassazione risultano attivarsi come

---

<sup>130</sup> Secondo il brocardo *tantum devolutum quantum appellatum* in riferimento all'appello, si parla di effetto devolutivo, nel senso che la causa devoluta alla cognizione del secondo giudice ha lo stesso oggetto del giudizio di primo grado, nei limiti dei capi e dei punti della sentenza impugnata. L'effetto devolutivo non è automatico: per il principio della domanda, tutte le domande ed eccezioni proposte in primo grado devono essere espressamente riproposte in appello, intendendosi, in mancanza, rinunciate. Non sono ammesse domande nuove, né tantomeno sono proponibili nuove eccezioni. Il giudice decide su tutte le questioni astrattamente ipotizzabili in ordine al punto impugnato, in quanto oggetto dell'appello sono i punti della decisioni e non i motivi, come invece accade nel ricorso di cassazione.

<sup>131</sup> In tal senso F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 108 ss.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*. La Cassazione annulla la sentenza con rinvio perché il giudice di merito verifichi la resistenza del ragionamento giudiziale all'elisione del fatto probatorio inutilizzabile; senza rinvio qualora risulti l'esigenza del proscioglimento immediato ex. art. 129 c.p.p.



conseguenza diretta del provvedimento di annullamento, mentre altre necessitano dell'iniziativa di parte, la cui domanda viene ad essere oggetto di un giudizio di ammissibilità. Trattandosi di un momento processuale dedicato alla verifica della decisione adottata, è essenziale svolgere un'attività di valutazione dell'intero bagaglio conoscitivo e, sulla base del presente assunto, appare pacifico considerare illogica l'applicazione del limite del giudicato, impedendo in tal modo la rilevazione delle inutilizzabilità realizzatesi nelle fasi pregresse del procedimento<sup>135</sup>. Si procederà, di seguito, ad un'analisi dei diversi istituti.

### **5.3.1. Il giudizio di rinvio**

L'annullamento con rinvio si rende necessario nelle ipotesi in cui la Corte di cassazione non sia posta nella condizione di concludere l'esame del ricorso con il solo giudizio rescindente, dovendo la stessa investire il giudice di merito della cd. fase rescissoria, a conclusione della quale verrà emessa una nuova pronuncia destinata a sostituire quella annullata dalla corte. Il giudizio di rinvio, dunque, trae la sua origine dal provvedimento della Cassazione e si configura come fase solo eventuale disciplinata dall'art. 627 c.p.p., il quale al suo quarto comma impone un limite valutativo: «non possono proporsi nel giudizio di rinvio nullità anche assolute o inammissibilità, verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari». La terminologia utilizzata e, in particolare, l'assenza di alcuno specifico richiamo alla figura dell'inutilizzabilità permette di asserire che quest'ultima risulti essere esclusa dai margini dettati dall'art. 627 c.p.p., sebbene a condizione che «sul punto non vi sia formato il giudicato parziale» ex. art. 624 c.p.p.<sup>136</sup>. Ciò che viene maggiormente in rilievo è la scelta del legislatore di sottolineare, ancora una volta, la distinzione tra le due distinte figure dell'inutilizzabilità e della nullità, rendendo la prima deducibile oltre il *devolutum*. Sarebbe, conseguentemente, del tutto illogico ritenere che il limite operativo dell'art. 627 c.p.p. si estenda anche alle ipotesi di inutilizzabilità in virtù del richiamo al principio del limite del giudicato, il quale conferisce definitività alle pronunce della Cassazione che coprono il dedotto ed il deducibile, in quanto tale accezione celerebbe dietro il rispetto dei principi generali della materia processuale penale la violazione di un ulteriore ed importante caposaldo: il

---

<sup>135</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 108 ss.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

divieto di analogia in *malam partem*<sup>137</sup>. Il giudicato penale riveste un ruolo a dir poco centrale nell'ordinamento, costituendo lo stesso «l'essenza della decisione terminativa del giudizio, contenuta in un provvedimento giurisdizionale avente carattere di sentenza di proscioglimento o di condanna ovvero di decreto di condanna, divenuti irrevocabili»<sup>138</sup>. Rilevante riferimento al giudicato si ha nelle ipotesi contemplate dall'art. 624, comma 1, c.p.p., disciplinante l'annullamento parziale della sentenza. Se la Corte di cassazione pronuncia l'annullamento solo parziale delle disposizioni contenute nella sentenza, quest'ultima acquisisce valore di cosa giudicata esclusivamente nelle parti che non hanno connessione alcuna con la parte annullata. Con riferimento al termine «parti», si deve prendere in considerazione la distinzione tra capi e punti della sentenza: si definisce «capo di sentenza» ogni singola statuizione presa con riguardo ad uno dei reati attribuiti all'imputato, sì da considerare lo stesso come un atto tale da poter costituire anche da solo il contenuto di una sentenza; per «punto della decisione» si deve intendere la tematica generale che il giudice deve affrontare per ottenere una decisione completa su un singolo capo e, dunque, in argomenti di fatto o di diritto oggetto di trattazione. Il quesito che giurisprudenza e dottrina si sono poste si riferisce alla possibilità di comprendere con l'espressione *res iudicata* non solo i capi della sentenza, ma bensì anche i punti contenuti nella stessa. Le Sezioni unite nella sentenza Tuzzolino, 19 gennaio 2000, n.1°, sono intervenute nel merito della questione<sup>139</sup>. Dopo essersi riconosciuta l'autorità di cosa giudicata ai punti della decisione, la Corte ha precisato che per “giudicato” «non si intende riferire né al giudicato sostanziale né all'idoneità della decisione di essere posta in esecuzione, ma bensì soltanto all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione»<sup>140</sup>.

### 5.3.2. Il ricorso straordinario per errore di fatto

Anche il mezzo di gravame in esame è stato a lungo oggetto di dibattito tra la giurisprudenza e la dottrina con riguardo alla possibilità di rilevare il vizio dell'inutilizzabilità che ha inficiato l'atto processuale nelle fasi precedenti. Occorre premettere alcune brevi considerazioni sull'istituto. Il suddetto ricorso rappresenta

---

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1972, p. 573.

<sup>139</sup> Cass. pen. Sez. Un., 19 gennaio 2000, n. 1, Tuzzolino, in *Altalex*.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

un mezzo di impugnazione straordinario atto ad emendare gli errori del giudice di legittimità e previsto esclusivamente a favore del condannato, nell'ambito dei quali si possono distinguere: errori materiali, vizi estetici che, senza incidere sul processo logico e volitivo della decisione giudiziale, determinino un divario fra la volontà del giudice e la materiale rappresentazione grafica della stessa (es. l'indicazione, tra i componenti del collegio, di un magistrato in luogo o di un altro); errori di fatto, il vizio causato da una svista in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni del giudizio e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà del giudice. Punto cardine dal quale è opportuno prendere le mosse è l'irrevocabilità della sentenza come formulata nel dettato normativo dell'art. 648 c.p.p.: si definiscono, ai sensi del primo comma della predetta disposizione, «irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione». L'argomento in esame viene ad essere completato con la lettura degli artt. 649 e 650 c.p.p., rispettivamente rubricati «divieto di un secondo giudizio» e «esecutività delle sentenze e dei decreti penali». Una questione di diritto che emerge con chiarezza è come la rilevazione del vizio dell'inutilizzabilità possa conciliarsi con il principio del *ne bis in idem* e dell'esecutività e conseguente irrevocabilità della sentenza. In particolare, non si è in presenza di una deroga ai suddetti principi, ma si dovrebbe parlare, piuttosto, di una specificazione simile a quella del secondo comma dell'art. 648 c.p.p., il quale precisa il momento dell'irrevocabilità: «se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso»<sup>141</sup>. A sostegno, il dato letterale dell'art. 625-bis c.p.p., il quale prevede che la Corte, se ritiene di accogliere la richiesta, adotta i provvedimenti necessari a correggere l'errore. Seppur limitatamente all'errore materiale, dunque, è pacifico affermare la rilevabilità del vizio in sede di ricorso straordinario anche con riferimento agli effetti tipici del ricorso straordinario. Difatti, conseguenza diretta è la riapertura del procedimento, con la possibilità di eccepire i vizi verificatisi nelle fasi precedenti e le questioni rilevabili «in ogni stato e grado del procedimento», tra cui figura il vizio dell'inutilizzabilità così come disciplinato ex art. 191 c.p.p. Sebbene la riapertura in esame si possa realizzare in momenti diversi a seconda dell'errore denunciato, ciò non pare incidere sulla rilevabilità del vizio, poiché i motivi posti a fondamento del ricorso

---

<sup>141</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 122 ss.

straordinario possono riguardare questioni già decise (a differenza dell'istituto della revisione).

### **5.3.3. L'incidente di esecuzione**

A diverse conclusioni deve pervenirsi con riguardo all'istituto dell'incidente di esecuzione, a seconda del segmento cronologico a cui si riferisce il vizio dell'inutilizzabilità: non vi sarà spazio per la rilevabilità del vizio nell'ipotesi in cui l'inutilizzabilità di una prova si realizzi antecedentemente all'invalidazione del titolo, alla validazione della sentenza o alla restituzione nel termine, in quanto sussiste un giudicato e manca una decisione sul merito della *res giudicanda*; se, invece, il vizio si realizza successivamente, essendo rimosso l'effetto preclusivo del giudicato, il vizio stesso potrà e dovrà essere rilevato<sup>142</sup>. Inoltre, si può sostenere la possibilità di rilevare il vizio anche nel procedimento di esecuzione, nel quale il giudice d'esecuzione ed il magistrato di sorveglianza possono assumere le prove necessarie per la decisione ex. art. 666, comma 5, c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p.<sup>143</sup>.

### **5.3.4. La revisione**

Con riguardo al rimedio revocatorio, la rilevabilità dell'inutilizzabilità viene alla luce solo con riferimento all'ipotesi in cui l'atto viziato entri nel fondamento giustificativo della *causa petendi*. Instaurandosi un nuovo processo fondato sui medesimi fatti, la valutazione della prova deve essere operata non solo sulla «nuova» prova, ma questa si combina necessariamente a quelle preesistenti al nuovo processo<sup>144</sup>. Come naturale conseguenza, il giudice sul nuovo bagaglio conoscitivo, comprensivo della «nuova» prova e di quelle preesistenti alla nuova instaurazione, riacquista la signoria valutativa. La giurisprudenza di legittimità, intervenendo nel merito, ha eliminato qualsivoglia distinzione tra la prova *noviter reperta* e *noviter producta*, comprendendo nel primo gruppo di norme quelle sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna, quelle scoperte successivamente ad essa, quelle non acquisite nel precedente giudizio e quelle acquisite ma non valutate neanche implicitamente, a condizione che le stesse non siano state ritenute superflue od

---

<sup>142</sup> *Ibidem.*

<sup>143</sup> *Ibidem.*

<sup>144</sup> *Ibidem.*

inammissibili da parte del giudice<sup>145</sup>. L'assunto secondo cui della prova inutilizzabile ma posta a fondamento della decisione, risulta essere preclusa ogni valutazione è illogico, dal momento che, una volta ammesso il giudizio revocatorio, quella prova potrà essere oggetto di valutazione<sup>146</sup>. Assume rilevanza anche la prova negativa della colpevolezza, poiché il giudice investito della richiesta «è chiamato a verificare l'idoneità degli assunti difensivi ad incidere sull'efficacia del pregresso giudicato di condanna, anche nella prospettiva di un proscioglimento dell'imputato per insufficienza, incertezza o contraddittorietà dell'originario quadro accusatorio»<sup>147</sup>.

### **5.3.5. La revoca delle sentenze per *abolitio criminis***

Ulteriore rimedio revocatorio viene ad essere disciplinato dall'art. 673 c.p.p., il quale stabilisce che «nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti». Anche con riferimento al rimedio in esame, sembrerebbe concludersi in modo analogo a quanto sinora esposto: è necessario valutare tutti gli elementi della fattispecie abrogata, in quanto, le ipotesi abrogative non sono sempre chiare da distinguere. Si potrebbe parlare, difatti, di abrogazione tanto quanto di successione di norme<sup>148</sup>. In particolare, nell'ipotesi di «continuità d'illecito», la quale la valutazione sulla sussistenza del fenomeno abrogativo viene condotta, piuttosto che sugli elementi strutturali della fattispecie, sull'imputazione, facendo riaffiorare criteri di valutazione ed utilizzazione delle prove fatti propri dalla sentenza revocanda<sup>149</sup>. Essendo *ratio* della norma in esame l'ineseguibilità dei provvedimenti venuti meno, cui necessariamente deve seguire il ripristino dello *status quo ante* in virtù del principio di retroattività della legge più favorevole al reo, la preclusione al giudice dell'esecuzione

---

<sup>145</sup> *Ibidem*. V. anche Cass. pen., Sez. U., 26 settembre 2001, n. 461, Pisano, in *Foro it.*, 2002. Emerge chiaramente l'omogeneità del materiale probatorio su cui deve fondarsi la valutazione conseguente all'ammissione dei rimedi revocatori del giudicato.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 12 maggio 2004, Contema, in *Riv. it. dir.e proc. pen.*, 2005, 679, con nota di D'ALESSANDRO, *L'oltre ragionevole dubbio nella revisione del processo*.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

del potere di rivalutazione del fatto non esclude la possibilità di rivalutare i criteri di utilizzazione e valutazione della prova applicata dalla sentenza soggetta a revoca<sup>150</sup>.

## **6. L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni**

Come illustrato nel capitolo precedente, secondo il codice abrogato, l'inutilizzabilità era riconosciuta come regola generale di esclusione e, mancando una specifica disciplina, risultava spesso attratta nella categoria della nullità. Difatti, la figura dell'inutilizzabilità veniva in rilievo in particolar modo con riferimento alla disciplina relativa alle intercettazioni, sul cui tema è stata di rilevante importanza la pronuncia n. 34/1973 della Corte costituzionale, nella quale i giudici della Corte hanno affermato il principio secondo cui «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»<sup>151</sup>. Si tratta di una materia, quella delle intercettazioni, che riveste un ruolo a dir poco fondamentale nell'ordinamento interno, soprattutto in virtù della capacità di tale strumento di dar luogo a risultati investigativi di straordinaria efficacia<sup>152</sup>. Appare opportuno ricordare che con la legge costituzionale n.2/1999, introducendo con la novella dell'art. 111 Cost. il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ha profondamente innovato il sistema del processo penale: si tratta di un radicale cambiamento che segna il passaggio da un sistema neutro rispetto al tema della formazione della prova ad un nuovo modello fondato su specifici principi costitutivi<sup>153</sup>. Effetto coerente della centralità del predetto principio è stata la posizione recessiva che ha assunto il cd. principio della non dispersione delle fonti di prova, come affermato nella sentenza n. 32/2002 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 195, co. 4, c.p.p. nella parte in cui prevede che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni con le modalità di cui art. 351 e 357, co. 2, lett. a) e b), c.p.p.<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Corte cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973

<sup>152</sup> E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, in *Teoria pratica del diritto*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, 133, Milano, 2004, p. XV ss.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> Corte cost., sent. 14-26 febbraio 2002, n. 32, in *Cass. pen.*, 2002, 1932.

Ciò comporta, dunque, l'impossibilità di recuperare quei contenuti dichiarativi che non trovino una conferma dibattimentale per valutazioni soggettive del dichiarante (ad eccezione dei casi di impossibilità oggettiva di ripetizione della dichiarazione o di provata condotta illecita). Tale mutamento dei principi che dominano la formazione della prova penale ha condizionato, difatti, anche gli assetti della fase procedimentale in senso stretto: rispetto alla possibile gamma degli atti di indagine cui il pubblico ministero può attingere per la verifica della fondatezza della notizia di reato, prevale l'impiego di quelli che consentono di introdurre direttamente nel processo elementi probatori utili ai fini della decisione del giudice, ossia i cd. atti irripetibili, quali gli atti di ispezione, sequestro e le intercettazioni di comunicazioni o conversazione<sup>155</sup>. Sono ormai noti anche alla cronaca i sempre più frequenti impieghi del captatore informatico da parte delle autorità inquirenti nella loro attività di indagine<sup>156</sup>. È lapalissiano che si tratti di uno strumento in grado di insidiarsi nella sfera più intima dell'individuo, da un lato, ed essere particolarmente efficace in termini investigativi, dall'altro<sup>157</sup>. Lo sviluppo tecnologico e l'impiego di strumenti informatici, quali, ad esempio, il c.d. *trojan horse*, od il captatore informatico, è stato oggetto di un'importante pronuncia del Supremo Collegio, quale la sentenza n. 31604/2020, soprattutto in virtù della difficoltà riscontrate nel qualificare determinate metodologie investigative nel novero delle prove non disciplinate dalla legge, ovvero nei modelli espressamente previsti dal codice di rito, nonché per quanto attiene alla verifica circa la compatibilità dello strumento con l'esigenza di tutelare la libertà morale del soggetto ex. art. 188 c.p.p.<sup>158</sup>. Nella pronuncia in esame i giudici della Corte hanno affermato che «il captatore informatico deve essere considerato come uno strumento messo a disposizione dalla moderna tecnologica per poter svolgere le intercettazioni ambientali. (...) Il suo utilizzo nei limiti stabiliti dalla legge fa sì che esso non possa essere considerato come una prova atipica né, tanto meno, un aggiramento delle regole

---

<sup>155</sup> E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, in *Teoria pratica del diritto*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, 133, Milano, 2004, p. XV.

<sup>156</sup> A. C. RUSSO, in nota a Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2020, n. 31604. Tra tutti si ricorda l'inchiesta perugina che ha coinvolto il DOTT. PALAMARA e gli Onorevoli LUCA LOTTI e COSIMO FERRI; per un'analisi critica della vicenda cfr. A. CHIRICO, *I trojan, un cortocircuito del diritto*, in *Il Foglio*, 12 giugno 2019; L. FILIPPI, *La nuova disciplina delle intercettazioni. Il nuovo "Cavallo di Troia"*, in *Penale: Diritto e Procedura*, Pisa, 12 agosto 2020, nt. 2, consultabile online al seguente link: [www.penedp.it](http://www.penedp.it).

<sup>157</sup> Cfr. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *OneLegale*, 2013; F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 11, 2016, 4140.

<sup>158</sup> Cass. 20 settembre 2020, n. 31604.

concernenti le prove tipiche. (...) Pertanto, non può ritenersi che il *trojan* possa inquadrarsi tra i metodi o le tecniche idonee ad influire sulla libertà di autodeterminazione, non essendo in grado di manipolare o forzare l'apporto dichiarativo del soggetto intercettato»<sup>159</sup>. Il legislatore non è rimasto indifferente dinnanzi alle esigenze di contemperamento dei molteplici interessi costituzionali che vengono in gioco nella disciplina delle intercettazioni, tipizzandone presupposti applicativi e cause di inutilizzabilità, i quali costituiscono un argine contro le lesioni ai diritti garantiti dalla Carta costituzionale.

### **6.1. Definizione e presupposti**

La materia delle intercettazioni è disciplinata dal codice di rito, al capo IV del titolo III, dedicato ai mezzi di ricerca della prova, del libro III in materia di prove, ed al capo IV, rubricato «intercettazioni di comunicazioni o conversazione». Va preliminarmente sottolineato che il legislatore non definisce esplicitamente la nozione di intercettazione. La dottrina, all'adozione del codice del 1988, le definiva una delle forme di ricerca della prova attualmente più in uso, sottolineando come l'intercettazione di conversazioni telefoniche «consiste in un'operazione tecnica che prevede l'inserimento presso gli impianti della SIP (Società Italiana per l'Esercizio delle Telecomunicazioni) di una apparecchiatura denominata traslatore in dotazione agli uffici in numero limitato e controllato, che consente, agendo come una sorta di doppia presa elettrica di sdoppiare la linea telefonica portando una derivazione in locali dove sia possibile ascoltare e registrare le comunicazioni», mentre, «per quanto riguarda le altre forme, deve farsi riferimento alla possibilità di intercettare le telescriventi (con idonee attrezzature), le conversazioni attraverso radio-telefono e gli apparecchi telefax»<sup>160</sup>. Si è anche sostenuto che vi sarebbe intercettazione «solo laddove vi sia un terzo, che avvalendosi di strumenti meccanici o elettronici e all'insaputa degli interlocutori, o per lo meno di uno fra essi, prende conoscenza di comunicazioni a carattere riservato»<sup>161</sup>. La nozione di intercettazione è stata oggetto di rilevanti pronunce, anzitutto della Corte di Cassazione a sezioni unite, le quale, nella sentenza n. 36747/2003, ha affermato che «le intercettazioni regolate dagli

---

<sup>159</sup> Cass. 20 settembre 2020, n. 31604, cit.

<sup>160</sup> M. BORGABELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Casa editrice Giappichelli editore, Torino, 2013, p. 1. Sul punto anche E. TUREL, G. BUONOCORE, *Il nuovo rito penale. Manuale pratico-operativo di procedura penale*, Casa editrice Missio, Udine, 1989, p. 220

<sup>161</sup> A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit, p. 23



artt. 226 ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato», enunciando il principio per cui «la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa»<sup>162</sup>. Sulla scorta del principio di diritto sancito dalle Sezioni unite, i giudici della I Sezione nella sentenza n. 6297/2009 hanno affermato che: «non costituisce intercettazione e quindi non è soggetta al regime di autorizzazione proprio di questa la registrazione di un colloquio che un interlocutore esegua, anche all'insaputa degli altri partecipi alla conversazione, a fini di memorizzazione fonica di esso»<sup>163</sup>. Dopo gli interventi sinora illustrati, ulteriore esigenza è stata l'individuazione di specifici requisiti affinché una captazione clandestina di conversazioni possa essere definita tecnicamente intercettazione, i quali sono<sup>164</sup>:

- a) La segretezza dell'operazione;
- b) L'utilizzo di strumenti di percezione idonei ad eludere le cautele elementari;
- c) La terzietà;
- d) La clandestinità del soggetto captante rispetto alla conversazione intercettata.

I giudici della Corte di cassazione, nel merito della questione, hanno stabilito nella pronuncia n. 16130/2002 che «gli artt. 226 ss. c.p.p. disciplinano unicamente le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra persone. (...) Tali norme, pertanto, non sono applicabili alla localizzazione nello spazio degli individui, anche se effettuata

---

<sup>162</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 28 maggio 2003, n. 36747

<sup>163</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. 10 dicembre 2009, n. 6297

<sup>164</sup> P. TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 269. Sul punto, anche L. FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 568

con nuove tecnologie, come ad esempio i controlli satellitari a mezzo Gps. (...) Ne consegue che l'esecuzione di questi ultimi non deve essere previamente autorizzata»<sup>165</sup>.

## **6.2. Limiti di ammissibilità delle intercettazioni telefoniche**

Trattandosi, quello delle intercettazioni, di uno strumento tanto efficace quanto invasivo della sfera privata del soggetto indagato, il legislatore ha individuato dei limiti soggettivi ed oggettivi per il loro impiego. Quanto al primo profilo, possiamo distinguere:

- a) *I limiti soggettivi alla esecuzione di operazioni di intercettazione telefonica nei riguardi dei parlamentari.* La materia delle intercettazioni delle conversazioni cui prendano parte membri del Parlamento è stata oggetto di longeva discussione, conclusasi nella formulazione della L. 140/2003 (nota come Lodo Meccanico-Schifani), attraverso la quale è stata data attuazione all'art. 68 Cost., il quale subordina l'impiego dello strumento all'autorizzazione della Camera di appartenenza del soggetto<sup>166</sup>. L'autorità giudiziaria deve, dunque, inoltrare una richiesta di autorizzazione nella quale deve essere enunciato il fatto per cui si procede, con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, fornendo alla Camera anche gli elementi su cui si fonda il provvedimento emesso e, laddove la Camera dovesse essere sciolta, la richiesta in esame perde efficacia a decorrere dall'inizio della successiva legislatura e, in presenza delle condizioni richieste, può essere rinnovata e presentata alla Camera competente all'inizio della nuova legislatura.

Qualora le intercettazioni siano eseguite nei confronto di terzi e coinvolgano casualmente il parlamentare (Corte cost., n. 114 del 2010), nell'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari ritenga la irrilevanza delle intercettazioni effettuate, al fine di tutelare la riservatezza dei soggetti interessati, lo stesso può disporre la distruzione dei verbali e delle registrazioni, a norma dell'art. 6 della legge citata. Contrariamente, se le parti dovessero indicare quelle intercettazioni o talune di esse ai fini dell'acquisizione, previa trascrizione, agli atti del procedimento, il giudice per le indagini preliminari, riconosciutane la rilevanza e

---

<sup>165</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. 27 febbraio 2002, n. 16130

<sup>166</sup> L. 20 giugno 2003, n. 140. Sul punto E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, in *Teoria pratica del diritto*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, 133, Milano, 2004, p. 72 ss.

l'utilità dei risultati ai fini processuali, deve inoltrare entro dieci giorni direttamente alla Camera cui appartiene o apparteneva il parlamentare una richiesta di autorizzazione, nella quale il GIP deve enunciare il fatto per il quale è in corso il procedimento, nonché le norme di legge che si intendono violate e gli elementi sui quali la richiesta si fonda, alla quale deve allegare copia integrale dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni, ovvero dei tabulati di comunicazioni acquisita. Non è previsto alcun termine entro il quale il Parlamento deve decidere sulla richiesta di autorizzazione. In caso di diniego, la documentazione è distrutta immediatamente e comunque non oltre i dieci giorni dalla comunicazione. L'inosservanza di tali disposizioni comporta la inutilizzabilità assoluta di tutti i verbali e di tutte le registrazioni delle intercettazioni, nonché dei tabulati di comunicazione, sanzione che deve essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento<sup>167</sup>. Diversa è l'ipotesi del soggetto che non riveste ancora quella carica e che viene successivamente eletto come parlamentare, poiché le risultanze probatorie di tali attività sono pienamente utilizzabili, mentre dopo l'elezione ogni attività di indagine rientrante nel novero di quelle indicate dalla L. n. 140/2003 vanno sospese con instaurazione del procedimento di autorizzazione;

- b) *I limiti soggettivi alla esecuzione di operazioni di intercettazione telefonica nei riguardi dei difensori.* L'art. 103 c.p.p. al suo quinto comma stabilisce che «non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite». Sebbene dal tenore letterale della disposizione emerga l'assolutezza del divieto, questo appare operare anche nel caso in cui l'attività difensiva concerna un procedimento diverso da quello in cui è disposta l'intercettazione, ma non viene a comprendere indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi abbia la qualità di difensore e per il solo fatto di tale qualifica, bensì solo le conversazioni che attengono alla funzione difensiva in quanto tale,

---

<sup>167</sup> Per ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2003, 1217, la soluzione di inutilizzabilità impedirebbe anche l'impiego delle intercettazioni come *notitia criminis*.

attinenti al segreto professionale<sup>168</sup>. Sul punto è emerso in giurisprudenza, nella pronuncia Ricciotti del 2003, come ulteriore conseguenza del collegamento fra il divieto in esame e l'esercizio delle funzioni difensive, che «la sanzione dell'inutilizzabilità non presuppone l'esistenza di una nomina formale del difensore, a norma dell'art. 96 c.p.p., ma dipende esclusivamente dalla natura della conversazione intercettata, così come verificabile a posteriori»<sup>169</sup>. Nella sentenza in esame è stata ritenuta l'inutilizzabilità delle intercettazioni delle conversazioni telefoniche intercorse tra il ricorrente ed il difensore da lui nominato in funzione preventiva a norma dell'art. 391-*nonies* c.p.p.

Spostando l'attenzione sul profilo oggettivo, il legislatore ha dettato regole ordinarie in materia di ammissibilità delle operazioni di intercettazione telefonica, rinvenibili nell'art. 266 c.p.p., rubricato «limiti di ammissibilità». La disposizione in esame detta, anzitutto, dei limiti oggettivi in merito alla possibilità di procedere alle predette operazioni, stabilendo al suo primo comma che l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:

- a) Delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni;
- b) Delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni;
- c) Delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;
- d) Delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;
- e) Delitti di contrabbando;
- f) Reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato;
- g) Delitti previsti dall'art. 600-ter, co. 3, c.p.p.;

---

<sup>168</sup> La Corte di Cassazione ha ribadito in diverse pronunce che l'art. 103, co. 5, c.p.p. nel vietare le intercettazioni o comunicazioni dei difensori, mirando a garantire l'esercizio del diritto di difesa, ha ad oggetto le conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende a tutte le conversazioni che si effettuano nel domicilio del difensore indipendentemente dal loro nesso con la funzione esercitata né a quelle conversazioni che integrano esse stesse reato. Sul punto, Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2001, p.m., in proc. Ghini, in *Dir. Pen. e proc.*, 2002, 227, con nota di BRUNO; Cass. pen., 2001, n. 3456, con nota di FILIPPI, *Un'inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*.

<sup>169</sup> Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2003, Ricciotti, inedita.

h) Delitto previsto dall'art. 612-bis c.p.p.;

Delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dell'art. 416-bis c.p.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

Inoltre, l'art. 271 c.p.p. stabilisce che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano eseguite fuori dei casi previsti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, co. 1 e 3, c.p.p. La *ratio* della disposizione va individuata in quanto ha affermato la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 34/1973, nella quale i giudici della Corte hanno ritenuto che non solo nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute, ma era inoltre auspicabile che la legge predisponesse un compiuto sistema per l'eliminazione del materiale non pertinente<sup>170</sup>. Attraverso la previsione di cui all'art. 271 c.p.p., il legislatore ha inteso sottrarre la valutazione della sussistenza della sanzione dell'inutilizzabilità a criteri empirici ed interpretativi, introducendo una norma che si pone in rapporto di specie a genere rispetto all'art. 191 c.p.p.<sup>171</sup>. Appare opportuno precisare che la sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 271 c.p.p. non può essere dilatata sino a comprendere l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 89 disp. att., non essendo tale norma espressamente richiamata dall'art. 271 c.p.p. Pertanto, non può dedursi l'inutilizzabilità delle intercettazioni sul presupposto che uno dei verbali delle operazioni non rechi l'indicazione dei nominativi delle persone che hanno preso parte alle

---

<sup>170</sup> Corte Cost., sent. 6 Aprile 1973, n. 34 cit.

<sup>171</sup> Sul tema, AV.VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di MAZZA, Torino, 2018; AV.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra, ORLANDI, Torino, 2018; APRILE, SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano, 2004; BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002; BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana, le prospettive di riforma*, in *CP*, 2009, 4023; BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Digesto pen.*, III, Torino, 2005; BARGI, FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, II, Torino, 2008; BERTOSSI, *Intercettazioni ambientali e tutela della libertà domiciliare*, in *DPP*, 2004, 869; BOZZOLINI, *Le nuove tecniche di captazione e gli standard di legittimità europei*, in *AP*, 2017; BRICHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Gdir*, 2006, 47; BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Digesto pen.*, VII, Torino, 1993; BUZZELLI, *Le nuove intercettazioni tra selettività arbitraria e ridimensionamento delle garanzie difensive*, in *MediaLaws*, 2018; CAMON, *Primi appunti sul procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, *AP*, 2018; Id., *Intercettazioni e fuga di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *AP*, 2017; Id., *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *ANPP*, 2017; Id., *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; CAPRIOLI, *Il captatore informatico come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. brasileira dir. proc. penale*, 2017; Id., *Riprese vive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *GiC*, 2002; CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *DPCCont.*, 2017; DINACCI, *Punti fermi in tema di intercettazioni telefoniche*, in *GI*, 1996, 69; Id., *L'irrilevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *GI*, 1994, 67.

operazioni stesse, ma soltanto una sigla riconducibile alle medesime apposta in calce al verbale<sup>172</sup>.

### **6.3. L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni ed il valore dimostrativo delle dichiarazioni registrate**

Il codice di procedura penale contiene una serie di disposizioni specificamente volte a consentire l'utilizzo, dal punto di vista probatorio, delle risultanze conseguite mediante le intercettazioni telefoniche. Tuttavia, l'esame delle norme in considerazione deve essere preceduto da alcune osservazioni preliminari. Si ritiene comune alla esperienza di tutti la circostanza per cui il pubblico ministero dispone di una sostanziale quantità di verbali, dei quali non è agevole la lettura complessiva, e frequentemente possono sfuggire utili risultanze che, prima facie, potrebbero essere state totalmente ignorate dalla polizia giudiziaria operante e ad accrescere le difficoltà relative alla lettura delle suddette, vi è la circostanza per cui talvolta i verbali di intercettazioni vengono trasmessi dalla polizia giudiziaria all'ufficio del pubblico ministero con ritardo<sup>173</sup>. Illustre dottrina ritiene, inoltre, che si possa profilare una regola di ordine pratico per la quale la utilizzazione delle intercettazioni telefoniche richiede una conoscenza sistematica delle relative risultanze investigative, che a sua volta postula una organizzazione preliminare dei dati ottenuti, ciò in virtù del fatto che vi è l'elevata possibilità che una mera allegazione e lettura dei verbali di intercettazione non consenta di avere un quadro esaustivo e completo di tutte le risultanze così ottenute<sup>174</sup>. Fulcro della predetta organizzazione è da rinvenirsi nella figura del pubblico ministero, il quale dovrà avere sempre il diretto e costante controllo sulle attività di intercettazione. Per la materia, dunque, risultano essenziali due distinti profili: una tempestiva e costante conoscenza da parte del pubblico ministero delle risultanze ottenute, nonché la materiale organizzazione dei dati derivanti dalle intercettazioni telefoniche. Generalmente, i verbali di intercettazione telefonica vengono ad essere trasmessi in ordine cronologico di registrazione delle conversazioni, suddivisi in base alle singole utenze intercettate, al pubblico ministero. In verità, tale metodologia di lettura non appare idonea a cogliere l'effettiva portata dimostrativa degli elementi

---

<sup>172</sup> Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2018, 15472; Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2017, 5197; Cass. pen., Sez. II, 1 marzo 2005, 10881

<sup>173</sup> E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 168 ss.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

probatori raccolti, poiché un'analisi dei verbali condotta in modo burocratico, da intendersi come una lettura meramente cronologica degli stessi ed in un'ottica di separazione delle utenze intercettate, «è quanto di più deleterio possa accadere in una indagine»<sup>175</sup>. Un esempio è dato dall'ipotesi in cui le conversazioni telefoniche riproducano parzialmente azioni criminose, ovvero dialoghi il cui senso risulta volutamente frammentato, nel qual caso risulterebbe necessaria, al fine di ricostruire i fatti, la giustapposizione di più dato probatori, ovvero di più verbali di intercettazione. Una volta individuati i temi di indagine, oppure gli episodi in relazione ai quali le conversazioni appaiano riferibili, sarà utile procedere ad una ricomposizione delle serie dei verbali di intercettazione in base al tema selezionato. Si tratta di un'operazione che deve essere necessariamente svolta da parte del pubblico ministero, quale soggetto consapevole delle notizie di reato oggetto dell'attività istruttoria. La dottrina ha prospettato, ai fini della realizzazione della suddetta organizzazione due distinte metodologie<sup>176</sup>:

- a) *Metodo di tipo materiale*. Si tratta di un sistema consistente nella riproduzione ad opera della polizia giudiziaria, di copia di tutti i verbali di intercettazione e nella loro distinzione e ricollocazione, in ordine cronologico, in distinte cartelle, ognuna corrispondente ad un preciso tema di prova indicato dal pubblico ministero, con la eliminazione materiale dei verbali che appaiano privi di qualsiasi rilevanza. Una volta formati tali fascicoli tematici, sarà opportuno riprodurre gli stessi su supporti informatici sia per incrociare ulteriormente i dati ottenuti, sia per richiamare tali dati in vista di tutti i possibili utilizzi processuali;
- b) *Metodo di tipo informatico*. Tale metodologia consiste nell'impiego di sistemi di registrazione per canali audioanalogici in grado di gestire il collegamento e la registrazione simultanea di più linee. Si tratta di un sistema dotato di un software di supporto che permette di archiviare e di catalogare, sulla base di opportune indicazioni, tutte le conversazioni entranti ed uscenti, avvalendosi di una tabella delle registrazioni del database, unica per tutta l'organizzazione e su di essa è possibile ricercare particolari registrazioni in funzione dei parametri di archiviazione (ad esempio, data ed ora di inizio della conversazione).

---

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

Quanto al valore dimostrativo delle dichiarazioni registrate, nella giurisprudenza di legittimità è pacifico il principio secondo il quale «il contenuto di una intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di terza persona, indicata come concorrente in un reato alla cui consumazione anche uno degli interlocutori dichiara di aver partecipato, non è in alcun senso equiparabile alla chiamata in correità e, pertanto, se va anch'esso attentamente interpretato sul piano logico e valutato su quello probatorio, non va tuttavia soggetto ai canoni di cui art. 192, co. 3, c.p.p.»<sup>177</sup>. La Corte di cassazione ha inoltre ribadito nella nota sentenza Corso del 2001 che «le dichiarazioni non possono avere rilievo probatorio inferiore rispetto alla chiamata in correità che, pur bisognevole di altri elementi che ne confermino la attendibilità, è qualificata dal legislatore quale prova piena»<sup>178</sup>. Gli indizi raccolti nel corso delle intercettazioni telefoniche possono, dunque, costituire fonte diretta della prova della colpevolezza dell'imputato e non devono necessariamente trovare riscontro in altri elementi esterni qualora siano:

- a) Gravi, ossia consistenti e resistenti alle obiezioni, attendibili e convincenti;
- b) Precisi e non equivoci, ossia non generici e non suscettibili di diversa interpretazione altrettanto verosimili;
- c) Concordanti, ossia non contrastanti tra loro e con altri dati od elementi certi<sup>179</sup>.

Di seguito, una disamina dell'eccezione dell'inutilizzabilità delle intercettazioni in ogni stato e grado del procedimento.

### **6.3.1. Le intercettazioni ed il giudizio cautelare**

Non poche problematiche sorgono con riferimento all'eccezione dell'inutilizzabilità nella fase dedicata al giudizio cautelare, soprattutto in virtù delle tempistiche stringenti della suddetta valutazione e del concreto rischio di vedersi colmare, prima del giudizio di merito, le lacune di motivazione eventualmente ravvisabili nei decreti autorizzativi o di convalida. Numerosi sono stati gli interventi del Supremo collegio, il quale si è espresso dapprima nella sentenza n. 16285/2010, nella quale i giudici della Corte hanno affermato che «le pronunce sulla validità e utilizzabilità del mezzo di prova (...) non possono ritenersi vincolanti per il giudice del dibattimento. (...) Qualsiasi decisione adottata in

---

<sup>177</sup> Cass. pen., Sez. V, 14 marzo 2003, Cannatà, in *C.E.D. Cass.*, n. 224527; Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2001, Primerano, *ivi*, n. 218392

<sup>178</sup> Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2001, Corso, in Cass. pen., 2002, 3814

<sup>179</sup> Cass. pen., Sez. IV, 2 aprile 2003, Qehalliu Luan, in *C.E.D. Cass.*, n. 224962



sede cautelare non può travalicarne i limiti fino a giungere a precludere al giudice del dibattimento il potere-dovere di un' autonoma e indipendente valutazione della prova»<sup>180</sup>. È, tuttavia, opportuno precisare che sebbene il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione del 2010 consenta la reiterabilità dell'eccezione proposta in sede cautelare nel giudizio di merito, è doveroso rilevare come possa apparire poco agevole per il giudice *a quo* discostarsi dalle valutazioni svolte in tal pronuncia<sup>181</sup>. Se l'eccezione in esame deve essere proposta, dunque, quest'ultima segue un regime simile a quello delle questioni preliminari al giudizio ordinario, poiché deve essere proposta per la prima volta in sede di riesame e non nel ricorso per cassazione, come affermato dalla medesima Corte nella sentenza n. 39041/2008, nella quale il collegio ha dichiarato: «Non è deducibile per la prima volta con il ricorso per Cassazione avverso il provvedimento del tribunale del riesame confermativo dell'ordinanza cautelare basata sui risultati di intercettazioni telefoniche o ambientali l'inutilizzabilità di tali intercettazioni per difetto di motivazione del decreto di autorizzazione in precedenza non denunciato»<sup>182</sup>. L'eccezione potrebbe anche essere limitata alla mancata trasmissione di parte degli atti al tribunale del riesame, secondo i principi generali previsti dall'art. 309 c.p.p. Si tratta di un principio precisato nella sentenza n. 7350/2008, nella quale il collegio si è espresso in tal senso: la mancata trasmissione al tribunale del riesame dei decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche non inviati in precedenza neanche al GIP non comporta la perdita di efficacia della misura ma, se del caso, solo l'inutilizzabilità degli esiti delle intercettazioni, qualora i decreti stessi siano stati adottati fuori dai casi consentiti dalla legge o in violazione delle disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, co. 1 e 3, c.p.p.<sup>183</sup>. Inoltre, con riguardo alle

---

<sup>180</sup> Cass. pen., Sez. V, sent. 16 marzo 2010, n. 16285. Sul punto, anche Cass. pen., Sez. IV, sent. 4 dicembre 2006, n. 19331, nella quale i giudici della Corte hanno affermato che «le valutazioni in tema di validità e inutilizzabilità della prova, compiute in sede di giudizio incidentale promosso per il riesame di misure cautelari personali, anche se con il vaglio della Corte di Cassazione, non possono ritenersi vincolanti per il giudice del dibattimento (...) questi non può subire limiti e condizionamento su questioni attinenti alla prova, che proprio nel dibattimento si pongono e assumono definitivo rilievo e che solo in sede dibattimentale possono trovare il momento finale, naturale e necessario, di verifica; ciò non potendosi ritenere con riguardo al procedimento cautelare, in considerazione dei peculiari limiti che lo caratterizzano in vista della sua accessoria e specificità».

<sup>181</sup> M. BORGABELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 122

<sup>182</sup> Cass. pen., Sez. V, sent. 1 ottobre 2008, n. 39042

<sup>183</sup> Di tenore analogo giurisprudenza di poco precedente, Cass. pen., Sez. Iv, sent. 24 maggio 2007, n. 42683, nella quale si stabilisce: «la mancata trasmissione al tribunale del riesame dei decreti autorizzativi delle stesse, a suo tempo non trasmessi neppure al GIP, non comporta la perdita di efficacia della misura, giacché il presupposto storico fattuale necessario per la verifica della perdita di efficacia della misura stessa (...) resta rappresentato dall'avvenuta previa presentazione dei criteri medesimi da parte del pubblico ministero al GIP, con la richiesta di misura cautelare; (...) può essere omessa, giacché quelli da presentarsi

patologie processuali dovute al mancato rilascio delle copie degli atti relativi alle intercettazioni, la Corte di cassazione nel 2010 è intervenuta al fine di individuare il regime al qual le medesime sono subordinate<sup>184</sup>. In particolare, i giudici della Corte hanno chiarito quale sia l'organo competente a rilasciare le copie prima della trasmissione del fascicolo al Tribunale delle libertà, affermando che: «la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito (...) alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cd. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, deve essere presentata al pubblico ministero e non al GIP che ha emesso il provvedimento cautelare»<sup>185</sup>. Nell'ipotesi in cui si verifichi una patologia nel procedimento di rilascio delle copie stesse, il Supremo collegio ha stabilito che, laddove richieste dopo la notificazione o esecuzione del provvedimento applicativo della misura, le copie degli atti relativi alle intercettazioni poste alla base della misura stessa devono essere messe a disposizione della difesa entro un termine congruo e «l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del pubblico ministero a consentire l'accesso alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cd. brogliacci di ascolto, dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio ex. art. 178, lett. c), c.p.p., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio»<sup>186</sup>. Conseguentemente, se tale vizio è stato dedotto in sede di riesame ed il Tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di dieci giorni ex. art. 309, co. 9, c.p.p., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio *de libertate*. È onere della difesa eccepire tempestivamente la non conformità del materiale accusatorio richiesto in copia e non ottenuto, oppure ottenuto solo in parte. Per la sesta sezione della Corte di Cassazione, tale nullità deve essere sollevata immediatamente e non può essere proposta per la prima volta in sede di ricorso per Cassazione e, se la nullità in tal modo dedotta viene effettivamente riscontrata, si riverserà sull'ordinanza

---

a norma dell'art. 291 c.p.p. sono gli elementi su cui la richiesta si fonda, per tali dovendosi intendere i risultati della prova e non già gli atti concernenti i mezzi di prova».

<sup>184</sup> Cass. pen., Sez. Un., 22 aprile 2010, n. 20300

<sup>185</sup> *Ivi.*

<sup>186</sup> *Ivi.*

cautelare<sup>187</sup>. Infine, se il vizio viene dedotto avanti al tribunale del riesame e, non essendo stato riconosciuto, viene nuovamente eccepito in sede di ricorso per cassazione, , la Corte dovrà annullare con rinvio, «comportando la dichiarazione di nullità la regressione del provvedimento allo stato in cui è stato compiuto l'atto nullo e la necessità di rinnovazione di quest'ultimo, con emenda dei vizi riscontrati ex. art. 185 c.p.p.»<sup>188</sup>.

### **6.3.2. Le intercettazioni ed il giudizio abbreviato**

La peculiarità dell'istituto consiste nel consentire al Giudice di poter formulare la propria decisione sulla base delle risultanze contenute all'interno del fascicolo del pubblico ministero e, laddove presente, in quello del difensore. Da ciò, discende necessariamente la sanatoria dei vizi procedurali relativi al materiale probatorio posto a fondamento della decisione medesima. Essendo il rito abbreviato un particolare procedimento penale, nel quale l'imputato può chiedere al giudice di rinunciare a protrarre il giudizio sino alla fase dibattimentale al fine di ottenere un considerevole sconto di pena e una riduzione della durata del processo, vengono in rilievo due elementi: la volontà e la consapevolezza della richiesta dell'imputato stesso. L'imputato, richiedendo di procedere secondo il rito abbreviato, chiede che gli atti di indagine, compresi anche quelli eventualmente viziati, si utilizzino per emanare una sentenza di merito. Tale volontà è coesistente alla richiesta di giudizio abbreviato e la richiesta di impiego degli atti di indagine, compresi anche quelli eventualmente viziati, valorizza al massimo grado la potenzialità causale, attribuendo ad essi una valenza persino maggiore di quella endoprocessuale<sup>190</sup>. Tale interpretazione trova conforto nella nota sentenza Tammaro del 2000, nella quale la sesta sezione della Corte di Cassazione ha qualificato l'atto di accesso al rito abbreviato come «negozio processuale di tipo abdicativo», sottolineando, inoltre, che lo stesso «è privo di incidenza negativa sul potere-dovere del giudice di essere garante della legalità del procedimento probatorio»<sup>191</sup>. In generale, principio applicabile anche alle intercettazioni, rilevano unicamente i vizi che possono comportare un'inutilizzabilità patologica del materiale probatorio, mentre risulterebbero irrilevanti eventuali vizi di inutilizzabilità fisiologica, come affermato nella sentenza n. 31304/2005: «Nel giudizio abbreviato, gli

---

<sup>187</sup> *Ivi.*

<sup>188</sup> *Ivi.*

<sup>190</sup> *Ibidem.*

<sup>191</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 21 giugno, 2000, Tammaro, Rv. 216246.

atti inutilizzabili sono solo quelli affetti da un vizio patologico, ossia assunti *contra legem* ed il cui impiego è vietato non solo in dibattimento ma anche in qualunque altra fase del procedimento, quali le indagini e l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari, le procedure negoziali di merito»<sup>192</sup>. Tuttavia, appaiono necessarie alcune precisazioni. In particolare, la seconda sezione della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 13126/2005, ha ribadito che «gli atti inutilizzabili sono da individuarsi solo nei casi riconducibili alla categoria della cd. inutilizzabilità patologica, precisando che le intercettazioni assunte con decreti autorizzativi del giudice, carenti di motivazione o viziati sul piano della forma, non rientrano tra i provvedimenti affetti da vizi patologici, in quanto non si tratta di prove oggettivamente vietate, né di prove acquisite in violazione del diritto fondamentale alla libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione, ex. art. 15 Cost., che risulta infranti solo ove l'intercettazione sia effettuata in assenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. (...) Si tratta, pertanto, di vizi neutralizzati dalla scelta del rito abbreviato», specificando che per «mancanza assoluta» della motivazione si deve intendere solo quella radicalmente assente, venendo in rilievo solo l'ipotesi in cui il decreto autorizzativo risulti del tutto privo di qualsivoglia apparato motivazionale<sup>193</sup>. Profilo problematico appare quello relativo a quali atti devono essere allegati al fascicolo affinché l'intercettazione sia pienamente utilizzabile. Sul punto, vediamo che la giurisprudenza di legittimità tace circa particolari requisiti, affermando che: «l'assenza dei decreti autorizzativi delle intercettazioni negli atti del fascicolo del giudizio abbreviato non determina alcuna inutilizzabilità o nullità dei relativi risultati, ove non venga messa in discussione l'esistenza e la validità»<sup>194</sup>. Il principio di diritto appena esposto appare analogo a quello per cui la mancata allegazione degli atti relativi alle intercettazioni non rileva mai, salvo l'ipotesi in cui la difesa ne contesti l'esistenza e la validità. Appare pacifico affermare che, a fronte della contestazione della difesa, sia onere del pubblico ministero produrre gli atti richiesti, ma dubbi emergono circa la possibilità per il difensore di richiedere termini per esaminare i suddetti: particolarmente problematica appare la circostanza per cui se il pubblico ministero, all'udienza preliminare, non produce autonomamente gli atti relativi alle intercettazioni, la difesa può dunque contestarne l'esistenza e la validità; ma, una volta prodotti, il difensore dovrà

---

<sup>192</sup> V. paragrafo 4.2. Corte Cass., sez. IV, sent. 19 agosto 2005, n. 31304

<sup>193</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 22 febbraio, 2005, n. 13126

<sup>194</sup> Cass. pen., Sez. IV, sent. 5 marzo, 2009, n. 14436

effettuare un vaglio circa la possibilità, o meno, di sollevare l'eccezione di inutilizzabilità ed il *quomodo*<sup>195</sup>. La difesa si troverebbe, dunque, a scegliere il rito alternativo del giudizio abbreviato senza avere il tempo necessario per valutare l'eventuale impugnazione delle intercettazioni e sollevare i relativi vizi.

Ulteriore profilo problematico è da rinvenire nel delineare quali supporti possano risultare idonei a contenere le intercettazioni destinate ad essere utilizzate e costituire fondamento della decisione del giudice<sup>196</sup>. La Suprema Corte ha ammesso che nel giudizio abbreviato siano utilizzabili gli esiti delle intercettazioni desumibili unicamente dai brogliacci, affermando nella sentenza n. 1089/2009 che sono «utilizzabili nel giudizio abbreviato le intercettazioni per le quali è stato omesso dal pubblico ministero il deposito dei supporti magnetici sui quali sono state riversate le registrazioni delle conversazioni intercettate»<sup>197</sup>. Nella pronuncia in esame, il ricorrente lamentava vizio di motivazione e la violazione di legge sulla utilizzabilità del tenore di conversazioni telefoniche intercettate per le quali non vi era stato deposito dei supporti magnetici di riversamento. La Corte rigettava il motivo sull'assunto secondo cui la prova è costituita dalla registrazione, riversata nei cd. brogliacci, e non le bobine nella quali essa era contenuta, ed essa risulta essere utilizzata attraverso le trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria. Dagli atti emergeva che l'imputato non aveva richiesto né la perizia né l'ascolto della registrazione, non subordinando nemmeno la scelta del rito abbreviato a tale richiesta. Il Supremo collegio ha ritenuto, dunque, prova vera e propria la registrazione e non le bobine nella quali essa era contenuta. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non appare avere una posizione univoca. Nella sentenza n. 47891/2004, la Corte ha ribadito che la prova è costituita, in senso parzialmente difforme rispetto alla pronuncia precedentemente richiamata, dalle bobine o nastri contenenti la registrazione e non dalla relativa trascrizione, la quale rappresenta solo uno dei modi per rendere possibile la consultazione della prova<sup>198</sup>. L'incertezza sin qui esposta fa emergere un quadro deleterio

---

<sup>195</sup> M. BORGABELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 138

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> Cass. pen., Sez. VI, sent. 11 dicembre 2009, n. 1089

<sup>198</sup> Cass. pen., sent. n. 47891/2004, Rv. 230569, Mauro; sul punto anche cfr. Cass. pen., Sez. IV, sent. 5 maggio 2009, n. 24469, nella quale i giudici della Corte hanno affermato che «costituiscono semplici irregolarità non sanzionate sia l'omissione da parte del perito di parti della trascrizione di frasi da lui ritenute irrilevanti sia la traduzione del linguaggio dialettale in lingua italiana. (...) Gli errori, gli equivoci, i fraintendimenti eventualmenye commessi dal perito nella trascrizione delle registrazioni del contenuto delle bobine non sono idonei a comprimere alcun diritto dell'imputato».

per l'esercizio del diritto di difesa,. Se nel giudizio ordinario è sempre possibile ottenere un'accurata verifica sia sulle bobine che sul *quomodo* in cui è stata effettuata la registrazione delle conversazioni, nel rito abbreviato tale possibilità risulta essere preclusa, salvo che la difesa non subordini il rito ad una espletanda perizia sul punto, ma ciò renderebbe ostica ogni possibile difesa sulle formalità di acquisizione della prova relativa alle intercettazioni: la perizia rientra nella discrezionalità del giudice adito e potrebbe non risultare idonea a far ritenere inadeguata o mal impiegata l'apparecchiatura con cui sono state svolte le intercettazioni<sup>199</sup>. Concludendo, la giurisprudenza non fornisce elementi tali da chiarire quale scelta debba prendere la difesa in ragione delle problematiche sin qui esposte e la valutazione dei principi sulla base dei quali scegliere se sollevare l'eccezione di inutilizzabilità al dibattimento od accedere al rito abbreviato, basandosi sulla possibilità di dedurre vizi relativi alla inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate, appare affidata al solo vaglio del difensore. L'inutilizzabilità, dunque, nel rito abbreviato può essere eccepita, ma l'eccezione, essendo limitato il *numerus* dei vizi deducibili, non può che risultare inevitabilmente ancillare rispetto alle altre deduzioni difensive.

### **6.3.3. Le intercettazioni e le indagini preliminari**

L'art. 268, co. 4, c.p.p. prevede che entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, i verbali e le registrazioni sono depositati presso l'archivio ex. art. 269, co. 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che, qualora ne possa derivare grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizzi il pubblico ministero a ritardare detto deposito fino alla conclusione delle indagini medesime ex. art. 268, co. 5, c.p.p.<sup>200</sup>. In base ad un consolidato orientamento della Suprema Corte, in tema di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni il ritardato deposito delle intercettazioni stesse non comporta la loro inutilizzabilità, non essendo la detta sanzione prevista dall'art. 271 c.p.p.<sup>201</sup>. Poiché l'autorizzazione al ritardato deposito ha come limite cronologico quello della chiusura delle indagini, il deposito medesimo deve necessariamente avvenire

---

<sup>199</sup> M. BORGABELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 140.

<sup>200</sup> V. art. 268 c.p.p.

<sup>201</sup> V. art. 271 c.p.p.; Cass. pen., Sez. V, sent. 21 gennaio, 2003, n. 223884, Shehu, in *C.E.D. Cass.* Sul punto anche Cass. pen., Sez. VI, sent. 17 giugno, 1993, n. 195051, Chianale, *ivi*

prima dell'avviso di cui ex. art. 415-bis c.p.p., che comporta la piena ostensibilità degli atti di investigazione compiuti dalla pubblica accusa<sup>202</sup>. Il ritardato deposito non può, comunque, essere dedotto prima del termine di cui all'art. 181, co. 2, c.p.p. (prima del procedimento incidentale *de libertate*) termine al quale, concludendosi le indagini preliminari, è rimandata la verifica della validità degli atti espletati durante le indagini. Sebbene il deposito delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni prelude all'impiego dibattimentale delle risultanze delle intercettazioni, esiste la possibilità di utilizzare gli esiti delle intercettazioni ancor prima dell'avvenuto deposito<sup>203</sup>. Orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità prevede che il GIP può utilizzare e porre a fondamento dell'ordinanza di adozione della misura della custodia cautelare in carcere le intercettazioni telefoniche, anche se contenute in brogliacci, o se riportate in forma riassuntiva, pur se non verbalizzate o trascritte, purché siano state rispettate le norme processuali in ordine alle autorizzazioni e alle modalità d'esecuzione delle intercettazioni, essendo la sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 271 c.p.p. riservata alle ipotesi tassativamente indicate, riguardanti le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268 c.p.p.<sup>204</sup>. Tra queste ultime, non rientra la mancata trascrizione nella fase dedicata alle indagini preliminari, la quale deve sussistere nella fase dibattimentale ex. art. 268, co. 7, c.p.p.<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Così E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 177. Sul punto, Cass. pen. Sez. V, 11 aprile 2003, n. 224837, in *C.E.D. Cass.*

<sup>203</sup> Nei procedimenti delicati, nei quali alla fase delle intercettazioni segue anche una fase cautelare incidentale, è addirittura regola. *Ibidem*.

<sup>204</sup> Così, Cass. pen., Sez. VI, sent. 3 marzo, 2000, n. 215848, Giusti Rodriguez, in *C.E.D. Cass.*; Cass. pen., Sez. IV, sent. 23 novembre, 1999, n. 215544, Cappello, *ivi*; Cass. pen., Sez. I, 28 aprile, 1999, Bollo, in *Giur. it.*, 2000, 363, con nota di SANTORIELLO. In dottrina, FANUELE, *Circa l'utilizzabilità de libertate delle annotazioni riassuntive redatte dalla polizia e relative a conversazioni telefoniche intercettate*, in *Cass. pen.*, 2003, 195, sottolinea che «alla luce dell'art. 271, co. 1, c.p.p., che richiama solo i commi 1 e 3 dell'art. 268 c.p.p., par senz'altro sufficiente, ai fini de quibus, la produzione del verbale concernente le operazioni e la registrazione della conversazione intercettata: la trascrizione integrale di quest'ultima sarà necessaria unicamente ai fini dell'inserimento nel fascicolo del dibattimento e della conseguente sua valutazione come prova in giudizio».

<sup>205</sup> Si tratta di un principio affermato dalla prima sezione della Corte di Cassazione nella pronuncia del 23 gennaio 2002, Bardovagni, in *Dir. pen. e proc.*, n. 509, nella quale il pubblico ministero aveva allegato alla richiesta di applicazione di misure cautelari le annotazioni riassuntive del contenuto di intercettazioni telefoniche svoltesi solo parzialmente in lingua italiana: la Corte ha sostenuto che «il GIP può validamente porre a fondamento dell'ordinanza restrittiva le risultanze annotate nell'immediatezza, ai sensi dell'art. 268, co. 2, c.p.p., ovvero riportate riassuntivamente nell'informativa di reato, anche se non trascritte e formalmente tradotte; ove, poi, la traduzione non risultasse pienamente affidabile, il giudice dovrebbe operare una valutazione in chiave di resistenza degli elementi fattuali residui, ai fini dell'apprezzamento del quadro indiziario complessivo in termini di gravità».

#### **6.3.4. Le intercettazioni e l'udienza preliminare**

L'udienza preliminare rappresenta il momento in cui l'eccezione di inutilizzabilità deve essere strutturata in modo completo e in cui si devono esplicitare tutte le doglianze che il difensore intende porre a sostegno della propria eccezione. In particolare, ciò che deve essere immediatamente segnalato è la mancanza, nel fascicolo, degli atti relativi alle intercettazioni, questione che deve essere sollevata contestando la legittimità e l'esistenza di decreti e verbali di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni ex. artt. 267 e 268 c.p.p. La giurisprudenza, con riferimento alla mancata trasmissione degli atti suddetti al GUP, è intervenuta con la sentenza n. 15242/2006, nella quale i giudici della Corte hanno affermato che «l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio per mancato inserimento degli atti delle bobine delle intercettazioni telefoniche è atto abnorme, e dunque ricorribile per Cassazione, poiché determina un'indebita regressione del procedimento a causa della dichiarazione di una nullità in assenza di una previsione normativa di sanzione per l'inosservanza del disposto di cui art. 416, co. 2, c.p.p. circa il dovere del pubblico ministero di trasmettere la documentazione relativa alle indagini espletate»<sup>206</sup>. Tale pronuncia si connota per aver ritenuto sufficiente l'allegazione, da parte del pubblico ministero, dei soli brogliacci e non anche delle bobine. Interessante è come le figure di invalidità della nullità e dell'inutilizzabilità delle risultanze delle intercettazioni siano esclusi, dalla Corte, facendo ricorso al principio di tassatività delle stesse, nel senso che: «deducendosi esclusivamente la mancata allegazione alla richiesta di rinvio a giudizio delle bobine delle intercettazioni, va osservato che tale situazione non determina alcuna nullità, per il principio di tassatività delle nullità previste, ma neppure l'inutilizzabilità del relativo mezzo di prova, se nel fascicolo vi è comunque traccia di tutte le indagini espletate e dell'attività di intercettazione, attraverso la trascrizione del contenuto relativo alle comunicazioni, essendo sufficiente a porre la parte interessata nella condizione di difendersi (...) richiedendo, nel caso, l'ascolto diretto dei nastri di registrazione, i quali, per loro natura, non possono essere inseriti nel fascicolo, devono essere conservati fino alla sentenza non più soggetta ad impugnazione presso l'ufficio del pubblico ministero»<sup>207</sup>. Eppure, il testo della pronuncia appare contraddittorio in ragione

---

<sup>206</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 6 aprile 2006, n. 15242

<sup>207</sup> *Ivi*.



dell'incertezza circa il valore probatorio delle bobine di cui si è discusso nel precedente paragrafo. Difatti, seguendo il ragionamento della Corte, la mancata allegazione delle bobine dovrebbe comportare l'inutilizzabilità delle intercettazioni, poiché queste ultime sarebbero la prova vera e propria. Tuttavia, non essendovi una posizione univoca nella giurisprudenza di legittimità, illustre dottrina ritiene di seguire il principio *tertium non datur*, secondo cui o sussiste un obbligo di allegazione la cui inosservanza è giuridicamente sanzionata, oppure non ve ne è alcuno<sup>208</sup>. Ciò considerato, in caso di mancata allegazione di atti relativi alle intercettazioni effettuate diversi dai brogliacci, sarà sempre opportuno contestare esistenza e legittimità degli atti predetti e sollevare la questione relativa alla nullità della richiesta di rinvio a giudizio in caso di mancata allegazione di alcuno degli atti in discorso, oppure eccepire l'inutilizzabilità<sup>209</sup>. La difesa otterrà, in tal guisa, un termine entro il quale il pubblico ministero dovrà produrre gli atti non allegati in precedenza, sebbene la giurisprudenza non chiarisca quale sia il rimedio nel caso in cui quest'ultimo, fissato il termine predetto, non ottemperi.

### **6.3.5. Le intercettazioni ed il giudizio ordinario di primo grado**

L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni deve essere riproposta, nel caso in cui proposta in precedenza nell'udienza preliminare ed in quella sede rigettata, prima dell'apertura del dibattimento, in occasione della discussione circa le questioni preliminari ex, art. 491 c.p.p. Autorevole dottrina sostiene che, dopo la regolare costituzione delle parti, queste ultime, a pena di decadenza, dovranno chiedere al giudice di eliminare atti dal fascicolo del dibattimento, od introdurre altri che ne erano stati esclusi<sup>210</sup>. Quesito di diritto è se l'art. 491 c.p.p. gravi le parti di un onere perfetto e se il decorso del termine dalla disposizione previsto renda intangibile la composizione del fascicolo ed utilizzabili gli atti, precludendo anche al giudice di verificare la legittimità dell'acquisizione. Soluzione offerta dalla dottrina è di tenere distinte le questioni sulla destinazione al fascicolo da quelle sull'inutilizzabilità degli atti<sup>211</sup>. La circostanza per cui un atto deve essere allegato al fascicolo non comporta come conseguenza la sua utilizzabilità, poiché l'inserimento nel fascicolo con è equiparabile all'acquisizione.

---

<sup>208</sup> E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 146.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> F. M. GRIFANTINI, *La prova nel dibattimento penale*, in AA.VV., Giappichelli, Torino, 2007, p. 170

<sup>211</sup> *Ibidem*.

Conseguentemente, si deduce che il termine ex. art. 491 c.p.p. preclude solo le questioni circa la consistenza iniziale del fascicolo, non pregiudicando quelle sulla inutilizzabilità dell'atto, che vanno comunque risolte da parte del giudice ai sensi degli artt. 191 e 526 c.p.p., indipendentemente dalla collocazione nel fascicolo<sup>212</sup>. Qualora gli atti relativi alle intercettazioni non siano stati precedentemente prodotti, la difesa può eccepire la nullità del decreto che dispone il giudizio e l'inutilizzabilità delle intercettazioni disposte. Una volta pronunciatosi sull'eccezione ed aperto il dibattimento, il giudice di primo grado deve nominare un perito al fine di trascrivere le conversazioni intercettate. Sul tema, rilevante appare una pronuncia della prima sezione della Corte di Cassazione, la n. 12082/2000<sup>213</sup>. Una peculiarità è rappresentata dall'affermazione dei giudici della Corte, i quali individuano nelle bobine la prova vera e propria delle intercettazioni effettuate. Tuttavia, per il richiamo all'incertezza di cui si è discusso nei paragrafi precedenti, con riferimento a quale sia da considerare vera prova delle registrazioni effettuate, ciò non risulta più certo alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che si è venuto a creare con la pronuncia n. 36659/2000, precedentemente citata, per la quale momento centrale dell'intercettazione sarebbe costituito dalla registrazione dei dati. Questione problematica riguarda le perizie di trascrizione disposte prima che le bobine vengano versate in atti. Sul punto, è intervenuto il Supremo Collegio con la sentenza n. 2732/2008, stabilendo che «nessun pregiudizio per le facoltà difensive può ravvisarsi nell'ipotesi in cui le trascrizioni a opera del perito siano state eseguite prima della formale acquisizione delle bobine agli atti del dibattimento e abbiano riguardato solo una parte delle registrazioni»<sup>214</sup>.

### **6.3.6. Le intercettazioni ed il giudizio di appello**

Se le intercettazioni sono state menzionate nella sentenza di condanna tra le prove a carico, la questione inerente all'eccezione di inutilizzabilità delle stesse deve essere reiterata nell'atto di impugnazione, nei modi e nei termini espressamente previsti dal codice di rito per il particolare tipo di gravame. Nel caso in esame, nell'atto di appello, la predetta eccezione deve essere inserita nel ricorso principale, secondo il principio per il quale «deve ritenersi inammissibile un motivo nuovo di ricorso avente ad oggetto un

---

<sup>212</sup> *Ibidem*.

<sup>213</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. 6 ottobre, 2000, n. 12082

<sup>214</sup> Cass. pen., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 2732

punto della decisione non investito nell'atto di ricorso originario, anche se la deduzione riguarda l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191, co. 2, c.p.p., occorrendo pur sempre che l'eccezione sia proposta con l'atto di ricorso principale»<sup>215</sup>. Onere di indicare le ragioni per cui l'inutilizzabilità delle intercettazioni sarebbe rilevante ai fini della riforma della sentenza è posto in capo alla difesa, la quale deve, dunque, dimostrare di avere interesse concreto alla questione, come stabilito nella sentenza n. 12722/2009, nella quale i giudici della sesta Sezione della Suprema Corte hanno affermato che «è inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso una sentenza di non luogo a procedere, qualora si denunci la violazione di una norma di diritto sostanziale o processuale senza indicare come da tale rettificazione possa derivare per l'impugnante un risultato praticamente e concretamente favorevole», e nella sentenza n. 41622/2009, nella quale si è affermato che «è onere della parte che eccepisce l'inutilizzabilità di atti processuali di indicare (...) gli atti specificamente affetti dal vizio e chiarirne l'incidenza sul complessivo compendio indiziario già valutato, sì da poterne inferire la decisività in riferimento al provvedimento impugnato»<sup>216</sup>. Inoltre, nell'ipotesi in cui la parte interessata coi motivi di appello intenda richiedere la trascrizione di conversazioni ritenute irrilevanti e superflue nel primo grado di giudizio, queste ultime dovranno essere elencate in maniera precisa e sarà opportuno evidenziare le ragioni per le quali le conversazioni medesime dovrebbero risultare rilevanti per la riforma della sentenza del giudice di prime cure, come affermato nella pronuncia n. 17335/2008<sup>217</sup>. In sede di appello, la Corte dispone di poteri ufficiosi (quali ad esempio la facoltà di emettere la propria sentenza sulla base dell'ascolto delle registrazioni, anche se trascritte con perizia) e, in aggiunta, sarà possibile che vengano acquisiti gli atti relativi alle intercettazioni con prodotte in precedenza<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Principio sancito da Cass. pen., Sez. I, sent. 9 maggio 2005, n. 33662

<sup>216</sup> Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 febbraio 2009, n. 12722; Cass. pen., Sez. VI, sent. 29 settembre, 2009, n. 41622

<sup>217</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 29 febbraio 2008, n. 17335, nella quale i giudici della Corte hanno affermato che «il comma sesto dell'art. 268 c.p.p. pone a carico delle parti l'onere di indicare le conversazioni alla cui acquisizione abbiano interesse, e delle quali il giudice deve disporre la trascrizione integrale. (...) la relativa richiesta deve essere mirata, ossia indirizzata verso specifiche conversazioni indicate, per le quali il giudice sia in grado di esercitare il previsto vaglio di non manifesta irrilevanza»

<sup>218</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 14 maggio, 2010, n. 23046, nella quale si afferma che «i decreti autorizzativi di intercettazioni telefoniche od ambientali sono acquisibili d'ufficio al fascicolo del dibattimento sia in primo grado che nel giudizio di appello»

### 6.3.7. Le intercettazioni ed il ricorso per cassazione

I vizi deducibili nel ricorso per cassazione, con riferimento all'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni, potrebbero essere riconducibili alla mancanza o manifesta illogicità della motivazione ex art. 606, lett e), c.p.p. Appare, tuttavia, opportuno sottolineare che illustre dottrina avesse già individuato nell'art. 606, lett. c), c.p.p. la disciplina volta alla declaratoria dell'inutilizzabilità in sede di Cassazione, in quanto «nel nuovo codice l'eccezione di inutilizzabilità è deducibile in Cassazione mediante un autonomo motivo di ricorso ed il ricorso fondato sulla inutilizzabilità non sembra vincolato al controllo sulla motivazione, come confermato dal dettato normativo dell'art. 569, co. 3, c.p.p. che, mentre esclude il ricorso per *saltum* nei casi di cui ex art. 606, lett. d) ed e), c.p.p., appare consentire l'impugnazione immediata dell'inutilizzabilità»<sup>219</sup>. In generale, in sede di ricorso per cassazione con riferimento all'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni valgono le medesime regole previste con riguardo all'atto di appello in relazione agli oneri posti in capo alla difesa, nonché allo svolgimento dei motivi<sup>220</sup>. Se il vizio della motivazione è determinato, poi, dal difetto di valutazione di prove o atti presenti nel fascicolo, sarà onere della difesa indicare gli atti che avrebbero dovuto essere oggetto di vaglio da parte del giudice di merito, indicando le ragioni per cui, una volta presi in considerazione, essi porterebbero ad una pronuncia di tenore diverso rispetto a quella emessa, eventualmente trascrivendo integralmente il contenuto degli atti di cui si lamenta l'omessa valutazione od il travisamento, come inteso nella pronuncia n. 31765/2009<sup>221</sup>. In conclusione, allorché sia dedotto, mediante il ricorso

---

<sup>219</sup> M. BORGOBELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 162 ss. Così, F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1993, p. 254. In senso conforme, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, pp. 277-278

<sup>220</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 1 febbraio 2000, n. 669, nella quale si stabilisce che «incombe su chi denuncia con il ricorso per Cassazione l'inutilizzabilità di determinati atti l'onere di indicare se ed in quale misura il giudice di merito li abbia posti a fondamento della sua decisione e le ragioni per le quali questa non sia in grado di resistere senza la loro valorizzazione»; Cass. pen., Sez. IV, sent. 6 febbraio 2008, n. 13964, nella quale si è stabilito che «è affetto da inammissibilità per genericità del motivo con il quale la parte eccepisce l'inutilizzabilità di un atto senza indicare specificamente l'atto affetto dal vizio, poiché in tal modo quest'ultimo non può essere individuato dal giudice di legittimità»

<sup>221</sup> Cass. pen., Sez. VI, sent. 8 luglio 2009, n. 31765, dal testo della pronuncia: «ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., la mancanza, la contraddittorietà e la manifesta illogicità della motivazione (...) può essere desunta anche da altri atti del processo specificamente indicati. (...) è onere del ricorrente allegare gli atti non esaminati, dovendosi coordinare il sollecitato controllo con la necessaria specificità del gravame. (...) quando la doglianza abbia riguardo a specifici atti processuali (...) è onere del ricorrente suffragare la validità del suo assunto mediante la completa trascrizione dell'integrale contenuto degli atti medesimi»

per cassazione, un *error in procedendo* ex. art. 606, lett. c), c.p.p., la Corte di cassazione è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può accedere all'esame diretti degli atti processuali, precluso con riferimento al testo del provvedimento impugnato contenuto nella lett. e) della disposizione in esame, quando risulti denunciata la mancanza o la manifesta illogicità della motivazione<sup>222</sup>.

## **7. Il rapporto tra l'inutilizzabilità ed il principio del *tempus regit actum***

Il fenomeno della successione di leggi nel tempo costituisce uno dei temi più complessi della materia penale, ancora oggi oggetto di vivi dibattiti giurisprudenziali, soprattutto con riguardo a particolari categorie di reati, (tra cui i cd. reati di evento differito e la disciplina del concorso di persone nel reato ex. art. 110 c.p), a causa dei potenziali conflitti che potrebbero sorgere tra le distinte norme dell'ordinamento a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Il tema viene previsto in via generale dalla Carta fondamentale all'art. 25, comma 2, Cost., dall'art. 2 c.p, dall'art. 7 CEDU, dal Patto internazionale per i diritti civili e politici stipulato a New York e dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Quanto alla prima disposizione, il secondo comma dell'art. 25 Cost. enuncia il cd. principio di irretroattività della legge penale sostanziale, stabilendo che «nessuno può essere punito se non in ragione di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso».<sup>223</sup> La lettura della norma costituzionale deve essere integrata dal dato letterale dell'art. 2 c.p., rubricato «successione di leggi nel tempo», il quale disciplina il peculiare fenomeno della cd. *abolitio criminis* e della *abrogatio sine abolitio*: quanto alla prima ipotesi, il secondo comma dell'art. 2 c.p. prevede che nessuno possa essere punito «per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato»; il secondo caso, la cd. retroattività *in mitius* relativa, è disciplinato dal quarto comma della norma in esame, la quale precisa «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Il *discriminem* tra i due commi risulta insita nella diversa valutazione da operare con riguardo alle garanzie previste per l'imputato in virtù del principio di uguaglianza, in quanto, nel caso dell'*abolitio criminis*

---

<sup>222</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 31 ottobre 2001, n. 42792

<sup>223</sup> *Ratio* della norma è limitare l'azione del legislatore, sì da impedire la punizione arbitraria del soggetto in attesa di una base legale e, dunque, una previsione normativa che disciplini il caso di specie e la fattispecie criminosa.

appare manifestatamente illogico che l'imputato continui a subire le conseguenze penali derivanti dalla sua condotta, mentre nel secondo più favorevole, la condotta medesima resta penalmente rilevante anche se viene operato un trattamento più favorevole al reo. L'insieme delle norme che concernono la soluzione dei conflitti tra disposizioni costituisce l'oggetto di studio del cd. «diritto intertemporale», che trova definizione nell'insieme di norme e principi che dettano criteri generali per tutto l'ordinamento o per un settore specifico, al fine di individuare la norma applicabile nel caso in cui vi siano due norme valide successive nel tempo ed incompatibili tra loro<sup>224</sup>. Si tratterebbe di un corpo di norme, definite come *ius supra iura*, aventi la funzione di regolare le altre disposizioni<sup>225</sup>.

È opportuna una precisazione. Il diritto intertemporale e il diritto transitorio attengono alla regolazione di fenomeni completamente differenti, essendo la natura stessa di queste differente: le norme di diritto transitorio sono «norme materiali» perché suscettibili di immediata applicazione; mentre le norme di diritto intertemporale evidenziano una «natura strumentale», limitandosi ad individuare quale sia la fattispecie applicabile ma non essendo esse stesse suscettibili di immediata applicazione<sup>226</sup>. La locuzione *tempus regit actum* esprime un principio-guida del nostro ordinamento, in base al quale ciascun fatto o atto giuridicamente rilevante deve essere assoggettato alla normativa vigente nel momento in cui si verifica (letteralmente, «il tempo regola l'atto»).

Nell'ipotesi di successione di leggi processuali nel tempo, in virtù del principio cardine del *tempus regit actum*, la nuova formulazione normativa opera non solo con riguardo ai processi iniziati dopo la sua entrata in vigore, bensì anche ai singoli atti, compiuti successivamente all'entrata in vigore, dei processi già iniziati, anche nel caso in cui la nuova disciplina risulti essere più rigida rispetto a quella vigente al momento dell'introduzione dell'atto stesso nel giudizio<sup>227</sup>. Peculiare è l'ipotesi in cui la *lex superveniens* non contenga disposizioni transitorie dirette a regolare il passaggio dalla

---

<sup>224</sup> Definizione di G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/5574-principio-del-tempus-regit-actum-nel-processo-penale-ed-incidenza-sulle-garanzie-dell'imputato>, pag. 15 ss.

<sup>225</sup> O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, Milano, 1999, pag. 94.

<sup>226</sup> Definizione di G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pag. 15 ss.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

vecchia alla nuova legislazione<sup>228</sup>. Ciò che interessa in questa sede è individuare, anzitutto, la portata operativa dell'applicabilità dello *ius superveniens*, anche alla luce delle regole secondo cui la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo. L'atto processuale deve seguire le norme vigenti nel momento in cui lo stesso viene posto in essere, dovendosi applicare allo stesso le regole esistenti al momento in cui l'atto processuale ha origine<sup>229</sup>. Con riferimento all'atto processuale, questo vive se sussiste una disposizione nell'ordinamento che attribuisca allo stesso determinati effetti e, al mutare dei suddetti, diversa sarà la dimensione giuridica nella quale l'atto è destinato ad operare<sup>230</sup>. Nel processo penale, la rigida applicazione del *tempus regit actum* comporta, inesorabilmente, l'irragionevole compressione del principio di uguaglianza in quanto l'affermazione dell'irretroattività della norma ha come conseguenza che soggetti diversi versanti in situazioni analoghe potrebbero ricevere, per il solo fatto di essere giudicati in situazioni temporali diverse, un trattamento processuale differente determinato dall'avvenuto mutamento normativo<sup>231</sup>. In assenza di un riferimento nel codice di rito che sancisca l'applicazione del principio del *tempus regit actum*, appare opportuno prendere le mosse dal dettato normativo dell'art. 11 disp. prel. c.c., rubricato «efficacia della legge nel tempo». Il primo comma della disposizione in esame stabilisce che «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo».

Osservando il dato letterale della norma, emerge dalla punteggiatura scelta dal legislatore, i due punti, che il secondo periodo non è che corollario del primo, nonché cristallina appare la duplice funzione svolta dall'art. 11 disp. prel. c.c.: da un lato, esso sancisce l'applicabilità immediata delle norme nuove; dall'altro, esclude la retroattività<sup>232</sup>. La disposizione in esame opera, sul profilo soggettivo, sulle distinte figure del legislatore, il quale può sottrarsi al principio d'irretroattività derogando con un'altra norma quella ordinaria, e dell'interprete, subordinato al principio predetto. Essendo l'art. 11 appartenente all'alveo delle disposizioni preliminari al Codice civile, dubbi sono sorti circa la sua portata applicativa anche con riferimento alla materia penale. Il Giudice delle leggi è intervenuto per chiarire il valore giuridico rispetto ai principi costituzionali

---

<sup>228</sup> *Ibidem.*

<sup>229</sup> *Ibidem.*

<sup>230</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, pag. 162.

<sup>231</sup> G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pag. 17 ss.

<sup>232</sup> *Ibidem.*

dell'art. 11 disp. prel. c.c.: con la sentenza n. 118/1957, i giudici della corte hanno precisato che «l'osservanza del tradizionale principio è rimessa alla valutazione del legislatore, il quale dovrebbe ad esso attenersi, essendo sia ne diritto pubblico che in quello privato la certezza dei rapporti preferiti uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile»<sup>233</sup>. In relazione all'applicabilità estesa dell'art. 11 disp. prel. c.c. alla materia penale, la Corte ribadisce che il principio della stessa norma enunciato risulta essere ribadito nel dettato costituzionale, all'art. 25, secondo comma, Cost., sebbene, in verità, sono i medesimi giudici ad affermare che «il principio generale della irretroattività delle leggi (...) non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità costituzionale; ne vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale»<sup>234</sup>. Quanto all'applicazione del principio del *tempus regit actum* nella materia processuale penale, il riferimento si riscontrava nell'art. 258, comma 1, disp. att. c.p.p., il quale stabiliva che i procedimenti in corso di svolgimento avrebbero dovuto svolgersi salvo eccezioni tassativamente indicate dalla norma, con l'osservanza delle disposizioni del nuovo codice del 1988. *Ratio* nella norma è da individuarsi nel fatto che il processo penale viene ad essere regolato dal meccanismo del *tempus regit actum*, per quanto attiene alle dinamiche in materia di successione di leggi nel tempo<sup>235</sup>. Si tratta, tuttavia, di un'affermazione che ha ricevute non poche critiche da una parte della dottrina, la quale ritiene che vi sia una impossibilità oggettiva di poter desumere dei principi intertemporali delle norme transitorie del codice di rito: lo specifico riferimento normativo delle disposizioni transitorie non svolge la funzione di estendere all'intero nuovo sistema penale processuale il principio del *tempus regit actum*, ma bensì di coordinare l'entrata in vigore del nuovo codice, non essendo, dunque, consoni per giustificare l'esistenza di un dato normativo che sancisca esplicitamente il corollario del principio predetto<sup>236</sup>. Problematica è la severità di una rigida applicazione del principio in esame, per due ordini di motivi: da un lato, non lascerebbe aperta alcuna possibilità di applicazione del principio di retroattività favorevole all'imputato; dall'altro, lederebbe il principio di ragionevole prevedibilità, dato che, rendendo immediatamente applicabile qualsiasi modifica legislativa ad atti di un processo penale pendente, si lederebbe inevitabilmente il

---

<sup>233</sup> Corte cost., sent. 8 luglio, 1957, n. 118, in <http://www.cortecostituzionale.it/>

<sup>234</sup> *Ivi*.

<sup>235</sup> G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pag. 22 ss.

<sup>236</sup> *Ibidem*.



principio dell'affidamento. Conseguentemente, il *tempus regit actum* realizza una disparità di trattamento rispetto al contenuto delle situazioni correlate ad uno stesso fatto mediante la lesione del principio di uguaglianza costituzionalmente tutelato ex art. 3 Cost. Dottrina e giurisprudenza hanno pacificamente convenuto, inoltre, che, in materia di inutilizzabilità, il principio del *tempus regit actum* sia applicabile non tanto al momento relativo all'acquisizione della prova, bensì a quello valutativo, poiché il medesimo segna la conclusione del procedimento probatorio: si pensi alla pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 4265/1998, nella quale il supremo collegio ha affermato che risulta essere applicabile anche nei procedimenti pendenti avanti la Corte di cassazione l'art. 6 comma 2 e ss. l. 7 agosto 1997 n. 267, che, in conseguenza della modifica dell'art. 513 c.p.p., detta la disciplina transitoria dell'acquisizione ed utilizzazione delle dichiarazioni rese dagli imputati o dai soggetti ex art. 210 c.p.p. durante le indagini o l'udienza preliminare e già lette nel dibattimento a norma dell'art. 513 vecchio testo, dovendo successivamente la Corte annullare con rinvio le sentenze la cui motivazione si fondi sulle dichiarazioni predette, a condizione che questa sia oggetto dei motivi originari di ricorso e che vengano successivamente presentati motivi nuovi tesi a dedurre il mutamento legislativo; alla sentenza n. 5052/2004, nella quale i giudici della Corte sono pervenuti a sancire la inutilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie non tradotte in una lingua comprensibile all'imputato contenute nel verbale di denuncia per violazione del diritto tutelato dall'art. 143 c.p.p., individuando nella disposizione in esame una clausola di ordine generale per la quale lo straniero, non a conoscenza della nostra lingua, deve partecipare al processo senza subire ingiuste limitazioni connesse alla sua posizione linguistica<sup>237</sup>. Conseguenza diretta di tale assunto è che la prova, così assunta seguendo regole precedentemente vigenti, che risulti inutilizzabile al momento valutativo della prova, non può costituire base e fondamento della decisione del giudice. Illustre dottrina sottolinea, inoltre, che, risultando l'inutilizzabilità un vizio proprio dell'atto probatorio, è a quest'ultimo che occorre fare riferimento ai fini dell'individuazione della legge da applicare<sup>238</sup>. Difatti, poiché il procedimento probatorio si conclude con la valutazione

---

<sup>237</sup> Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, n. 4265, «in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione»; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2004, n. 5052

<sup>238</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., pp. 168-169.

della prova, è a tale momento che occorre riferire il giudizio circa quale sia la legge applicabile.

## **8. L'inutilizzabilità derivata**

L'inutilizzabilità della prova viene concepita come un istituto severo, il quale non prevede alcuna sanatoria, distinguendosi nettamente dalla figura della nullità. Tuttavia, diverse perplessità concernono la sorte delle prove ritenute inutilizzabili, la cui acquisizione, dunque, è stata generata da atti ritenuti illegittimi. Si tratta di un interrogativo che non trova agevolmente risposta, soprattutto in virtù di due distinte esigenze: la necessità di garantire un accertamento giudiziale completo ed efficiente, nonché il dovere di tutelare diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Difatti, un acceso dibattito attornia la peculiare figura della cd. inutilizzabilità derivata, da intendersi come una categoria di invalidità in grado di estendere la violazione di legge, e conseguentemente il divieto d'uso, dal prodotto probatorio primario a quello derivato dal medesimo, consentendo alla illegittimità di una prova di contaminarne un'altra, il cui reperimento è stato determinato dalla prima. Chi cerchi nel codice di rito un qualsiasi riferimento alla predetta figura della inutilizzabilità derivata, troverà solo il silenzio del legislatore. Si tratterebbe di una categoria di invalidità che, nell'attualità del panorama giuridico del sistema italiano, non risulterebbe trovare alcun riscontro, contrariamente al sistema di *common law* degli Stati Uniti.

Come verrà esposto nei capitoli successivi, un'impostazione del tutto contraria alla giurisprudenza italiana sostiene che l'inutilizzabilità di un atto si estenderebbe anche a tutte le prove rinvenute per effetto dell'atto illegittimo: la cd. teoria dei frutti dell'albero avvelenato, coniata ed espressa per la prima volta nel noto caso *Weeks v. United States* del 1914. In particolare, fondamento di tale *exclusionary rule*, ossia regola di esclusione, si riscontra nella necessità di «prevenire il diffondersi di tecniche di indagine a tal punto illegittime da provocare un sostanziale offuscamento, una radicale vanificazione delle garanzie costituzionalmente riconosciute all'imputato»<sup>239</sup>. Numerosi sono stati gli interventi delle corti nazionali sul tema, sia della Corte di Cassazione che della Corte

---

<sup>239</sup> R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense – soggetti ed atti*, Torino, 2009

costituzionale, e della Corte europea dei diritti dell'uomo in virtù della sua complessità, dei quali sarà resa attenta disamina nei capitoli che seguono<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> V. Capitolo V, Analisi comparatistica: il tema dell'inutilizzabilità derivata nei sistemi di *common law* e *civil law*

## CAPITOLO III

### LA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO PENALE.

#### 1. Il rapporto tra realtà scientifica e giudiziaria.

Problematiche sorgono sin dalla definizione del termine «prova scientifica», in virtù delle diverse prospettive dalle quali si osserva la materia. Il concetto di prova scientifica viene frequentemente rivolto alla figura del giudice che si avvalga di contributi offerti dal mondo delle scienze (cd. prova scientifica in senso stretto), oppure di particolari procedimenti tecnico-scientifici che vengono impiegati per l'accertamento dei fatti (cd. prova tecnologica od informatica), od ancora, la dottrina maggioritaria ritiene che debba intendersi “scientifica” la prova alla quale si attinge mediante il metodo deduttivo: quel procedimento probatorio che dalla conoscenza del fatto noto risale al fatto ignoto, attraverso l'applicazione di una regola d'esperienza ricavata con il metodo scientifico, escludendo l'impiego delle massime di comune esperienza<sup>241</sup>. L'oggetto su cui si concentra l'attività dello scienziato è rappresentato da un fatto riproducibile, fondandosi la conoscenza scientifica sulla possibilità di riprodurre quel particolare fenomeno naturale (cd. metodo di Popper)<sup>242</sup>. Mancando nel codice di rito una vera e propria disciplina per qualificare la scientificità o meno di un mezzo di prova, inizialmente parte della dottrina ha tentato di colmare tale lacuna richiamando il cd. principio del libero convincimento del giudice, per il quale il medesimo avrebbe deciso se una prova potesse essere considerata scientifica o meno in sede di ammissione<sup>243</sup>. Tale soluzione non risulta essere esente da critiche, in particolare per due ordini di ragioni: trattandosi, la scientificità o meno, di un criterio riguardante la fase dedicata alla valutazione, non potrebbe estendersi al momento dell'ammissione del mezzo di prova; essendo il principio del libero convincimento del giudice un giudizio intrinsecamente soggettivo, costituirebbe l'applicazione dello stesso una violazione del principio del contraddittorio, dovendo essere garantita alle parti coinvolte nella vicenda processuale la conoscenza anticipata dei

---

<sup>241</sup> F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti privati*, CEDAM, 2003, pag. 14.

<sup>242</sup> S. DI PINTO, *La prova scientifica nel processo penale*, in *Rivista di Polizia*, settembre-ottobre 2018, fascicolo IX-X anno LXXI, pp. 909-946.

<sup>243</sup> A. DI DOMENICO, *I criteri di valutazione della prova scientifica: la “scienza nuova” e gli scenari attuali*, in *Iusinitinere*, 26 aprile 2020

criteri in base ai quali potranno esercitare il diritto alla prova<sup>244</sup>. Superata l'idea di riempire il vuoto normativo lasciato dal codice di rito sul punto della definizione e dell'ammissibilità della prova scientifica si è tentato di fare affidamento sul cd. consenso della comunità scientifica, sulla scorta del *Frye Test* di matrice statunitense<sup>245</sup>. Nel 1923 la *Circuit Court* del distretto della Columbia ha introdotto il riferimento alla comunità scientifica formulando il *general acceptance test*: una prova scientifica può essere ammessa in quanto sia fondata su di un principio la cui validità è stata riconosciuta dalla generale approvazione quasi unanime della comunità scientifica. La necessità di un tale grado d'approvazione, tuttavia portava ad escludere le nuove metodologie ancora controverse e che non trovano, intesse come "nuove prove scientifiche", consenso pieno tra gli esperti. Un rilevante intervento della giurisprudenza statunitense è, quindi, da rinvenire nel caso *Daubert v. Merrell-Dow Pharmaceutical*.<sup>246</sup> La Corte Suprema Federale, in tale occasione, detta le regole (i cd. criteri *Daubert*) che il giudice è tenuto a seguire affinché possa giudicare della scientificità o meno di un particolare mezzo di prova, indipendentemente dalla comune approvazione da parte della comunità scientifica. Il giudice, difatti, non può fondare la propria decisione solo su una passiva attività di constatazione circa l'esistenza di una generale approvazione da parte della comunità scientifica, poiché deve valutare criticamente l'affidabilità dei metodi e delle procedure adottate dall'esperto della materia di riferimento, in virtù della preminente necessità di assicurare al massimo grado la certezza richiesta dal diritto. Conseguentemente, potranno considerarsi scientificamente affidabili quelle ipotesi che abbiano ricevuto un certo grado di conferma e che siano stati oggetto di falsificazione, eventualmente poi integrati dal consenso generale. Sulla scorta delle pronunce sinora illustrate, è pacifico affermare che il cd. metodo scientifico, dunque, consiste nell'applicazione di una teoria ad una pluralità di casi secondo moduli prestabiliti, costantemente sottoposti a tentativi di falsificazione, con la conseguente individuazione del tasso di errore e sotto la critica da parte della comunità degli esperti.<sup>247</sup> Il concetto di «scienza» deve essere inteso come quel tipo di conoscenza che riveste particolari caratteristiche: ha ad oggetto i fatti della natura; è

---

<sup>244</sup> P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giur.* 1998

<sup>245</sup> *Frye v. United States*, 293 F. (D.C.Cir.) 1013, in *Casetext*, 1923, <https://casetext.com/case/frye-v-united-states-7>.

<sup>246</sup> *Daubert v. Merrell-Dow Pharmaceutical*, 509 U.S. 579, in *Justia*, 1993, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>.

<sup>247</sup> G. UBERTIS, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, pag. 33.

ordinata secondo un insieme di regole definite «leggi scientifiche», collegate tra loro in modo sistematico; accoglie un metodo controllabile dagli studiosi nella formazione delle regole, nella verifica e nella falsificabilità delle stesse.<sup>248</sup> Coerentemente, si può parlare di scientificità della prova esclusivamente quando l'accertamento dei fatti richiede tecniche e nozioni esorbitanti rispetto alle massime d'esperienza. La questione si incentra, dunque, nel tracciare i confini tra il comune sapere ed il sapere scientifico. Con la sentenza n. 342 del 1999, il Giudice delle leggi è intervenuto nel merito, tentando di offrire una risposta quanto più chiara a quesiti di diritto<sup>249</sup>. Dunque, la progressiva espansione del cd. sapere scientifico nella procedura penale evidenzia le difficoltà del legislatore a seguire al medesimo ritmo l'evoluzione delle conoscenze<sup>250</sup>. Ciò su cui si discute non è soltanto l'eventuale violazione dell'art. 24 Cost., soprattutto in merito alla potenziale lesione del diritto di difesa, considerando che l'irruzione degli strumenti tecnico-scientifici nel «luogo sacro» «rompe la solennità ieratica delle antiche tre unità di tempo, di luogo e di azione tratte dalla tragedia greca e induce voci nostalgiche a intonare dolenti orazioni funebri sulla violazione del contraddittorio», ma bensì pericolo maggiore è da rinvenirsi nella cd. marginalizzazione della prova dichiarativa a vantaggio della prova scientifica<sup>251</sup>. Difatti, il sapere scientifico deve essere reso accessibile al giudice, attraverso «un'opera di codifica che consenta una consapevole funzione di giudizio»<sup>252</sup>. La Corte costituzionale, declinando la questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art 24 Cost., chiarisce che il richiamo e l'impiego delle nuove tecnologie non può tradirsi in un *vulnus* al diritto di difesa, ma bensì si registra una modalità alternativa di esercizio del diritto<sup>253</sup>.

---

<sup>248</sup> Così TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Torino, 2009, pag. 88.

<sup>249</sup> Corte cost., sent. 14 luglio, 1999, n. 342, in *Giur. cost.*

<sup>250</sup> F. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Processo penale e giustizia*, 2, Torino, 2016

<sup>251</sup> Così G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *CRIMINALIA*, 2007, pp. 21 ss; F. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, cit., 2016

<sup>252</sup> *Ibidem*

<sup>253</sup> *Ibidem*

## **2. Il *discrimen* tra mezzi coercitivi della volontà e spie sull'interno organico**

Il concetto di libertà personale assume nel nostro ordinamento il rango più elevato nel sistema di tutela offerto e garantito dalla Costituzione. Della libertà dell'individuo possiamo distinguere due distinte prospettive: da un lato, viene in considerazione la sfera fisica dell'individuo, dovendosi intendere la libertà fisica come il diritto di disporre della propria persona senza coercizioni fisiche o materiali, le quali possono essere solo imposte nei casi e nei modi dalla legge stabiliti; dall'altro, interviene la sfera psichica del soggetto, sì da intendere la libertà morale come il diritto di disporre liberamente di sé non solo senza coercizioni, ma anche senza quegli obblighi che sottopongono la persona all'altrui potere. La tutela della libertà psico-fisica dell'individuo emerge con riferimento alla prova rappresentativa, per la quale il codice di rito prevede un corpo di norme dal tenore letterale tassativo e rigido, in virtù della gravità degli effetti che scaturirebbero dalla violazione del dettato costituzionale (le libertà fondamentali degli artt. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 Cost.), e, più in generale, con riguardo agli atti in grado di limitare diritti costituzionalmente tutelati. Più precisamente, il diritto all'integrità psico-fisica è oggetto di tutela di due distinte disposizioni di rango costituzionale, quali gli artt. 2 e 13 Cost. In particolare, dal dettato normativo dell'art. 2 Cost. emerge chiaramente l'intento del legislatore di individuare nei diritti inviolabili dell'uomo quelle posizioni giuridiche da ritenersi essenziali per qualsiasi forma di convivenza associata, essendo le medesime insite nella natura umana. L'ombrello di tutela ex art. 2 Cost. rappresenta una vera e propria norma di apertura, in grado di attribuire il rango di diritti fondamentali anche ad ulteriori libertà non espressamente tutelati dalla Costituzione, i quali richiedono un riconoscimento costituzionale al pari dei diritti espressamente delineati: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Accanto a tale disposizione, assume rilevanza l'art. 13 Cost, il quale stabilisce che la libertà personale è inviolabile. Difatti, la libertà personale rappresenta un diritto naturale dell'uomo che l'ordinamento si limita a riconoscere, sostanziandosi nel diritto a non subire imposizioni tanto da altri soggetti che dalla pubblica autorità, in una duplice dimensione fisica e morale. Tuttavia, occorre precisare che la libertà personale, sebbene sia il primo dei diritti dei singoli in quanto presupposto indispensabile perché ognuno possa accedere anche alle altre libertà

fondamentali, non è assoluta. La stessa incontra precisi limiti, che il costituente sceglie di individuare con precisione: in casi di eccezionali di necessità e d'urgenza, l'autorità giudiziaria può adottare provvedimenti provvisori in grado di limitare la libertà personale. Rispetto all'odierno panorama giuridico, nei codici previgenti la tutela della libertà morale appare visibilmente limitata dall'autorità giuridica, in ragione del diverso approccio che lo Stato adottava nei confronti dell'imputato. Basti prendere le mosse dall'art. 65 del progetto di riforma del codice di procedura penale del 1930, collocato nel titolo IV del libro I, dedicato alle prove, che attribuiva al pubblico ministero nella inchiesta preliminare ed al giudice nella fase dibattimentale il potere di «compiere sulle cose e sulle persone tutti gli atti necessari a procurarsi per loro mezzo le ragioni utili all'accertamento del reato», con la precisazione che «tali atti non cagionino un danno grave alle persone o un danno irreparabile alle cose che vi sono sottoposte». Nondimeno, l'art. 66 del progetto accumulava le distinte figure dell'imputato e testimone, stabilendo al secondo comma della disposizione in esame che «sono vietati tutti i modi e i mezzi, i quali tendono a limitare la libertà dell'interrogato o dell'esaminato sia rappresentandogli fatti diversi dal vero, sia moltiplicando le domande in guisa da orientarlo o prolungarne l'interrogatorio o l'esame in guisa da estenuarne la volontà». Di diverso orientamento, più declinato al garantire il rispetto dell'individuo e della sua sfera psico-fisica, è il codice del 1998 e, ancor prima, il progetto preliminare del 1978: l'art. 188 c.p.p. del 1988 prevede il medesimo divieto, precludendo l'impiego di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione od alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti», non dando rilievo alcuno alla scriminante del consenso dell'avente diritto, con riferimento alla prova in generale; l'art. 64, comma 2, c.p.p. del 1988 prevede determinate garanzie, sotto la forma di avvisi, con riguardo all'interrogatorio dell'imputato. Dal dato letterale emerge un importante *discrimen* tra mezzi probatori, volti all'accertamento del *thema probandum*, e strumenti di difesa<sup>254</sup>. È opportuna un'ulteriore distinzione: vi sono strumenti direttamente finalizzati *ad eruendam veritatem*, come ad esempio la tortura, la narcoanalisi, od ancora l'ipnosi; altri, definiti “spie sull'interno organico”, volti ad agevolare, in capo al giudice, una diagnosi circa la verità o menzogna di quanto declinato dal dichiarante<sup>255</sup>. Quale ulteriore esempio di quanto appaia rilevante la tutela della libertà

---

<sup>254</sup> *Ibidem*.

<sup>255</sup> *Ibidem*.



morale dell'individuo, nella Relazione al progetto preliminare del 1978 si legge: «vanno banditi dalla sede processuale i mezzi coercitivi della volontà o le tecniche di subdola persuasione anche per la scarsa attendibilità che viene loro generalmente riconosciuta».

### **3. Criteri di ammissione**

Appare, anzitutto, opportuno operare una preliminare distinzione tra: le cd. prove comuni, le quali sono sottoposte al regime ordinario dettato per l'ammissibilità dei mezzi di prova ex. art. 190 c.p.p.; le cd. prove scientifiche "nuove" assoggettate al vaglio dei criteri previsti per le prove atipiche ex. art. 189 c.p.p. Come già illustrato nei capitoli precedenti, l'art. 190 c.p.p. detta una disciplina in senso negativo: il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. Contrariamente, l'art. 189 c.p.p. richiede non solo le condizioni dell'art. 190 c.p.p., bensì anche un giudizio, ad opera del giudice, in positivo, essendo necessario che le prove siano idonee all'accertamento del fatto e che non ledano la libertà morale del soggetto. Spetta al giudice il delicato compito di discernere prove comuni e prove nuove, sì da applicare la disciplina corrispondente alla fattispecie tipica od atipica. La clausola d'apertura dell'art. 189 c.p.p., «quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge», permette di tracciare i confini dell'area sottoposta all'attenzione ed al giudizio del giudice. L'atipicità e, dunque, il ricorrere di ipotesi escluse dall'ordinario catalogo espressamente previsto dal codice di rito, ha come caratteristica distintiva la imprevedibilità del mezzo di prova ed è proprio in virtù della stessa che il legislatore, tramite l'art. 189 c.p.p., ha consentito di garantire il costante adeguamento del sistema giuridico rispetto al progresso tecnico-scientifico, in modo tale che prove come le nuove prove scientifiche non venissero escluse dal giudizio del giudice e fossero, invece, adeguatamente controllate nel loro impiego. Viene, tuttavia, alla luce un aspetto di rilevante importanza. Una questione controversa, come detto in precedenza, riguardava la possibilità di riferire il carattere della scientificità al mezzo di prova od ai singoli strumenti che la costituiscono; si è ritenuto preferibile fare riferimento a questi ultimi. Dato che la scientificità attiene, dunque, al singolo strumento, allora l'elemento di novità

costituito dall'utilizzo della tecnica di nuova generazione riguarda non la cornice legale del mezzo di prova, bensì lo strumento di prova.<sup>256</sup>

### **3.1. Divieto d'ingresso nel processo penale della cd. *bad science***

Il carattere meticoloso della verifica da parte del giudice circa i requisiti degli artt. 190 e 189 c.p.p. deve la sua rigidità alla necessità di impedire l'introduzione nel processo penale di quella che viene definita "scienza spazzatura" o "*junk science*", non essendo la stessa riconosciuta dalla comunità scientifica in quanto non attendibile.<sup>257</sup> Dunque, l'apprezzamento del giudice comporta, in verità, una duplice esclusione: non devono aver accesso alla vicenda processuale prove falsamente scientifiche, fondate sulla predetta "scienza spazzatura", e prove non certamente valide sul piano della metodologia scientifica. Ciò in quanto, sebbene il progresso scientifico e tecnologico sia, da un lato, uno strumento di supporto per l'operato del giudice e nell'elaborazione della decisione conclusiva della vicenda processuale, dall'altro l'evoluzione tecnico-scientifica presenta aspetti negativi. Basti pensare alle conseguenze negative dell'impiego scorretto delle energie offerte, ovvero, per quanto attiene al panorama giuridico, alla creazione di un insano convincimento fondato su teorie non riconosciute dallo scenario scientifico data la loro scarsa attendibilità.

### **4. L'assunzione della prova scientifica.**

Una volta verificata la sussistenza dei requisiti individuati dall'art. 189 c.p.p., «il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Al giudice spetta, dunque, il compito di determinare in contraddittorio con le parti le modalità d'assunzione della "nuova prova scientifica" da queste presentata, in virtù del dettato normativo ex art. 111 Cost., il quale sancisce il principio di legalità processuale: le parti, difatti, si affidano a modalità di assunzione predefinite da parte del giudice, determinate in modo non unilaterale. Appare opportuno specificare che la disposizione di esame risulta operare, per l'appunto, solo in considerazione delle predette nuove prove

---

<sup>256</sup> O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, Giuffè, 2005, pag. 38.

<sup>257</sup> Il termine viene ad essere coniato nelle controversie politiche e legali degli Stati Uniti (il suo primo utilizzo è da rinvenire in relazione alle testimonianze di esperti in materia di contenziosi civili) per indicare i dati scientifici, di ricerca o di analisi giudicati come falsi o tendenziosi.

scientifiche e non anche in riferimento all'ipotesi in cui la prova scientifica sia disciplinata dal legislatore come prova tipica, come ad esempio nel caso della perizia. Inoltre, con riferimento alla perizia, l'ordinamento richiede peculiari ed ulteriori requisiti rispetto al dettato normativo dell'art. 190 c.p.p. Difatti, l'art. 220 c.p.p. pretende il cd. requisito dell'occorrenza, stabilendo al suo primo comma: «la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». L'assunzione della prova rappresenta una fase di vitale importanza, un intramezzo tra le distinte fasi dell'ammissione ed il successivo momento valutativo dell'elemento probatorio, nel quale l'organo giudicante è chiamato a giudicare circa l'affidabilità e l'attendibilità dell'operazione probatoria nel caso concreto. In ragione della funzione propedeutica affidata alle modalità d'assunzione della prova, è rilevante sia per le parti che per il giudice medesimo controllare l'attività di formazione della prova attraverso protocolli predefiniti, in guisa tale da garantire il raggiungimento di un esito più veritiero possibile e che l'operato dell'esperto della materia non sfugga alla metodica processuale disciplinata dal codice di rito. Tuttavia, nonostante l'importanza delle suddette modalità, a causa dell'evoluzione tecnico-scientifica, che non sempre si muove a pari passo col diritto, nella maggioranza dei casi è difficile adattare le regole generali dettate dal codice di rito per l'escussione delle prove agli elementi probatori di natura scientifica. Un'ipotesi prospettata da illustre dottrina riguarda il particolare schema della *cross-examination* nei riguardi di periti e consulenti tecnici in tre distinti casi<sup>258</sup>:

- a) l'organo giudicante può consentire che i consulenti esperti della materia assistano alla fase dibattimentale, un'eccezionale deroga al principio sancito all'interno del dettato normativo dell'art. 149 disp. att. c.p.p., il quale precluderebbe a chi deve essere ancora sottoposto ad esame di assistere ad altre escussioni;
- b) il giudice può disporre, con riferimento all'ordine di assunzione, che gli esami di periti e consulenti tecnici avvengano in successione continua e può anche prescrivere in quale ordine tali esami debbano avvenire rispetto all'assunzione di altri mezzi di prova;
- c) il giudice può incidere sull'organizzazione dialettica dell'assunzione probatoria, permettendo, ad esempio, al perito od al consulente tecnico di partecipare attivamente

---

<sup>258</sup> O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., pag. 269 ss.

all'esame con proprie domande, in deroga all'art. 498 c.p.p., che legittima le sole figure del difensore e del pubblico ministero a porre domande.

## **5. Il momento valutativo della prova scientifica e le sue distinte fasi**

Complessità appaiono anche nella successiva fase della valutazione della prova scientifica, essendo la stessa sottoposta ad un duplice vaglio da parte del giudice: da un lato, l'organo giudicante deve dapprima verificare la sussistenza dei requisiti ex. art. 189 c.p.p. e valutare l'elemento probatorio dal punto di vista dell'atipicità; dall'altro, il giudice deve sottoporre al proprio vaglio valutativo anche l'attività svolta da periti e consulenti tecnici, rientranti tra le cd. prove tradizionali. Rispetto alle prove tipiche, espressamente previste dal codice di rito, il giudice è dotato degli strumenti conoscitivi sufficienti per assolvere alla valutazione dell'elemento probatorio, a differenza delle prove atipiche e, in particolare, come in precedenza illustrato, la prova scientifica, per sua natura, risulta costituita da caratteristiche peculiari che rendono ancor più difficoltoso il processo valutativo del giudice. È in virtù del limitato panorama conoscitivo dell'organo giudicante che lo stesso si avvale della presenza di esperti della materia sulla quale si discute affinché lo stesso possa avere un quadro quanto più chiaro e completo della situazione processuale sottoposta alla sua attenzione. Il momento valutativo attiene, anzitutto, a due distinti punti di vista: nel primo, oggetto di analisi viene ad essere la singola operazione probatoria; nel secondo, il giudice deve considerare il panorama complessivo di tutti i mezzi di prova assunti nel corso dell'istruzione dibattimentale.<sup>259</sup> Si tratta, la fase di valutazione della prova scientifica, di un momento in cui le distinte attività dell'esperto e del giudice vengono ad intrecciarsi, non essendo possibile sostituire la valutazione dell'organo giudicante con la relazione stilata nella perizia o nella consulenza tecnica. Il momento valutativo si compone di tre diverse fasi:

a) *Valutazione circa l'attendibilità del singolo elemento di prova.* L'organo giudicante, in un primo stadio della valutazione, viene ad operare un duplice giudizio circa l'attendibilità dell'elemento probatorio legittimamente assunto a processo. Un primo elemento di valutazione è rappresentato dall'idoneità dello strumento tecnico-scientifico impiegato per l'introduzione del mezzo di prova. Si tratta, tuttavia, di un

---

<sup>259</sup> O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., pag. 236.

giudizio che prescinde dalla valutazione circa la non manifesta inidoneità del mezzo di prova richiesta dal dato letterale dell'art. 189 c.p.p., poiché il giudice ora è chiamato ad esporre una valutazione circa la idoneità piena dell'elemento di prova che consenta di poter affermare con certezza l'affidabilità dell'operazione probatoria, sulla scorta di tutti gli elementi di valutazione offerti dalle parti e dalle relazioni della perizia e della consulenza tecnica, non disponendo nel suo ruolo delle conoscenze sufficienti della materia esorbitante l'ambito giuridico. In questa prima fase, al giudice spetta valutare la "validità teorica" del principio scientifico, seguendo i cd. criteri Daubert, recepiti e sviluppati, nell'ordinamento italiano, dalla nota sentenza Cozzini<sup>260</sup>, dell'attendibilità e della validità, i quali pongono distinti quesiti: la stessa ricerca fatta da un altro ricercatore con gli stessi metodi, con gli stessi soggetti avrebbe ottenuto i medesimi risultati? I risultati rispecchiano lo stato delle cose? Si conosce l'accuratezza dello strumento, ovvero il grado di precisione con cui esso misura quello per il quale è stato costruito? Secondo elemento di valutazione è insito nell'utilità pratica dello strumento tecnico-scientifico impiegato rispetto alla ricostruzione del fatto oggetto della vicenda e, dunque, la cd. adeguatezza logica. Ulteriore elemento da sottoporre ad attenta analisi del giudice è rappresentato dal corretto uso pratico dell'operazione probatoria, da effettuare su un duplice piano: devono essere controllati i dati fattuali che l'esperto ha assunto come base di riferimento ed il corretto utilizzo della strumentazione tecnica dei quali l'esperto si è avvalso nell'operazione probatoria<sup>261</sup>. Come citato in precedenza, snodo fondamentale dell'ordinamento interno è rappresentato dalla rilevante pronuncia della Suprema Corte n. 43786/10, anche nota come sentenza Cozzini, il quale è intervenuto per fornire indicazioni metodologiche circa l'uso del sapere scientifico e sulle condizioni che ne determinano l'affidabilità<sup>262</sup>. I giudici della Corte sottolineano che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo dinanzi lo scenario del sapere scientifico, ma deve, piuttosto, svolgere un penetrante ruolo critico. In supporto di tale complesso quanto delicato compito, la Corte ha proposto degli indicatori che possono agevolare il giudice nella valutazione relativa al grado di affidabilità delle informazioni scientifiche, destinate ad essere utilizzate nel processo:

---

<sup>260</sup> Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n.43786.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre, 2010, n. 43786

- I. *L'analisi degli studi a sostegno dell'attendibilità di una teoria.* La valutazione inerisce, anzitutto, alle basi fattuali sui cui studi sono condotti, nonché all'ampiezza, la rigosità, l'oggettività della ricerca, al grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi<sup>263</sup>. Deve trattarsi, dunque, di una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso;
  - II. *L'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale ed all'indipendenza dell'esperto.* Difatti, nei giudizi debitori del sapere esperto al giudice è precluso di farsi creatore della legge scientifica necessaria all'accertamento: ignorando il giudice legittimamente l'ambito scientifico, egli non è in possesso degli strumenti per preferire l'una o l'altra legge scientifica. Le informazioni predette devono essere veicolate nel processo dagli esperti, chiamati a delineare lo scenario di studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentono al giudice di comprendere se possa pervenirsi ad una meta-teoria in grado di guidare affidabilmente l'indagine<sup>264</sup>;
  - III. *Il nesso di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro imputati e l'evento.* La pronuncia in esame ha concentrato la propria attenzione sulla connessione causale fra colpa specifica (da intendersi come la violazione di disposizioni espressamente previste) ed il risultato della condotta criminosa, stabilendo che, affinché possa dirsi sussistente, è necessario appurare quattro distinti fattori: se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; la presenza di legge universale o solo probabilistica in senso statistico; se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescò del processo carcinogenetico.
- b) *Valutazione globale del mezzo di prova.* Norma di riferimento della seconda fase valutativa è rappresentata dall'art. 192, co. 1, c.p.p., rubricato "valutazione della

---

<sup>263</sup> *Ibidem.*

<sup>264</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020, p. 225.

prova”, il quale prevede che il giudice valuti la prova illustrando nella motivazione i risultati acquisiti ed i criteri adottati. Si tratta di un momento di svolta dell’attività di valutazione del giudice, poiché a mutare non è solo l’oggetto del proprio giudizio, bensì devono essere applicati distinti criteri rispetto a quelli impiegati nella precedente fase valutativa: nella valutazione del singolo elemento di prova è l’idoneità dello strumento tecnico-scientifico il parametro di riferimento; nella valutazione globale a venire in risalto è l’idoneità del fatto storico autonomo così ricostruito dai mezzi di prova offerti dalle parti e dagli esperti della materia. Il giudice, per ricostruire il fatto storico oggetto della vicenda processuale, può servirsi di diverse metodologie di ragionamento, come ad esempio quello di tipo deduttivo, fondato sui criteri della logica e dell’esperienza. Tale metodo consente di stabilire se e quale conclusione consegue necessariamente dalle premesse date e, conseguentemente, maggiore è la portata delle suddette e più elevato è il grado di certezza delle affermazioni esposte. Affianco a questo, ulteriore tipologia di ragionamento è rappresentato dal processo di induzione, col quale si crea un nesso di comunicazione tra il fatto noto e quello ignoto, tipico della disciplina indiziaria.

- c) *Selezione del complesso dei risultati tenuti attendibili nelle fasi precedenti.* Strumento di quantificazione dell’efficacia dimostrativa da assegnare alla globalità dei risultati probatori è il cd. metodo Bayes, metodo matematico impiegato per calcolare la probabilità condizionata di un evento E rispetto a un altro evento F.<sup>265</sup> Si tratta di un teorema impiegato, dunque, per stabilire con quale probabilità una determinata causa ha cagionato l’evento verificatosi. Il giudice opera un’attività di selezione - tra i diversi esiti ottenuti durante l’istruzione dibattimentale con il contributo delle parti e degli esperti - di quelli che egli stesso ritiene suscettibili di avere un maggior impatto e peso rispetto alla decisione finale.

---

<sup>265</sup> G. SARTORI, *Errori di ragionamento e il Teorema di Bayes*, in *La memoria del testimone*, <https://www.testimonianzapenale.com/lista-argomenti/gli-errori-di-raionamento-nella-valutazione-della-attendibilit-intrinseca#:~:text=Espresso%20in%20forma%20verbale%20il,credibilit%C3%A0%20attribuita%20alle%20sue%20dichiarazioni>.

## 6. Le neuroscienze come mezzo di prova scientifica

Il progresso tecnico-scientifico ha raggiunto negli ultimi anni risultati notevoli, apportando miglioramenti considerevoli nella vita dell'uomo sotto molteplici aspetti, soprattutto nel campo medico e, più precisamente, con riferimento alle neuroscienze. Si tratta, la neurobiologia, di una particolare branca della biologia che si occupa dello studio scientifico del sistema nervoso, il cui termine viene ad essere coniato nel 1962 da un neurofisiologo statunitense di nome Francis O. Schmitt. Trattandosi, dunque, di una ricerca scientifica compiuta sul cervello ed il suo funzionamento, interessante è l'applicazione dei suddetti studi, le neuroscienze, nell'ambito giuridico. In particolare, vengono in rilievo le cd. neuroscienze cognitive, le quali comprendono lo studio delle variazioni anatomiche o fisiologiche all'interno del cervello e come le stesse siano in grado di influenzare il comportamento umano. Si possono distinguere diversi ambiti di applicazione delle neuroscienze nel processo penale: l'imputabilità, intesa come capacità di intendere e di volere ex art. 85, comma 2, c.p.p.; i mezzi d'indagine per l'accertamento dei fatti e l'attendibilità dei testimoni; l'accertamento dell'attendibilità delle prove dichiarative<sup>266</sup>.

### 6.1. L'imputabilità

Quanto al primo profilo, si assiste all'introduzione nel sistema penale di concetti quali psicosi, fragilità emotiva, disturbi attinenti alla personalità, che sino a tempi recenti cedevano il posto solo alle diagnosi certe di conclamate malattie mentali, le quali, assieme ad ulteriori fattori (quali ad esempio alcol e sostanze stupefacenti), erano le uniche a poter decretare uno stato di infermità e la conseguente incapacità di intendere o di volere ex art. 88 e 89 c.p. Nell'ultimo decennio, il campo delle neuroscienze ha raggiunto risultati notevoli, soprattutto in relazione alle particolari e recenti tecniche di *neuroimaging*<sup>267</sup>. Si tratta di un'operazione finalizzata alla mappatura diretta o indiretta della struttura, funzione o farmacologia del sistema nervoso, mediante la quale è stato possibile nell'ambito medico individuare patologie mentali associate ad anomalie comportamentali. Il *neuroimaging* funzionale, difatti, consente la visualizzazione diretta

---

<sup>266</sup> C. INTRIERI, *Le neuroscienze ed il paradigma della nuova prova scientifica*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, Giuffè editore, 2009, pag. 195 ss.

<sup>267</sup> *Ibidem*.



dell'elaborazione delle informazioni da parte dei centri cerebrali, in modo tale che l'area interessata del cervello aumenti il metabolismo e renda possibile intravedere la stessa durante la risonanza magnetica, attraverso la sua scansione. Possiamo distinguere diversi esempi di tecniche di *neuroimaging*:

- a) La tomografia assiale computerizzata (TAC), la quale impiega una serie di raggi x al cranio prelevati da molte direzioni diverse per visualizzare celermente lesioni cerebrali;
- b) La risonanza magnetica funzionale (fMRI), la quale si fonda sulle proprietà paramagnetiche dell'emoglobina ossigenata e deossigenata per vedere le immagini del cambiamento del flusso sanguigno nel cervello associato all'attività neurale, sì da consentire di generare immagini che riflettono quali strutture cerebrali sono attivate durante l'esecuzione di diversi compiti od allo stato di riposo;
- c) La tomografia a emissione di positroni (PET), mediante la quale si misurano le emissioni da sostanze chimiche metabolicamente attive marcate radioattivamente che sono state iniettate nel flusso sanguigno, così da produrre, mediante l'elaborazione dei dati di emissione, immagini bidimensionali o tridimensionali della distribuzione delle sostanze chimiche nel cervello;
- d) La magnetoencefalografia (MEG), particolare tecnica impiegata per misurare i campi magnetici prodotti dall'attività elettrica nel cervello attraverso dispositivi estremamente sensibili, offrendo in tal modo una misurazione diretta dell'attività elettrica neurale con una risoluzione temporale assai elevata;
- e) La tomografia a emissione di fotone singolo (SPECT), simile alla PET e che utilizza radioisotopi che emettono raggi gamma ed una gamma camera per registrare i dati, i quali saranno elaborati da un computer per creare immagini bidimensionali o tridimensionali di regioni cerebrali attive.

In sintesi, il *neuroimaging* rappresenta una particolare tecnica di visualizzazione del ramo cerebro-encefalico-spinale, attraverso la mappatura dell'attività in determinate aree cerebrali, la quale avviene mediante l'uso congiunto delle tecniche sinora illustrate<sup>268</sup>.

---

<sup>268</sup> *Ibidem*.

## 6.2. I mezzi di indagine per l'accertamento dei fatti e l'attendibilità dei testimoni

In relazione al secondo profilo, inerente ai mezzi d'indagine per l'accertamento dei fatti e l'attendibilità dei testimoni, un particolare strumento d'indagine è rappresentato dal cd. *brain fingerprints*<sup>269</sup>. Il *brain fingerprints* (letteralmente “impronta digitale del cervello”) consiste in un test che consente di misurare la risposta elettrica del cervello di un soggetto sottoposto a stimoli specifici, come ad esempio parole, frasi od anche immagini. Si tratta di una tecnica scientifica che utilizza le onde cerebrali di un'elettroencefalografia (EEG) per determinare se le suddette informazioni sono immagazzinate nella memoria cognitiva del soggetto. Il *brain fingerprinting* si fonda sull'impiego della componente P300 del potenziale cerebrale evento-correlato (ERP), dove il P300 si riferisce alla risposta elettricamente positiva (P) e ha una latenza di almeno 300 s (300)<sup>270</sup>. Tale potenziale viene evocato allorché il soggetto riconosce uno stimolo significativo nel contesto in cui è presentato, operando in modo non invasivo dal cuoio capelluto<sup>271</sup>. La sua prima applicazione risale al caso di G.B. Grinder che, nel 1999, si costituì per l'omicidio di Julie Helton, una giovane donna assassinata circa quindici anni prima. Si tratta di un caso che, al tempo della celebrazione, risultava assai complesso, soprattutto a causa dello stesso Grinder, il quale, poco tempo dopo la sua ammissione, tornò sui suoi passi, ritrattando le affermazioni pronunciate. Gli organi di polizia, titubanti dinnanzi alle diverse contraddizioni presentate dall'uomo, decisero di richiedere l'intervento di Lawrence Farwell, ricercatore e scopritore di un nuovo metodo per determinare la colpevolezza o l'innocenza del sospettato<sup>272</sup>. Farwell mostrò a Grinder brevi frasi lampeggianti sullo schermo di un computer, alcune delle quali contenevano specifici dettagli del fatto di reato che sarebbero stati noti al solo autore, come ad esempio l'arma del delitto, il *modus operandi*, le lesioni inflitte alla vittima, il luogo di esecuzione ed abbandono del corpo, oggetti sottratti alla vittima e lasciati nei meandri della scena del crimine. L'operazione ebbe esito positivo: con un'affidabilità del 99,9% i dettagli del fatto di reato erano registrati nel cervello di Grinder come “informazioni presenti”. Per evitare la pena

---

<sup>269</sup> F. D'AURIA, *Brain fingerprint. Quel codice a barre che rende unico il nostro cervello*, in *Il BO Live Università di Padova*, 9 novembre 2021, <https://ilbolive.unipd.it/it/news/brain-fingerprint-codice-barre-che-rende-unico>.

<sup>270</sup> C. SVOLACCHIA, *Brain fingerprinting: la tecnologia che scova i criminali*, in *Close-up Engineering daily biomed magazine*, 28 giugno 2019, <https://biomedicalcue.it/brain-fingerprinting-scova-criminali/14485/#La-scoperta-del-P300-MERMER>.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

capitale, Grinder confessò lo stupro e l'omicidio di Julie Helton in cambio di una condanna a vita senza condizionale, assieme agli omicidi di altre tre giovani donne<sup>273</sup>. La necessità di individuare metodi o tecniche in grado di garantire la non invasività della sfera della libertà morale dell'individuo, nonché la scientificità dei risultati, ha portato allo sviluppo nell'ultimo quinquennio di un ricco filone di ricerca sullo studio dei processi cerebrali coinvolti nelle funzioni narrative in chiave di menzogna o verità: il cd. *deception and truth telling*, analisi condotta mediante l'impiego di apparati di risonanza magnetica funzionale per immagini (fMRI)<sup>274</sup>. Mediante il cd. metodo BOLD (*blood oxygen level-dependent*), ossia attraverso la rilevazione delle variazioni del livello di ossigeno nel sangue affluito nelle regioni corticali del cervello, tali dispositivi sono in grado di mostrare quali delle regioni predette si attivano durante i cd. *deception processing*, di elaborazione della menzogna, od i cd. *truth telling processing*, quali elaborazione della verità, sulla base della mappatura delle dinamiche cerebrali (*brain mapping*). Ciò che permette di distinguere l'elaborazione della menzogna e della verità risiede nel fatto che le aree corticali del cervello attivate nel *deception processing* sono più dilatate rispetto a quelle di *truth telling processing*, poiché la bugia comprende non solo maggiori *outputs* emozionali rispetto alla risposta veritiera, ma bensì anche l'attivazione di procedure cerebrali più complesse<sup>275</sup>:

- a) il recupero di informazioni veritiere dalle sedi della memoria;
- b) la rappresentazione simulata delle aspettative dell'interrogante;
- c) l'elaborazione strategica di un "piano" alternativo di risposta od il suo richiamo;
- d) la comparazione della menzogna elaborata con la risposta veritiera;
- e) l'inibizione della risposta veritiera;
- f) la conferma dell'opzione per il "canale" non veritiero in quanto ritenuto più conveniente;
- g) l'elaborazione della risposta menzognera sotto il controllo delle aree deputate alla coscienza di sé, nonché al significato delle proprie e delle altrui azioni, alle interazioni sociali ed alle conseguenze di tali interazioni.

---

<sup>273</sup> *Ibidem.*

<sup>274</sup> G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia* 2007, pag. 21 ss.

<sup>275</sup> *Ibidem.*

## 7. L'indagine genetica ed i limiti di utilizzo della perizia coattiva

Data la scarsità normativa in materia di impiego dell'analisi genetica, il legislatore ha cercato di porre rimedio alla suddetta lacuna con l'approvazione della legge 30 giugno 2009, n. 85<sup>276</sup>. Sebbene con la nuova normativa siano state regolamentate ipotesi nelle quali appare necessario procedere a prelievi ed accertamenti coattivi, le nuove disposizioni, tuttavia, risultano fallaci in relazione alla tutela di diritti costituzionalmente tutelati (la dignità umana, la libertà personale, la salute ecc.)<sup>277</sup>. Sintomatico è non solo l'aver omesso, da parte del legislatore, una disciplina dettata per l'ipotesi di prelievo col consenso dell'interessato (ritenendosi in tal modo che prelievi ed accertamenti consensuali possano esser eseguiti nel corso delle attività peritali a prescindere dalla gravità della fattispecie criminosa per la quale si procede e dall'esistenza di particolari requisiti di indispensabilità ai fini probatori), ma bensì anche la mancanza di un netto modo di tracciare i contorni degli atti consentiti<sup>278</sup>. Tuttavia, clausole di natura generale agevolano la delimitazione dell'area operativa della materia. La perizia coattiva è un particolare strumento che può esser disposto solo ed esclusivamente quando ricorrano determinati requisiti:

- a) si procede per un delitto doloso o preterintenzionale, consumato o tentato, al quale il codice penale subordina la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti;
- b) occorre che essa risulti indispensabile per la prova dei fatti;
- c) deve concernere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici.

La normativa individua ulteriori limiti, dettati dai commi 4 e 5 dell'art. 224-bis c.p.p., rubricato "provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale". Risultano, tuttavia, opportuni alcuni preliminari cenni alla pronuncia della Corte costituzionale n. 238/1996, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 224 c.p.p., per

---

<sup>276</sup> G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nuove Ricerche di Scienze Penalistiche, 7, 2011, pag. 82 ss.

<sup>277</sup> *Ibidem*. Così, C. CONTI, *I diritti fondamentali*, cit., pag. 995.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

contrasto con l'art. 13 co. 2 Cost., nella parte in cui consentiva al giudice di adottare, ai fini dell'espletamento delle operazioni peritali, misure limitative della libertà personale ed il prelievo ematico coattivo, senza che la normativa processuale specificasse la tipologia di misure esperibili ed indicasse i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate<sup>279</sup>. In tale occasione, i giudici della Corte sottolinearono la rilevanza dell'attività peritale in relazione allo svolgimento della vicenda processuale, affermando che «l'esigenza di acquisire la prova di un reato costituisce un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità», con la precisazione che: la sottoposizione allo svolgimento delle suddette attività peritali, idonee ad incidere sulla libertà personale del soggetto, potessero essere compiute «soltanto in presenza di alcune inderogabili condizioni», ossia che dovessero essere rispettate le riserve di legge e di giurisdizione; l'accertamento non dovesse violare la dignità della persona umana né porre in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute dell'interessato. Tornando al nodo centrale, il quarto comma della disposizione in esame prevede che «non possono in alcun modo essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità», al quale si affianca il quinto comma della norma, il quale sancisce che «le operazioni peritali sono comunque eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto ed in ogni caso a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive». Possiamo, dunque, distinguere:

- a) Le “operazioni invasive”, quelle che comportano il superamento del limite fisico (dottrina maggioritaria ritiene di sovrapporre il termine “pudore” con “integrità

---

<sup>279</sup> Si trattava di un tema già affrontato nel 1962, in relazione alla legittimità costituzionale dell'art. 4 del Testo Unico della Legge di Pubblica Sicurezza nella parte in cui la norma prevedeva rilievi segnaletici implicanti ispezioni, e nel 1986, con la legittimazione dell'esecuzione coattiva del prelievo ematico disposta da parte del giudice nel contesto dell'espletamento di una perizia medico-legale, purché non venisse superato il limite della dignità umana né fossero posti in pericolo la vita o la salute del periziando. Corte cost., sent. 9 luglio, 1986, n. 238, in *Camera.it*, <https://documenti.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/html/relazioni/16PDL0001010.html>, nella quale i giudici della corte operavano un distinguo tra: rilievi riguardanti l'aspetto esteriore della persona e rilievi che si concretizzano in ispezioni personali. I primi non comportavano alcuna menomazione al soggetto, mentre i secondi vennero considerati suscettibili di incidere sulla libertà fisica o morale della persona e riconducibili, pertanto, al genus delle ispezioni, subordinate all'applicazione dell'art. 13 Cost. Inoltre, Corte cost., sent. 27 marzo, 1962, in *Giur cost.*, 1992, pag. 240 ss. Infine, Corte cost., sent. 18 marzo, 1986, in *Cass. pen.*, 1986, pag. 868.

fisica”) dell’individuo per asportare materiale biologico, comportando l’impiego di sonde interne;

- b) Le “operazioni non invasive”, quelle metodologie attraverso le quali si riesce a raccogliere il materiale necessario per le ricerche e le analisi senza superare la barriera fisica che divide l’individuo dall’esterno, avendo ad oggetto campioni di parti esterne non sensibili del corpo (ad es. capelli, peli, unghie, saliva) e non richiedendo la somministrazione di sostanze o l’introduzione di strumenti all’interno del corpo dell’individuo;

Il codice di rito affianca all’art. 224-*bis* c.p.p. l’art. 359-*bis* c.p.p., rubricato “prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi”, che prevede al suo primo comma: «quando devono essere eseguite le operazioni di cui all’articolo 224-*bis* e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste». Alla luce di quanto sinora esposto, se prelievi ed accertamenti coattivi sulla persona devono essere effettuati esclusivamente attraverso la perizia o l’accertamento tecnico, allora appare pacifico affermare che, qualora i suddetti dovessero esser impiegati mediante strumenti diversi da quelli disciplinati dagli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., le attività risulterebbero affette dal vizio dell’inutilizzabilità. Entrambe le disposizioni prevedono, inoltre, ipotesi di nullità, rispettivamente: l’art. 224-*bis*, co. 7, c.p.p., «l’atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato»; l’art. 359-*bis*, co. 3-*bis*, c.p.p., prevede che la violazione delle disposizioni che stabiliscono limiti funzionali e di durata dell’accompagnamento coattivo, il contenuto dell’ordinanza che dispone la perizia coattiva e i divieti relativi agli accertamenti comportino le duplici sanzioni della nullità delle operazioni e della inutilizzabilità delle informazioni così ottenute. Le conseguenze sanzionatorie mutano a seconda, anzitutto, del profilo soggettivo: se si tratta dell’imputato o di altra parte privata, la nullità sarà a regime intermedio; se si tratta di un terzo, si tratterà nullità di ordine relativo. Inoltre, altro fattore di discriminazione tra l’art. 224-*bis* e l’art. 359-*bis* c.p.p. è rappresentato dal momento in cui viene effettuato il prelievo, trovando applicazione la prima norma solo nella fase delle indagini preliminari

## 8. La compatibilità delle tecniche neuroscientifiche con gli artt. 188 e 220 c.p.p.

Alla luce di quanto sinora esposto, prima di proseguire la disamina circa i profili di compatibilità delle neuroscienze con la normativa italiana di rilievo primario, appare opportuna una premessa. L'esperimento di una qualunque tecnica neuroscientifica implica una restrizione della libertà personale come fisicamente intesa, poiché il ricorso alle precedentemente illustrate tecniche di *neuroimaging* presuppone, ad esempio, l'immobilizzazione del soggetto esaminato all'interno di uno *scanner* cerebrale per un certo lasso temporale<sup>280</sup>. Il quesito di diritto riguarda se, in virtù di tale premessa, le tecniche di neuroscienze sono idonee ad essere utilizzate nell'ambito forense, considerando, inoltre, che la sottoposizione forzata *contra voluntem* può avvenire soltanto nel rispetto delle condizioni enunciate dall'art. 13 Cost., ossia in presenza dell'emanazione di un provvedimento motivato dal giudice e l'esistenza di una legge che in maniera puntuale vada a tipizzare i casi e i modi in cui la libertà personale può legittimamente essere messa da parte<sup>281</sup>. In ambito processuale, la disposizione di riferimento circa la compatibilità delle neuroscienze coi principi tutelanti la libertà fisica dell'individuo è rappresentata dall'art. 188 c.p.p., il quale stabilisce che «non possono essere utilizzate, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche e idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». Il legislatore, avendo operato una scelta intermedia tra ammissibilità o meno delle prove atipiche, senza escluderne a priori l'utilizzabilità in sede processuale, ne ha delimitato l'ambito di operatività. La norma in esame presenta un duplice scopo: da un lato, il legislatore ha inteso rispettare i più elementari e basilari principi di rispetto dei diritti umani; dall'altro, ha voluto non pregiudicare l'accertamento della verità. Appare opportuno precisare che la disposizione risulta essere applicabile esclusivamente con riferimento all'ipotesi in cui la persona viene in rilievo come fonte di prova dichiarativa, ossia «quando ciò che si cerca appartiene al foro interno dell'individuo e non esiste indipendentemente dalla sua attivazione»<sup>282</sup>. Diverso è il caso in cui il soggetto rilevi come fonte di prova reale, da intendersi quei casi in cui ciò che si vuole cercare è un elemento diverso dalla dichiarazione, esistente nella persona indipendentemente dalla

---

<sup>280</sup> G. CALIMÀ, *Rapporti tra neuroscienze e libertà personale nel processo penale italiano*, in *Salvis Juribus*, 21 settembre 2020

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 286

sua volontà<sup>283</sup>. Conseguentemente, le indagini neuroscientifiche in cui l'individuo rileva, appunto, come fonte di prova reale, sono compatibili con il dettato normativo dell'art. 188 c.p.p. Si pensi, ad esempio, alla risonanza magnetica funzionale, od alla PET. Si tratta, difatti, di tecniche neuroscientifiche volte alla semplice osservazione di anomalie morfo-funzionali del cervello, da intendersi come un'attività che in alcun modo influisce sulla libertà morale della persona, essendo finalizzata alla ricerca di elementi e dati che sono per natura insiti nell'individuo, indipendentemente dalla sua volontà<sup>284</sup>. Sul punto è opportuno citare due distinte pronunce. Già dal 2011 la giurisprudenza si è pronunciata in favore dell'impiego processuale delle tecniche neuroscientifiche, come nella sentenza n. 536/2011, nella quale il GIP ha affermato: «l'approccio psichiatrico convenzionale, basato essenzialmente sulla valutazione delle manifestazioni della malattia mentale, ben può trovare utile completamento nelle neuroscienze che oggi consentono di studiare il cervello, e in particolare quelle aree del cervello che, secondo le acquisizioni tecnico-scientifiche internazionali condivise, sono poste a presidio di alcune funzioni specifiche»<sup>285</sup>. Inoltre, di rilevante importanza è il recente intervento della Corte di cassazione, quale la sentenza n. 28964/2021, in cui i giudici del supremo collegio hanno preso in considerazione le deduzioni difensive relative alla rilevanza degli accertamenti compiuti nell'ambito delle neuroscienze da parte del consulente tecnico della difesa, ritenendoli ininfluenti sulle condizioni mentali dell'imputato al momento del fatto, evidenziando che «il profilo genetico dell'imputato, secondo la terminologia adoperata dal consulente della difesa, altro non è che la sua indole, frutto delle sue drammatiche esperienze di vita, che ha segnato negativamente i tratti della sua personalità, senza dar luogo, tuttavia, né a una vera e propria malattia di mente, né ad anomalie di tale intensità da escludere e neppure scemare grandemente la capacità di intendere e di volere»<sup>286</sup>. Complica il panorama la *questio* relativa agli strumenti volti alla verifica dell'attendibilità delle dichiarazioni processuali, poiché espressioni di indagini in cui l'individuo dichiara come fonte di prova dichiarativa. Con riferimento, ad esempio, al poligrafo, si ritiene

---

<sup>283</sup> *Ibidem*. Si afferma che «la persona riveste interesse probatorio non per ciò che dice ma per ciò che è», p. 287

<sup>284</sup> F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, «si badi che qualora le tecniche di *neuroimaging* venissero utilizzate a mo' di *lie* e *memory detection* (il che è possibile in base ai più recenti approdi dell'indagine neuroscientifica) il discorso cambia radicalmente», pp. 89-90

<sup>285</sup> Trib. Como, Sez. Uff. Indagini prel., 20 maggio 2011, n. 536

<sup>286</sup> Cass. Pen., Sez. I, 25 maggio 2021, n. 28964



essere sempre uno strumento da considerare altamente invasivo, in quanto causa di etero-determinazione del soggetto esaminato in relazione alle sua facoltà fisiche, morali e mentali, soprattutto in considerazione del fatto che durante il test il soggetto viene indotto in una posizione di stress, poiché è proprio questo il presunto indice rivelatore della menzogna<sup>287</sup>. Per quanto attiene alla narcoanalisi e all'ipnosi, tali tecniche possono essere addirittura più invasive della tecnica poligrafa, in quanto maggiori sono i livelli di costrizione morale cui è sottoposto l'individuo, i quali danno luogo ad un'etero-determinazione totale o quasi. Per quanto attiene l'*a-I.A.T.*, alcuni lo qualificano con un livello di etero-determinazione nullo: tale macchina della verità implicherebbe per l'individuo la semplice somministrazione di un compito cognitivo, ossia «nulla di tecnologicamente più invasivo di una visita di controllo per la patente di guida»<sup>288</sup>. Risulterebbe del tutto assente una qualsivoglia limitazione della libertà morale, non essendo nemmeno riscontrabile un'alterazione nella capacità di ricordare e di valutare il fatto in quanto non si tratta di operazioni richieste all'individuo, il quale sarebbe chiamato, difatti, ad effettuare delle associazioni tra frasi che compaiono sullo schermo ed il somministrato non verrebbe indotto o costretto a dire la verità<sup>289</sup>. Conseguentemente, non risulterebbe riscontrabile alcuna alterazione o etero-determinazione, il che rende la tecnica neuroscientifica in esame conforme al dettato normativo ex. art. 188 c.p.p. Tuttavia, è opportuno prendere le mosse da un particolare orientamento interpretativo della disposizione sin qui analizzata. Alcuni ritengono, sulla base di un'interpretazione estensiva e garantista del concetto di libertà morale, inammissibile l'utilizzo processuale dei *lie* e *memory detector*, in quanto, sebbene durante l'espletamento delle suddette tecniche possa anche non aver luogo alcuna lesione della libertà morale, è possibile che il soggetto, in virtù del quomodo con cui il test è condotto, sia destinatario di una perturbazione della libertà psichica idonea a determinare uno stato di soggezione tale da indurlo a rispondere in un certo modo alle domande somministrate durante l'esame stesso<sup>290</sup>. Seguendo tale orientamento, apparirebbero illegittime le modalità di esecuzione

---

<sup>287</sup> G. CALIMÀ, *Rapporti tra neuroscienze e libertà personale nel processo penale italiano*, in *Salvis Juribus*, 21 settembre 2020

<sup>288</sup> L. SAMMICHELI, A. FORZA, N. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Libertà morale e ricerca processuale della verità: metodiche neuroscientifiche*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G., *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 246

<sup>289</sup> G. CALIMÀ, *Rapporti tra neuroscienze e libertà personale nel processo penale italiano*, in *Salvis Juribus*, 21 settembre 2020.

<sup>290</sup> F.G. PIZZETTI., *op. cit.*, p. 92.

delle neurotecniche. È da rilevare, inoltre, che attraverso tali tecniche si viene ad attuare un controllo del comportamento che tende a cercare risposte al di fuori dell'autodominio del soggetto<sup>291</sup>. Non si può ignorare che l'esecuzione di tali test avviene sempre in un ambiente controllato, alla presenza di persone estranee. Ulteriore elemento da prendere in considerazione è la pressione psicologica che potrebbe soffrire l'individuo esaminato alla luce della presenza di «un sistema che si presume in grado di svelare il carattere mendace delle risposte fornite»<sup>292</sup>.

È opportuno, inoltre, far presente che alla libertà morale è strettamente connesso il diritto al silenzio, costituzionalmente ed internazionalmente protetto, il quale consente all'imputato od indagato di rifiutarsi, nel corso dell'esame o dell'interrogatorio, di rispondere ad una qualunque domanda attinente a un fatto proprio<sup>293</sup>. Sebbene non vi sia una disposizione che esplicitamente enunci tale diritto, questo risulta tutelato: dall'art. 24 Cost., posto a tutela del diritto di difesa, posto che il silenzio rientra tra le opzioni difensive dell'imputato; dall'art. 27 Cost., il quale, disponendo che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva, enuncia il principio della presunzione di innocenza; dall'art. 111 Cost., principio cardine del giusto processo, il quale si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale; dagli artt. 6 CEDU e 48 della Carta di Nizza, i quali ricalcano le disposizioni costituzionali, nonché dall'art. 111 Cost., in materia di giusto processo<sup>294</sup>. Sulla base di quanto esposto, se il diritto al silenzio è da rinvenire come espressione della libertà morale, allora è pacifico affermare come una sua protezione possa essere ravvisata anche nel dettato normativo dell'art. 188 c.p.p.<sup>295</sup>. Non appare lesiva del diritto al silenzio, poiché non in grado di ledere la libertà morale, la sottoposizione a metodi neuroscientifici in cui l'imputato rileva come fonte di prova reale e non come di fonte di prova dichiarativa<sup>296</sup>. Considerando le singole tecniche neuroscientifiche, tanto i *lie detector*

---

<sup>291</sup> P. TONINI, op. cit., p. 1133.

<sup>292</sup> L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2012, pp. 904-920.

<sup>293</sup> P. TONINI, op. cit., p. 314.

<sup>294</sup> Sul tema del diritto al silenzio v., tra le principali opere monografiche, E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022; V. GREVI, "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino, 2000; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006

<sup>295</sup> G. CALIMÀ, *Rapporti tra neuroscienze e libertà personale nel processo penale italiano*, in *Salvis Juribus*, 21 settembre 2020

<sup>296</sup> *Ibidem*.

quanto i *memory detector* sono senza dubbio alcuno lesivi del diritto al silenzio, in quanto integrano metodologie pensate per scoprire la verità storica dei fatti, oltrepassando od alterando la volontà dell'imputato<sup>297</sup>. Un secondo profilo attiene alla compatibilità delle tecniche neuroscientifiche con il dettato normativo dell'art. 220, co. 2, c.p.p., il quale sancisce il divieto di effettuare sul soggetto una perizia volta a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche. Da tale disposizione emerge con chiarezza l'atteggiamento di scetticismo verso l'attendibilità delle scienze psicologiche e dei risultati delle analisi condotte in applicazione delle medesime<sup>298</sup>. Difatti, la perizia criminologica ha l'obiettivo di redigere un quadro di personalità e di carattere per impiegarla solo nella fase esecutiva, quando si deve individuare come svolgere la pena o che misura di sicurezza applicare<sup>299</sup>. Contraria appare la *ratio* del legislatore, il quale si è prodigato contro tale possibilità mediante l'imposizione del divieto, affinché possa essere evitata l'eventuale lesione della libertà morale dell'imputato. Secondo alcuni autori attuare in un processo un esame volto all'elaborazione di un quadro personologico del soggetto risulterebbe lesivo della sua dignità, in quanto, da una parte, il soggetto sarebbe spinto velatamente ad esporre una confessione e, dall'altra, si delinea il rischio di cedere ai pregiudizi creati da precedenti o aspetti particolari del carattere dell'imputato che potrebbero condizionare il *modus iudicandi* dell'organo giudicante<sup>300</sup>. Rilevante risulta la sentenza n. 30402/2006, nella quale la Suprema Corte si esprime favorevolmente al divieto, confermando l'inammissibilità di accedere a una perizia criminologica nel corso del processo, precisando che il divieto in ossequio all'art. 220, co. 2, c.p.p., mette in atto un effetto

---

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> V. TONDI, *Il divieto di perizia sulla personalità dell'imputato alla prova delle nuove tecnologie?*, in *Atti del convegno Luiss*, 16,17,18 dicembre, 2021.

<sup>299</sup> AA.VV., *Il divieto di perizia criminologica*, in *AICIS*, 20 dicembre 2019

<sup>300</sup> F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, in *Diritto penale e processo*, 2007, n. 7, IPSOA, p. 931. Afferma: «il diritto penale che accetta di introdurre indagini sulla personalità del soggetto è definito come "diritto penale interiore", protagonista in quei sistemi che poggiano le fondamenta su elementi soggettivi, laddove domina l'esaltazione dell'elemento spirituale ossia le intenzioni. È un diritto penale che ha come obiettivo quello di punire i pensieri più nascosti della persona, estorti in maniera violenta ovvero fraudolenta con l'ausilio della tortura, della narco-analisi, la macchina della verità o altri strumenti del genere. L'obiettivo principale è quindi la "repressione del dissenso" senza il bisogno di prove oggettive, dando importanza al potenziale e non alla condotta criminosa che va a ledere il principio, appartenente al diritto penale moderno, *nemo patitur cogitationis poenam*, brocardo che indica che niuno può essere punito per il semplice pensiero finché questo non si traduca in azione materiale».

espansivo, in quanto mette in pratica l'inutilizzabilità della perizia a entrambe le parti coinvolte nel processo, dando solo la possibilità di disporre perizie volte ad accertare l'assenza o diminuzione della capacità di intendere e di volere e al giudizio di pericolosità sociale, il divieto trova la sua ratio nella tutela dell'imputato per non spingerlo a una confessione indotta<sup>301</sup>. La Corte, dunque, conferma il divieto e ribadisce l'indole positiva dello stesso posto a tutela dell'imputato, avvalorando quella storica sfiducia nei confronti della psicologia. Tuttavia, alcuni sostengono che il condizionamento in senso pregiudizievole all'imputato dell'apprezzamento giudiziale potrebbe essere posto in discussione, in ragione della possibilità di pervenire a decisioni più accurate e calibrate sulle caratteristiche dell'individuo offerta dall'ausilio delle scienze psicologiche e di strumenti tecnologici idonei a supportare le valutazioni scientifiche tradizionali, sì da elaborare un novero complesso e consistente di dati secondo regole di «natura psico-criminologica». Inoltre, anche la Corte costituzionale è intervenuta nel merito con la pronuncia n. 179/1973<sup>303</sup>. La questione aveva ad oggetto l'art. 314, c. 2, c.p.p., per la violazione di tre distinti principi costituzionali, quali gli artt. 3, 24, co. 2, e 27, co. 3, Cost. La Corte tentava di chiarire se il divieto potesse considerarsi lesivo del diritto di difesa, giacché ostacolava l'imputato nel procurarsi gli elementi di prova decisivi per la sentenza finale, altresì in contrasto con il principio di uguaglianza, giacché lo stesso mezzo è consentito nel processo minorile a norma dell'art. 11 r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, e, infine, in contrasto con la funzione rieducativa della pena. Il giudice *ad quem* rigettava la questione che il quesito sottoposto alla Corte non potesse risolversi in termini di legittimità costituzionale, ma bensì di mera discrezionalità legislativa: l'imputato, nell'ambito della difesa, può contare sull'esperienza e sulla cultura del giudice e le uniche critiche che possono essere mosse riguardano la funzione legislativa e non profili di incostituzionalità. Per quanto concerne la funzione rieducativa della pena, così si esprime la Corte: «le considerazioni suesposte in ordine alla funzione emendatrice della pena ed al carattere unitario della formulazione dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, valgono ad escludere la prospettata illegittimità dell'art. 133, secondo comma, n. 1, cod. pen., nella parte in cui fa riferimento al solo carattere e non anche all'intera personalità dell'imputato». Per quanto attiene, invece, alla violazione del principio di uguaglianza, la

---

<sup>301</sup> Cass. pen., 13 settembre, 2006, n. 30402

<sup>303</sup> Corte Cost., sent., 19 dicembre 1973, n. 179

Corte asseriva che le peculiarità del processo minorile, soprattutto in relazione allo scopo rieducativo della pena, rendevano impossibile un paragone. Sono molti gli autori che, favorevoli all'abrogazione del divieto, si sono espressi in favore del suo superamento suggerendo alcune soluzioni<sup>304</sup>:

- a) La prima soluzione viene definita “del primato del merito”, il quale prende le mosse dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost., i quali recitano rispettivamente: il comma 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», nonché il diritto, «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», ed infine che «sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo»; il comma 4, «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». La violazione del principio di uguaglianza si riscontrerebbe nel fatto che non è corretto trattare in modo differente situazioni che risultano del tutto analoghe solo per il fatto che si perpetuano pregiudizi privi di motivazioni nei confronti della psicologia. Ci si è spinti anche a parlare di una violazione del diritto di difesa, ex art. 24 Cost., laddove non si permette all'imputato di usufruire del contributo della psicologia per provare l'innocenza del proprio assistito;
- b) La seconda soluzione è denominata “all'italiana” e si tratta di un orientamento sviluppatosi nel caso del delitto di Cogne<sup>305</sup>. Secondo tale prospettiva si ritiene che la parte interessata possa disporre dello svolgimento di una perizia psichiatrica affinché possa essere delineata con chiarezza la dettagliata descrizione del carattere e della personalità del soggetto, nonché delle qualità

---

<sup>304</sup> O. PELLIZZER, *Il divieto di perizia psicologica*, in *Psicologia Giuridica – Fondazione di Guglielmo Gullotta di Psicologia Forense e della Comunicazione*, Torino, 2009.

<sup>305</sup> Cass. pen., Sez. I, sent. 21 maggio 2008, n. 31456

psichiche svincolate da cause patologiche. Tali analisi psicologiche andrebbero a collimare con le valutazioni strettamente psichiatriche per il raggiungimento della sentenza;

- c) L'ultima argomentazione è un'esegesi *secundum legem* del secondo comma dell'art. 220 c.p.p., per la quale una corretta interpretazione dovrebbe muoversi su una duplice considerazione. La prima riguarda un rapporto che intercorre fra il primo (regola) e il secondo comma (eccezione). È opportuno sottolineare che le disposizioni che fanno eccezione a regole generali si applicano solo ai casi e ai tempi indicati nelle stesse. Pertanto, il secondo comma art. 220, che costituisce un'eccezione alla regola generale dichiarata nel primo comma, «dovrebbe essere interpretato in maniera restrittiva, il che dovrebbe condurre alla facoltà di consentire il transito nel processo di tutte le informazioni corroborate al carattere e alla personalità del soggetto, nonché alle qualità psichiche, prescindendo dalla perizia affidata all'esperto nominato dal giudice e impiegando le valutazioni del testimone esperto»<sup>306</sup>. Secondo tale orientamento, l'interpretazione restrittiva del divieto consente l'introduzione nel processo delle valutazioni psicologiche sul carattere e sulla personalità provenienti da altri mezzi, come ad esempio, la consulenza di parte. L'altra considerazione attiene al principio del *favor rei*: seguendo la soluzione in esame apparirebbe illogico impedire che l'imputato possa disporre di uno strumento, che viene esaminato criticamente e specificamente nel metodo del contraddittorio, da cui si potrebbero trarre elementi positivi e favorevoli nei confronti del reo.

## 9. L'esame dattiloscopico

Il codice di rito dedica il libro V, più precisamente il titolo IV, alle fase delle indagini preliminari, nella quale viene ad essere regolato lo svolgimento dell'attività a cui è preposta la polizia giudiziaria. Tra le operazioni nelle quali si destreggiano gli organi di polizia, è particolarmente nota l'analisi dattiloscopica, volta allo studio ed impiego delle impronte digitali. Difatti, ai sensi dell'art. 349, co. 2, c.p.p., «alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini può procedersi anche eseguendo, ove

---

<sup>306</sup> O. PELLIZZER, *Il divieto di perizia psicologica*, in *Psicologia Giuridica – Fondazione di Guglielmo Gullotta di Psicologia Forense e della Comunicazione*, Torino, 2009.

occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti». La dattiloscopia rappresenta il ramo della criminologia che si occupa dello studio delle creste cutanee dei polpastrelli, nonché dei palmi delle mani e delle piante dei piedi, avendo l'obiettivo di identificare l'autore di un reato attraverso le impronte digitali lasciate da quest'ultimo sull'oggetto impiegato per commettere il fatto di reato, oppure per individuare la vittima del reato stesso<sup>307</sup>. Ciò poiché le superficie delle palme delle mani o delle piante dei piedi sono caratterizzate da papille dermiche, le quali formano creste cutanee con all'interno dei pori sudoripari che secernono una sostanza incolore composta da acqua, cloruro di sodio ed altre sostanze<sup>308</sup>. Allorquando le suddette creste entrano in contatto con una superficie non scabra, vi si deposita l'impronta latente, che riproduce esattamente il disegno delle linee papillari<sup>309</sup>. Possiamo distinguere: impronte digitali, riproducenti il disegno delle creste esistenti sui polpastrelli; palmari, che riproducono il disegno del palmo della mano e della prima e seconda falange delle dita; impronte peritali, che riproducono il disegno delle creste papillari della superficie del piede. La ricerca dell'identità dell'autore mediante l'impiego dell'analisi dattiloscopica presenta alcuni profili<sup>310</sup>:

- a) L'immutabilità delle impronte, poiché le conformazioni dei disegni papillari non si modificano per tutta la durata della vita sin dal sesto mese della vita intrauterina, eccezion fatta per gravi effetti traumatici al tessuto cutaneo, ovvero per malattie infettive della pelle;
- b) La variabilità delle impronte, in quanto i fasci papillari sono unici e si differenziano da mano a mano (nemmeno i gemelli monoovulari presentano le medesime tracce);
- c) La classificabilità delle figure dei polpastrelli, dato che le impronte si riconducono nelle quattro figure dell'adelta, monodelta, bidelta e composta<sup>311</sup>;

---

<sup>307</sup> Definizione di M. PASIAN, *Accertamenti dattiloscopici*, in *Studio Legale Pasian*, 8 novembre 2018, <https://www.studiolegalepasian.it/accertamenti-dattiloscopici/>.

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

<sup>311</sup> L'idea di una loro classificazione deriva da Francis Galton, partendo dalla premessa secondo cui nelle impronte digitali sono riconducibili due o tre sistemi e più precisamente: «un sistema "basale" che corre trasversalmente al polpastrello in prossimità della piega tra di esso e la seconda falange; un sistema "marginale" formato da linee, che, partendo da un lato dei polpastrelli, si rivolgono in altro, descrivono un arco e discendono in basso al lato opposto; infine, un sistema "centrale" che si inserisca tra quello basale e quello marginale». Tali sistemi convergono sempre in un punto di incontro, che delinea una figura triangolare denominata delta. Così, G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*.

Non vi sono leggi scientifiche universalmente valide alla base della suddetta disciplina, bensì soltanto delle leggi probabilistiche, alle quali la comunità scientifica attribuisce un altro grado di attendibilità, sull'assunto secondo cui i rilievi sono unici ed individuabili, nonché irripetibili come esposto in a)<sup>312</sup>.

### **9.1. Le fasi dell'indagine dattiloscopica e profili problematici**

L'analisi dattiloscopica segue uno schema bifasico: nella prima fase, vengono rilevate, se esistenti, impronte papillari, visibili o latenti lasciate dall'autore del reato su oggetti; nella seconda, i frammenti di impronta papillare rilevati nel corso della prima fase vengono confrontati con le impronte papillari della persona sottoposta alle indagini. Sul luogo del reato le impronte possono presentarsi in diversi aspetti<sup>313</sup>:

- a) visibili, prodotte o dal contatto della superficie papillare ricoperta di sostanza ematica, vernice od altro materiale, oppure attraverso l'asportazione di sostanza da superficie ricoperte di polvere od altro composto ad opera delle linee papillari;
- b) modellate o per spostamento, le quali si producono a seguito del contatto della superficie papillare con sostanze malleabili;
- c) latenti, causate dal deposito di una sostanza eliminata dai pori delle creste dermiche sugli oggetti con cui vengono a contatto.

Tra i prodotti, difatti, maggiormente impiegati nel rilevamento delle impronte vi sono le polveri adesive, le quali vengono distribuite con dei pennelli e, una volta evidenziata l'impronta, viene asportata con "adesivi dattiloscopici" formati da un supporto elastico con una superficie adesiva, sulla quale è applicata una pellicola trasparente per permetterne la conservazione<sup>314</sup>. Perplessità sono sorte in relazione a diversi profili. Anzitutto, motivo di doglianza è stato l'addebito formulato nei confronti degli indagati senza che fosse stato dato loro il diritto di replicare, di nominare un proprio consulente e d'intervenire nella corretta cristallizzazione della prova e, dunque, la mancata applicazione dell'art. 360 c.p.p., rubricato "accertamenti tecnici non ripetibili", che

---

*Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nuove Ricerche di Scienze Penalistiche, 7, 2011, pag. 176.

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> *Ibidem*.

<sup>314</sup> M. PASIAN, *Accertamenti dattiloscopici*, in *Studio Legale Pasian*, 8 novembre 2018, <https://www.studiolegalepasian.it/accertamenti-dattiloscopici/>.



prevede: «quando gli accertamenti riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici»<sup>315</sup>. Dunque, il difensore e i consulenti hanno il diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve, pena l'inutilizzabilità della prova. Ulteriore aspetto problematico è la difficoltà di inquadrare dal punto di vista giuridico le due diverse fasi dell'analisi dattiloscopica. In particolare, l'art. 348, co. 2, lett. a), c.p.p. stabilisce che, al fine di conservare le cose e le tracce pertinenti al reato, si può procedere solamente in caso di necessità ad effettuare il rilievo dell'impronta nell'immediatezza del fatto. Conseguentemente, laddove mancasse il carattere dell'urgenza e fosse possibile la repertazione dell'oggetto su cui l'impronta è caduta, se si procedesse ex art. 348 c.p.p. l'atto non sarebbe utilizzabile nella fase dibattimentale. Sul punto è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione. Nella sentenza n. 11881/2010, per ciò che concerne l'attività di rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari, i giudici della Corte hanno ritenuto che, non richiedendo altro che accertamenti di dati obiettivi, le operazioni di evidenziazione, fissazione e comparazione delle impronte papillari rientrerebbero non già nelle regole degli artt. 359 e 360 c.p.p., ma bensì negli accertamenti previsti dall'art. 354, co. 2, c.p.p., il quale attribuisce alla polizia il potere di raccogliere le impronte sul luogo del delitto e di curare e conservare le tracce e le cose pertinenti al reato, controllando che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero.<sup>316</sup> L'attività dattiloscopica compartiva è, dunque, un'attività che rientra di fatto nella mera "osservazione" e non richiederebbe specifiche attività tecniche. Essendo, infine, il verbale di comparazione delle impronte un atto irripetibile, dovrà essere inserito nel fascicolo per

---

<sup>315</sup> S. TOLESINO, *Accertamenti dattiloscopici: caratteristiche e utilizzo delle impronte digitali nel procedimento penale*, 30 luglio, 2017, in *Studio Legale Tolesino*, <https://studiolegaletolesino.wordpress.com/2017/07/30/accertamenti-dattiloscopici-caratteristiche-e-utilizzo-delle-impronte-digitali-nel-procedimento-penale/>.

<sup>316</sup> Cass. pen., Sez. V., 20 novembre, 2000, n. 11881, in *Guida dir.*, 2001, 2, pag. 105. Gli accertamenti tecnici di cui art. 359 c.p.p. si risolvono in operazioni urgenti non ripetibili di natura meramente materiale; quelli dell'art. 360 c.p.p. presuppongono attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica ed impongono il rispetto del contraddittorio e delle correlate garanzie difensive. Così G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nuove Ricerche di Scienze Penalistiche, 7, 2011, pag. 179.

il dibattimento ai sensi dell'art. 431, lett. b), c.p.p. ed assumerà valore pienamente probatorio<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nuove Ricerche di Scienze Penalistiche, 7, 2011, pag. 116 ss.

## CAPITOLO IV

### LIMITI DI UTILIZZABILITÀ DELLA PROVA ESTERA

#### 1. Il progressivo temperamento del principio della *lex loci*

La progressiva evoluzione tecnologica degli strumenti posti a disposizione del cittadino ha portato, come diretta conseguenza, all'incremento del noto fenomeno del crimine transfrontaliero<sup>318</sup>. Permettendo gli strumenti medesimi di realizzare la condotta in un luogo determinato ed il verificarsi degli eventi in una distinta sede, l'avanzamento tecnologico si è posto come ostacolo all'attività della scienza giuridica, la quale non può muoversi, per sua natura, di pari passo al miglioramento. Ciò emerge dalle diverse disposizioni che compongono il nostro ordinamento e quello comunitario, oltreché il diritto internazionale, le quali prevedono, anzitutto, la cooperazione dei diversi Stati a garantire la pretesa punitiva interna e che la stessa sia in sintonia rispetto ai limiti imposti dalle norme di rango superiore. Un primo esempio è dato dal dettato costituzionale, il quale offre un quadro cristallino del rapporto che intercorre tra il diritto interno, internazionale e quello comunitario: l'art. 10 Cost. impone all'ordinamento di conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute; l'art. 11 Cost. costituzionalizza il principio secondo cui l'Italia ripudia la guerra in tutte le sue forme, consentendo in condizioni di parità con gli altri Stati membri dell'Unione limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; l'art. 117 Cost. stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto non solo della Costituzione, ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (e dalla veste di Stato membro dell'Unione europea). L'influenza del diritto comunitario in quello nazionale costituisce una realtà nella quale, ancora oggi, vi è un continuo proliferarsi di confusioni tra le fonti del Consiglio d'Europa e quelle dell'Unione europea. Seguendo tale prospettiva, problematica che assume rilevante importanza concerne, in particolar modo, l'interpretazione conforme rispetto alle norme costituzionali dalle quali scaturisce l'obbligo per l'interprete di applicare direttamente le stesse, privilegiando la soluzione interpretativa alla proposizione di un

---

<sup>318</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, pag. 141 ss.

incidente di costituzionalità<sup>319</sup>. Sulla prevalenza del diritto comunitario rispetto al diritto interno, la Corte di giustizia ha sancito il principio del primato del primo, in forza del quale si impone al giudice interno di applicare direttamente la norma comunitaria immediatamente precettiva nell'ordinamento nazionale, disapplicando se il caso lo richiede la norma interna contrastante, senza investire il Giudice delle leggi della questione di legittimità costituzionale. È opportuno operare una precisazione: tale attività di disapplicazione della norma interna in contrasto rispetto alle norme comunitaria può aver luogo solo a condizione che quest'ultima soddisfi i requisiti dell'immediata applicabilità<sup>320</sup>. Contrariamente, la disposizione comunitaria conserva un vincolo indiretto, costituito dall'obbligo del giudice nazionale di pervenire ad un'interpretazione conforme del diritto interno a quello dell'Unione. Per il richiamo all'art. 11 Cost., il diritto dell'Unione europea riveste un ruolo sovraordinato nella piramide gerarchica delle fonti rispetto alla Carta dei valori con riferimento alla competenza ex art. 117 (eccezione fatta per i cc.dd. controlimiti)<sup>321</sup>. Conseguentemente, nelle materie di competenza esclusiva dell'Unione, il giudice chiamato a pronunciarsi sull'eventuale contrasto fra la norma interna e quella comunitaria deve adire non la Corte costituzionale, bensì la Corte di giustizia<sup>322</sup>. Il giudice interno deve, dunque, fare tutto ciò che rientra nel proprio mandato per garantire l'efficacia delle norme comunitarie, senza che da ciò scaturisca «un'esondazione dalle sue competenze» previste a livello nazionale<sup>323</sup>. Sul tema appare opportuno richiamare la sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.P.R. 22 settembre 1978, n. 695 («Modificazioni alle disposizioni preliminari alla tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica italiana»), in riferimento agli artt. 189 e 177 del Trattato di Roma<sup>324</sup>. Nel caso di specie, con ordinanza emessa il 30 aprile 1979 il Tribunale di Genova ha, nel corso del procedimento civile tra la S.p.A. Granital e l'Amministrazione finanziaria, sollevato di ufficio questione di costituzionalità dell'art. 3 del d.P.R. n.

---

<sup>319</sup> TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, pag. 323. Citazione in F. Dinacci, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in Cass. pen., 2016, 7-8, 3055.

<sup>320</sup> Che, dunque, la stessa si connoti per competenza, precisione e incondizionatezza.

<sup>321</sup> F. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in Cass. pen., 2016, 7-8, 3055

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> *Ibidem*.

<sup>324</sup> Corte Cost., sent., 5 giugno, 1984, n. 170, in *Consulta online*, <https://giurcost.org/decisioni/1984/0170s-84.html>.

695/78, per presunta violazione dell'art. 11 Cost., in riferimento agli artt. 189 e 177 del Trattato di Roma. La S.p.A. Granital presentava alla dogana di Savona una dichiarazione d'importazione definitiva di 500 tonnellate di orzo canadese, accettata in data 22 febbraio 1972 e, all'atto di liquidazione dei diritti doganali dovuti, veniva applicato nella misura inferiore, sopravvenuta dopo la data di accettazione della dichiarazione, diritto di prelievo, ai sensi delle disposizioni preliminari alla tariffa doganale (approvata con d.P.R. n. 723/65). Successivamente, con sentenza del 15 giugno 1976, la Corte di giustizia della Comunità interpretava l'art. 15 del regolamento CEE n. 120/1967, statuendo che il giorno dell'importazione, con riferimento al quale il prelievo va calcolato, è quello in cui la dichiarazione di importazione risulta accettata dalla dogana. Con atto ingiuntivo del 28 aprile 1977 la dogana intimava alla società il pagamento di un'ulteriore somma (364.000 lire), pari alla differenza fra l'imposta che si assumeva effettivamente dovuta, in quanto vigente alla data di accettazione della dichiarazione e l'imposta invece vigente alla data dell'istanza diretta ad ottenere l'applicazione del dazio più favorevole, liquidato all'atto dello sdoganamento. La società importatrice si opponeva, dunque, a tale atto ingiuntivo, deducendo innanzi al giudice a quo: la nullità dell'ingiunzione, in quanto priva delle firme dei competenti funzionari doganali; la non applicabilità alla specie della suddetta sentenza della CGCE, in quanto contrastante con i criteri stabiliti dalla Commissione CEE, con le circolari ministeriali trasmesse alle dogane dal 63 al 72, nonché con i precedenti giurisprudenziali delle corti italiane. La società opponente asseriva altresì che la riliquidazione avrebbe posto a carico dell'importatore un onere supplementare senza possibilità di rivalsa sugli acquirenti e deduceva, ancora, l'avvenuta riliquidazione del tributo dopo il decorso del semestre, previsto dall'art. 74 del T.U. n. 43 del 1973 per la revisione dell'accertamento doganale. Nel giudizio davanti al Tribunale di Genova, entrava in vigore il d.P.R. n. 695/78, il cui art. 1 n. 3 veniva dettato in sostituzione dell'art. 6, punto 2, delle disposizioni preliminari alla tariffa doganale. Difatti, la predetta disposizione prevedeva che, qualora fosse intervenuta una variazione del dazio dopo che sia fosse accettata la relativa dichiarazione di importazione, l'interessato avrebbe potuto chiedere l'applicazione del dazio più favorevole. Dall'agevolazione così prevista sono eccettuati i prelievi agricoli. Ulteriore elemento messo in rilievo dal giudice *a quo* era da rinvenire nell'art. 3 del d.P.R. n. 695/78, il quale statuiva che la norma di cui al punto 2 dell'art. 6 delle disposizioni preliminari, avesse effetto a partire dall'11 settembre 1976.

Il giudice rimettente sosteneva, dunque, che fosse tale *ius superveniens* a dover essere applicato alla controversia pendente; «la nuova normativa», riteneva il Tribunale, «esclude la possibilità di applicare il dazio più favorevole ad importazioni di prodotti agricoli sottoposti al regime dei prelievi comunitari, dovendosi qui unicamente aver riguardo all'imposta in vigore nel giorno di accettazione della dichiarazione doganale»<sup>325</sup>. A sostegno della non manifesta infondatezza della questione, il giudice *a quo* sosteneva che «i regolamenti comunitari sono ex art. 189 del Trattato di Roma immediatamente e direttamente applicabili nell'ordinamento statale; l'emanazione di norme interne riproduttive di quelle emesse dagli organi comunitari offende l'art. 177 del Trattato, poiché implica che la disciplina di materia riservata alla competenza della Comunità sia sottratta alla cognizione della Corte del Lussemburgo: spetta invero esclusivamente a detto organo interpretare il Trattato e il diritto comunitario, con il risultato che le pronunzie da esso rese ex art. 177 del Trattato vincolano indistintamente tutti i giudici nazionali; l'art. 17 dei regolamenti CEE nn. 19/62 e 120/67 dispongono, secondo l'interpretazione datane dalla Corte della Comunità, che il diritto di prelievo è quello in vigore nel giorno di importazione, e cioè del giorno in cui la dichiarazione di importazione è accettata dagli organi doganali; la normativa interna detta, dalla quale risulta, implicitamente ma inequivocabilmente, che, quando sia sopravvenuto il dazio più favorevole, va riscosso un prelievo diverso da quello vigente dal giorno dell'accettazione. I criteri, rispettivamente accolti dal diritto comunitario e da quello nazionale, sarebbero dunque palesemente incompatibili»<sup>326</sup>. Nel considerato in diritto, la Corte costituzionale sottolineava che «il regolamento comunitario va sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato». Solo così sarebbe soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, la quale impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea. Il collegio seguiva: «col giudice comunitario si può convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio

---

<sup>325</sup> *Ivi.*

<sup>326</sup> *Ivi.*

secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna»<sup>327</sup>. Difatti, nel caso in esame, la Corte sveniva investita della questione concernente l'accertamento circa la rimozione da parte del legislatore ordinario dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost. In tal senso, il Giudice delle leggi dichiarava l'inammissibilità del quesito di diritto sollevato dal Tribunale di Genova concludendo che «spetta al giudice rimettente accertare se gli invocati regolamenti e principi dell'ordinamento comunitario consentano, e a qual titolo, che il regime del prelievo agricolo, sotto il profilo dedotto nella presente controversia, sia fatto retroagire soltanto fino alla data di pubblicazione della pronuncia interpretativa della Corte del Lussemburgo»<sup>328</sup>. Accanto alla Carta fondamentale, anche il codice di procedura penale (in attuazione dell'art. 2 della legge delega al suddetto) all'art. 696 ribadisce il ruolo sussidiario nella norma interna rispetto alle norme internazionali pattizie, con la conseguenza che questa debbano considerarsi di rango superiore e prevalenti sulle norme interne, trovando applicazione esclusivamente nelle ipotesi giuridiche non disciplinate dalle fonti sovraordinate<sup>329</sup>. Obiettivo primario del diritto penale europeo appare volto alla creazione di un'area comune di giustizia ed elemento essenziale per la suddetta è la libera circolazione della prova penale all'interno dell'Unione. Il modello tradizionale della cooperazione giudiziaria internazionale ha subito un rilevante mutamento, per effetto dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ai settori più disparati della cooperazione penale<sup>330</sup>. Una trasformazione che vede le sue origini negli anni 2001-2002, allorché le istituzioni comunitarie diedero vita ad un processo di modifica degli istituti della cooperazione, prendendo le mosse dalla conclusione n. 36 del Consiglio europeo di Tampere del 15 ottobre 1999, nella quale emergeva il principio secondo cui «le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri,

---

<sup>327</sup> *Ivi.*

<sup>328</sup> *Ivi.*

<sup>329</sup> *Ibidem.*

<sup>330</sup> G. DE AMICIS, *Limite e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/500-limiti-e-prospettive-del-mandato-europeo-di-ricerca-della-prova>.

tenuto conto delle norme ivi applicabili»<sup>331</sup>. Si cominciava già a profilare la combinazione del rilevante principio della ammissibilità della prova legalmente acquisita e circolante sul territorio dell'Unione con quello della compatibilità rispetto alle regole interne in materia probatoria, in virtù della diversità dei distinti sistemi giuridici che compongono l'Unione europea e, conseguentemente, le diverse regole che disciplinano la materia penale e processuale penale dei singoli Stati. Il nodo gordiano è insito nella legge applicabile alla acquisizione della prova in un altro Stato dell'Unione europea ai fini dell'utilizzo della stessa in sede processuale nello Stato richiedente, diverso da quello in cui la prova è stata acquisita. Nel piano d'azione del Programma dell'Aia del 4-5 novembre 2004 è stata prevista, oltre all'elaborazione di una proposta volta a completare il mandato europeo di raccolta delle prove, l'esigenza di un ravvicinamento normativo mediante la predisposizione di un'ulteriore Proposta su «norme minime relative all'assunzione delle prove nella prospettiva della reciproca ammissibilità»<sup>332</sup>. Tale esigenza viene a riproporsi anche con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, i cui artt. 67, par. 3, e 82, parr. 1 e 2, lett. a), b) e d), prevedono che quando sia necessario per facilitare il reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi una dimensione transnazionale, l'Unione possa stabilire, mediante direttive, «norme minime» aventi ad oggetto «l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri», nonché «i diritti della persona nella procedura penale» e «altri elementi specifici della procedura penale», individuati dal Consiglio in via preliminare attraverso una decisione deliberata all'unanimità dal Consiglio stesso, previa approvazione del Parlamento<sup>333</sup>. Si tratterebbe, dunque, di un'opera di armonizzazione volta alla reciproca ammissibilità delle prove, attività che coinvolge non solo la fase strettamente processuale, ma investe anche le regole minime dei mezzi di ricerca della prova nella fase pre-processuale. Vengono in rilievo due distinti approcci: l'uno che favorisce la *lex loci*, ossia l'applicazione della legge del luogo in cui la prova viene raccolta, col rischio di inutilizzabilità dello Stato del processo; l'altro che predilige la *lex fori*, quella dello Stato richiedente, con l'inconveniente che l'esportazione di una legge processuale in un altro Stato si può

---

<sup>331</sup> *Ibidem.*

<sup>332</sup> *Ibidem.*

<sup>333</sup> *Ibidem.*



scontrare coi principi fondamentali di quest'ultimo<sup>334</sup>. La normativa in materia di ordine europeo di indagine, a seguito dell'approvazione nel 2014 della direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 ed il suo recepimento nel sistema italiano con il decreto legislativo del 21 giugno del 2017, n. 108, prevede numerosi esempi di temperamenti del principio della *lex loci*<sup>335</sup>. Con riferimento alla direttiva 2014, dal nato letterale dell'art. 9 emerge con chiarezza come la medesima viene ad operare una commistione tra *lex fori* e *lex loci*, disciplinando il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI, i quali avvengono «senza alcuna formalità, adottando immediatamente tutte le misure necessarie e secondo le stesse modalità che sarebbero osservate qualora l'atto di indagine fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione, salvo che quest'ultima adduca uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione» (indicati dall'art. 11 della medesima direttiva). Inoltre, particolare attenzione deve essere data all'art. 3 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, il quale stabilisce che: «la Parte richiama farà eseguire, nelle forme previste dalla sua legislazione, le commissioni rogatorie relative a un affare penale che le saranno trasmesse dalle autorità giudiziarie della Parte richiedente e che hanno per oggetto di compiere atti istruttori o di comunicare mezzi di prova, inserti o documenti». Dal dato letterale emerge con chiarezza la valutazione in termini di inutilizzabilità della prova non può che avvenire secondo le regole del sistema giuridico che è chiamato ad esprimere un giudizio circa il contenuto conoscitivo della prova stessa, ma ciò non preclude la possibilità della giurisdizione utilizzatrice delle prove estere un giudizio circa la legalità delle forme assuntive della stessa<sup>336</sup>. Diverse forme derogatorie al principio della *lex loci* sono previste dalla medesima Convenzione. Il secondo comma della norma in esame, difatti, prevede la possibilità per la parte richiedente di richiedere ai testi di prestare giuramento «salvo che tale formalità sia vietata dal diritto interno». Il successivo art. 4 prevede che lo Stato membro richiesto «osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente». Ulteriori deroghe al principio della *lex loci* sono contenute all'interno dei patti bilaterali tra Italia e Australia del 28 ottobre 1988 e tra Italia e Svizzera del 10 settembre 1998: il primo, introduce la possibilità di consentire la presenza attiva dell'imputato e del suo difensore alla

---

<sup>334</sup> A. VENEGONI, *L'ordine di indagine europeo*, 2017, in *Magistratura indipendente*, <https://www.magistraturaindipendente.it/lordine-di-indagine-europeo.htm>.

<sup>335</sup> Direttiva 2014/41/UE, 3 aprile 2014, in *GUUE* del 1° maggio 2014, attuata con d.lgs. del 21 giugno 2017, n. 108, in *Gazzetta Ufficiale* del 13 luglio 2017.

<sup>336</sup> Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, 20 aprile, 1959, Strasburgo.

esecuzione dell'atto probatorio, «sempre che sia prevista dalla legislazione dello Stato richiesto»; il secondo, prevede che lo Stato richiesto faccia il possibile per rispettare ai fini dell'esecuzione delle richieste in materia di assistenza giudiziaria ogni modalità espressamente indicata dallo Stato richiedente, «sempre che quest'ultima non sia in conflitto con i principi del diritto dello Stato richiesto»<sup>337</sup>. Con riferimento all'acquisizione di atti di un procedimento penale straniero, viene disciplinata dall'art. 78 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale, il quale equipara gli atti «esteri» a quelli di «altro procedimento» interno al suo primo comma, stabilendo: «la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'articolo 238 del codice». Il richiamo all'art. 238 c.p.p. permette di subordinare l'acquisizione al fascicolo dibattimentale e l'utilizzabilità del dato conoscitivo al fatto che l'assunzione della prova deve essere formata nell'incidente probatorio o nel dibattimento e che all'assunzione della stessa abbia partecipato il difensore dell'imputato, trovando piena applicazione i commi 1 e 2-bis della norma in esame, e, inoltre, la documentazione di atti esteri originariamente irripetibili (o non più ripetibili per fatti o circostanze sopravvenute connotate dall'imprevedibilità) consente l'inserimento degli stessi al fascicolo del dibattimento e la loro utilizzabilità<sup>338</sup>. Difficoltà si incontrano con riferimento all'assunzione delle prove. In virtù della diversità dei sistemi che compongono l'Unione e della frequente commistione tra criteri della *lex loci* e della *lex fori*, le modalità d'assunzione delle prove devono essere regolate dai meccanismi previsti dal diritto interno dello Stato ed è necessario garantire che gli stessi non si pongano in contrasto con le regole dell'ordinamento che dovrà esprimere un giudizio relativo ai dati conoscitivi<sup>339</sup>. In tema di utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria, l'art. 729 c.p.p. vincola l'autorità giudiziaria al rispetto delle eventuali condizioni che lo Stato estero abbia posto sugli atti richiesti e, in particolare, stabilisce l'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria con riguardo al suo eccedente la concessa assistenza. *Ratio* della norma è da rinvenire nel garantire l'osservanza del principio di specialità, secondo il quale, se lo Stato richiesto pone dei limiti all'utilizzazione degli atti, lo Stato richiedente è tenuto ad ottemperarvi.

---

<sup>337</sup> *Ibidem.*

<sup>338</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, pag. 148 ss.

<sup>339</sup> *Ibidem.*

## 2. I modelli di assunzione della prova all'estero

Accanto alle limitazioni relative all'oggetto dello strumento acquisitivo europeo, sussistono restrizioni anche per quanto attiene i modi di assunzione della prova estera. Possiamo distinguere tre diverse tipologie di modelli di assunzione della prova all'estero:

- 1) Ai sensi dell'art. 78 disp. att. c.p.p., rubricato "Acquisizione di atti di un procedimento penale straniero", viene a disciplinare il trasferimento probatorio, con la possibilità di acquisire una prova autonomamente formata all'interno di un procedimento estero, senza formale rogatoria, all'autorità giudiziaria di un altro Stato (facendo salvo quanto stabilito per gli atti non ripetibili compiuti dall'autorità straniera e dalle condizioni imposte dall'art. 238 c.p.p., per il richiamo a quest'ultima disposizione nel primo comma). Sul punto, è opportuno richiamare la giurisprudenza di legittimità, la quale si è espressa in due distinte pronunce. Anzitutto, la prima sezione della Corte di cassazione, nella sentenza Seseri del 2002, ha precisato, con riferimento all'art. 78 disp. att. c.p.p., che la disposizione in esame si riferisca esclusivamente agli atti di accertamento che siano stati direttamente compiuti dalla polizia straniera (ad es. le ispezioni, i sequestri), restando, invece, esclusi gli atti assunti o raccolti, tra cui le dichiarazioni rese da persona residente all'estero, la cui utilizzabilità, in caso di mancata comparizione a seguito di regolare citazione, è subordinata alle sole condizioni previste dall'art. 512-bis c.p.p. (il soggetto, essendo stato citato, non è comparso, ovvero nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale)<sup>340</sup>. La seconda sezione della Corte, nella pronuncia Mutari del 2010, ha precisato che l'utilizzazione degli atti non ripetibili compiuti in territorio estero dalla polizia straniera e acquisiti al fascicolo per il dibattimento non è condizionata all'accertamento da parte del giudice italiano della regolarità degli atti compiuti dall'autorità straniera, vigendo una presunzione di legittimità dell'attività svolta e spettando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità riscontrate (nel caso di specie, si trattava di un verbale della polizia tedesca di assunzione di

---

<sup>340</sup> Cass. pen., Sez. I, 23 gennaio, 2002, in *GP*, 2003, n. 3162, c. 401, citata da G. DE AMICIS, *Limite e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://archiviopcd.dirittoopenaleuomo.org/d/500-limiti-e-prospettive-del-mandato-europeo-di-ricerca-della-prova>.

informazioni, in assenza dell'avviso della facoltà di astenersi dal deporre per reati riguardanti un prossimo congiunto)<sup>341</sup>;

- 2) Il ricorso ai tradizionali strumenti di collaborazione previsti da convenzioni di assistenza giudiziaria penale, che siano bilaterali o multilaterali;
- 3) La circolazione transnazionale delle fonti di prova, nell'ambito dell'Unione europea, sulla base dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, sì da conferire efficacia ad un provvedimento giurisdizionale emesso nello Stato d'origine, da eseguire poi nel territorio di un altro Stato membro entro i limiti temporali ristretti ed oggettivamente definiti.

### **3. Il Mandato europeo di ricerca della prova (MERP)**

Con l'obiettivo di sostituire i tradizionali strumenti dell'assistenza giudiziaria, il Consiglio G.A.I. dell'Unione europea, il 18 dicembre 2008, adotta la decisione quadro sul mandato europeo di ricerca della prova, sostituito, come si vedrà, dall'ordine europeo di indagine<sup>342</sup>. L'art. 1 della medesima chiarisce cosa debba intendersi per «mandato europeo di ricerca della prova», ossia «una decisione resa da uno Stato membro allo scopo di acquisire oggetti, documenti, e dati che si trovano in un altro Stato membro ai fini del loro utilizzo nei procedimenti di cui all'art. 4» della medesima decisione quadro. Alla luce del dettato normativo, è la stessa Decisione del 2008 a stabilire quali sono i provvedimenti in relazione ai quali è possibile adottare tale meccanismo, quali: i procedimenti penali, le procedure amministrative in ipotesi di infrazioni qualora esista il diritto di ricorrere ad una giurisdizione competente in materia penale, nonché qualsiasi procedimento relativo ai reati od infrazioni per i quali può essere considerata responsabile una persona giuridica nel Paese di emissione. In declinazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, le istituzioni istituirono un meccanismo quanto più efficace per la ricerca delle prove «precostituite» ed il conseguente trasferimento allo Stato di emissione, tentando di integrare le disposizioni contenute nella

---

<sup>341</sup> Cass. pen., Sez. II, 18 maggio, 2010, in *CED Cass.*, n. 247750.

<sup>342</sup> Decisione quadro 2008/978/GAI, in *GUCE*, L. 350, del 30 dicembre 2008, p. 72 ss. Il raggiungimento dell'accordo è stato possibile a seguito della possibilità concessa agli Stati membri di Germania ed Olanda di formulare riserve in relazione alla mancanza di una definizione nel testo normativo di crimini come il razzismo, il terrorismo o la criminalità informatica (con riferimento alla Germania) ed alle differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri circa la disciplina dedicata alle sostanze stupefacenti (in riferimento all'Olanda).

Decisione quadro sulla esecuzione extraterritoriale dei provvedimenti di blocco o di sequestro probatorio<sup>343</sup>. Con la decisione 2003/577/GAI, si è cercato di attuare il principio del reciproco riconoscimento in relazione alle decisioni giudiziarie volte a prevenire atti di distruzione, trasformazione, trasferimento o alienazione dei mezzi di prova, le quali sono emesse in una fase d'urgenza, lasciando che il successivo passaggio allo Stato di emissione dei beni suscettibili di costituire una prova sia regolato dai tradizionali schemi di assistenza giudiziaria.<sup>344</sup> L'art. 8 della Decisione quadro prevede, accanto all'ordinaria modalità di trasmissione diretta del mandato da parte dell'autorità di emissione a quella di esecuzione, la possibilità di affidare alle rispettive figure le attività di trasmissione e ricezione amministrativa del mandato e della relativa corrispondenza ufficiale. Importante strumento che viene in rilievo come corollario del principio del mutuo riconoscimento è quello della cd. «eurordinanza», il quale consente la circolazione di provvedimenti nazionali nell'ambito dello spazio giudiziario europeo e la loro diretta esecuzione.<sup>345</sup> Essendo, dunque, il mandato europeo di ricerca della prova «decisione giudiziaria» circolante sul territorio dell'Unione europea, le autorità competenti degli Stati membri devono dare esecuzione in virtù del principio del reciproco riconoscimento<sup>346</sup>. Il mandato, però, si vede apporre delle limitazioni circa i casi di utilizzo dello strumento acquisitivo europeo della prova. Risultano escluse:

- a) L'acquisizione di dichiarazioni da indagati, imputati, vittime, testimoni, esperti e quelle di ogni altro genere;
- b) Il reperimento di materiale biologico dal corpo di qualunque individuo, nonché le attività probatorie “in tempo reale” quali le intercettazioni di comunicazioni, le operazioni di sorveglianza coperta e le ricerche di notizie bancarie, salvo che si tratti di dati preesistenti l'emissione del mandato;
- c) La possibilità di richiedere alla competente autorità di esecuzione di condurre interrogatori e raccogliere dichiarazioni o altri tipi di audizioni di soggetti

---

<sup>343</sup> Decisione quadro 2003/577/GAI, adottata dal Consiglio dell'U.E. il 22 luglio, in *GUCE*, L 196, 2 agosto 2003.

<sup>344</sup> G. DE AMICIS, *Limite e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/500-limiti-e-prospettive-del-mandato-europeo-di-ricerca-della-prova>. Inoltre, sul punto anche F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, pag. 155.

<sup>345</sup> *Ibidem*. Vede la sua codificazione per la prima volta ne Trattati costituzionale europeo firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

indiziati, testimoni o periti, di procedere ad ispezioni personali o a prelievi di materiali biologici o dati biometrici direttamente dal corpo di una persona (ad es. DNA, impronte digitali), ed ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o da una rete pubblica di comunicazione ex. art. 4, par. 2 della Decisione quadro.

In sostanza, il mandato non considera le prove dichiarative, la prova scientifica, i risultati delle intercettazioni, i tabulati telefonici e telematici, ai quali si applicheranno gli ordinari e tradizionali strumenti di assistenza giudiziaria, salvo che gli elementi predetti non siano stati già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione dello strumento acquisitivo europeo ex. art. 4, par. 4. Il mandato, dunque, può avere ad oggetto i verbali relativi a comunicazioni solo se acquisiti precedentemente all'emissione del mandato, nonché quelli relativi a comunicazioni già intercettate, ovvero gli oggetti, documenti e dati scoperti nella fase di esecuzione del mandato. La decisione quadro individua i limiti operativi in virtù della tutela di garanzie interne in materia di mezzi di ricerca della prova con divieto di acquisire prove vietate dall'ordinamento nazionale e non utilizzabili in giudizio. L'art. 13 della Direttiva riconosce allo Stato emittente la possibilità di richiedere che nell'espletamento del mandato vengano osservate in territorio straniero le modalità di acquisizione indicate, purché non in contrasto coi principi interni. Viene in rilievo un importante tema, quale la parziale scomparsa del requisito della doppia incriminazione. Tale scelta di carattere innovativo risulta sin dall'adozione della Decisione quadro del 13 giugno 2002, inerente al mandato europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri. In particolare, la richiesta inerente ad una delle trentadue fattispecie incriminatrici elencate nell'art. 14, par 2, della Decisione quadro appena citata è sottratta alla verifica del requisito della doppia incriminazione quando il reato venga sanzionato nello Stato membro di emissione con una pena detentiva od una misura di sicurezza privativa della libertà personale di durata non inferiore al limite di tre anni, ma ciò non comporta la totale soppressione del requisito in esame: la verifica circa la duplice incriminazione viene ad operare in relazione a fattispecie non espressamente individuate nell'elenco ex. art. 14, par. 2., mentre resta esclusa nel caso in cui non sia necessario effettuare attività di

perquisizione o sequestro ex. art. 14, par. 1<sup>347</sup>. Il carattere della tipicità dell'elenco ex. art. 14, par. 2 della Decisione trova *ratio* di esistere nella salvaguardia del diritto di libertà ed è espressione di un evidente ripudio di ogni scelta arbitraria nella materia dei precetti e delle sanzioni penali<sup>348</sup>. Secondo tale prospettiva, la tipicità assolve la funzione di segnalare la doverosità per lo Stato di provvedere alla repressione dei comportamenti anti-giuridici, nonché emerge con chiarezza il rapporto di complementarità tra l'art. 112 e 25, comma 2, Cost.: l'obbligatorietà dell'azione penale, difatti, costituisce il «riflesso processuale» del principio di legalità<sup>349</sup>. A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 108 del 21 giugno 2017, l'assetto normativo relativo all'indagine europea definito dalla decisione quadro viene sostituito dalla disciplina dell'OEI, la direttiva 2014/41 sull'ordine europeo di indagine penale. Dapprima, appare necessaria una disamina circa l'applicazione della disciplina e la trasmissione del mandato acquisitivo europeo, alla quale seguirà l'illustrazione della nuova disciplina.

### **3.1. Presupposti e condizioni generali di applicazione**

Considerando le specificità che connotano i diversi Stati membri, l'autorità competente per l'emissione dell'elemento di prova è individuata nelle distinte figure:

- 1) Il giudice;
- 2) Il pubblico ministero;
- 3) Qualsiasi altra autorità giudiziaria come tale definita nello Stato di emissione, la quale agisca nella veste di autorità inquirente nei procedimenti penali ed in tale ruolo sia competente ad ordinare l'acquisizione di mezzi di prova sulla base della pertinente legislazione nazionale;

Presupposti per l'adozione del mandato acquisitivo europeo, ai sensi dell'art. 7 della Decisione quadro del 2008, sono: la proporzionalità del tipo di prova richiesta nell'ambito dei procedimenti per i quali essa si rende necessaria ai fini dell'azione penale; la possibilità di acquisire il mezzo di prova secondo le regole proprie della legislazione dello Stato di emissione. È, dunque, compito dell'autorità di emissione garantire il rispetto di

---

<sup>347</sup> G. DE AMICIS, *Limite e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/500-limiti-e-prospettive-del-mandato-europeo-di-ricerca-della-prova>.

<sup>348</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, pag. 158 ss.

<sup>349</sup> Espressione di F. DINACCI, *ivi*.

tali condizioni di ordine generale<sup>350</sup>. L'autorità di esecuzione, invece, deve ricorrere ai mezzi meno intrusivi possibile per acquisire gli oggetti, i documenti o i dati ricercati, tenuto conto del fatto che le misure prescelte potrebbero risultare invasive della sfera della libertà personale<sup>351</sup>.

### **3.2. La trasmissione ed esecuzione del mandato acquisitivo europeo**

La fase dedicata alla trasmissione del mandato europeo per la ricerca della prova avviene direttamente tra le autorità giudiziarie degli Stati membri. Eccezione è rappresentata, sebbene del tutto eventuale, dalla designazione di un'autorità centrale responsabile per le attività di trasmissione e ricezione del mandato, ovvero, nel caso in cui non sia nota l'autorità di esecuzione, l'attività di trasmissione può essere agevolata dal ricorso ai punti di contatto della Rete Giudiziaria Europea al fine di ottenere le necessarie informazioni dello Stato di esecuzione<sup>352</sup>. Ai sensi dell'art. 15 della Decisione quadro, il riconoscimento e la successiva esecuzione del mandato acquisitivo europeo sono soggetti a termini perentori, sulla base delle regole processuali previste dall'ordinamento dello Stato richiesto per la ricerca e l'acquisizione della prova che ne costituisce l'oggetto: trenta giorni per la convalida, sessanta giorni per l'esecuzione della misura, entrambe decorrenti sin dalla ricezione del mandato<sup>353</sup>. Con riferimento all'esecuzione del mandato europeo di ricerca della prova, vi è la possibilità di indicare espressamente l'esigenza di rispetto di forme e procedure secondo le regole dello Stato richiedente, cui lo Stato di esecuzione sarà tenuto a conformarsi, salvo l'ipotesi di contrarietà rispetto ai principi fondamentali del suo ordinamento. Spetta alle autorità dello Stato di esecuzione, una volta riconosciuto il mandato trasmesso, individuare le misure idonee ad assicurare la messa a disposizione delle fonti di prova richieste dallo Stato di emissione, valutando se a tal fine sia necessario, o meno, fare ricorso a misure coercitive per prestare tale assistenza. Inoltre, qualora l'autorità di emissione partecipi alla fase di esecuzione del mandato, può integrare la precedente richiesta con un nuovo mandato di ricerca delle prove direttamente

---

<sup>350</sup> G. DE AMICIS, *Limite e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/500-limiti-e-prospettive-del-mandato-europeo-di-ricerca-della-prova>.

<sup>351</sup> *Ibidem*.

<sup>352</sup> *Ibidem*.

<sup>353</sup> *Ibidem*.



indirizzato alla competente autorità di esecuzione mentre si trova sul territorio di tale Stato.

#### 4. L'OEI

Con lo scopo di realizzare un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensioni transfrontaliera, applicabile per tutti i tipi di prove con precise e rapide modalità di esecuzione e con circoscritti motivi di rifiuto, con la Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 le istituzioni europee hanno elaborato uno strumento dotato di molteplici potenzialità, in quanto ispirato al principio del mutuo riconoscimento<sup>354</sup>. Tale strumento nasce «dall'insoddisfazione» derivante dai precedenti tentativo di innesto del principio predetto, come la decisione quadro 2008/978/GAI, la quale fondava sul modello del mandato di arresto europeo (MAE) un mandato europeo di ricerca delle prove (MER), volto ad ottenere da uno Stato membro «oggetti, documenti e dati» allo scopo di utilizzarli nel procedimento penale instaurato in un diverso Paese<sup>355</sup>. In particolare, con riferimento al MER, tale modello ha avuto limitata applicazione, in quanto si riferiva esclusivamente alle cd. prove precostituite, dovendosi ricorrere, dunque, alle tradizionali forme di assistenza giudiziaria per l'acquisizione delle prove costituende, rendendo l'intero assetto normativo «complesso e frammentario»<sup>356</sup>. Scopo ultimo della Direttiva emerge dal dettato normativo dell'art. 3 della medesima, rubricato "Ambito di applicazione dell'OEI", il quale stabilisce che «l'OEI si applica a qualsiasi atto d'indagine, tranne all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra ai sensi dell'art. 13 della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e la decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio». L'OEI si connota, dunque, per essere un unico strumento per l'acquisizione e la circolazione delle prove in ambito europeo, sostituendo, nei rapporti tra gli Stati membri gli attuali strumenti di cooperazione in materia di ricerca e di acquisizione della prova con «un nuovo e più agile modello a carattere

---

<sup>354</sup> Direttiva 2014/41/UE, 3 aprile 2014, in *GUUE*, 1° maggio 2014, recepita con L. 130/1.

<sup>355</sup> L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine di indagine europeo penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma non di facile attuazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 maggio 2014, <https://archivioldpc.dirittoopenaleuomo.org/d/3078-la-direttiva-sull-ordine-europeo-di-indagine-penale-oei-un-congegno-di-acquisizione-della-prova-dot>.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

orizzontale»<sup>357</sup>. L'ordine europeo di indagine consiste in una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (il cd. Stato di emissione), e dunque da un organo giurisdizionale o da un magistrato inquirente, affinché siano compiuti uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (il cd. Stato di esecuzione). Novità dell'attuale disciplina, che la contraddistingue da quella contemplata dal precedente strumento della decisione quadro del 2008, è la possibilità per la persona sottoposta alle indagini o l'imputato, nonché il suo difensore, di richiedere l'emissione di un OEI nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale ex art. 1, par. 3 della Direttiva in esame. L'emissione dell'ordine europeo di indagine risulta, tuttavia, subordinato alla sussistenza di due requisiti espliciti nell'art. 6 della Direttiva: l'emissione deve essere necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta alle indagini o imputata; l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo. Quanto alla trasmissione dell'OEI, ai sensi dell'art 7 della Direttiva deve avvenire con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta e permetta allo Stato di esecuzione si stabilirne l'autenticità, avvalendosi anche della Rete giudiziaria europea, di Eurojust, Europol o altri canali. Lo Stato di esecuzione, una volta ricevuto l'ordine, trasmette successivamente una comunicazione di ricevuta, senza ritardo e comunque entro una settimana dalla ricezione, compilando ed inviando il modulo allegato alla Direttiva (allegato B). Il procedimento di riconoscimento e di esecuzione dell'ordine europeo di indagine avviene ai sensi dell'art. 9 in assenza di ulteriore formalità, con l'adozione immediata di tutte le misure necessarie, secondo le stesse modalità che sarebbero osservate qualora l'atto di indagine fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione (salvo che quest'ultima adduca uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione, tassativamente indicati dall'art. 11 della Direttiva, come ad es. qualora la legislazione dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendano impossibile l'esecuzione dell'OEI). La disciplina dei termini entro i quali la decisione circa il riconoscimento o l'esecuzione vengono regolati dal successivo art. 12 della Direttiva in esame, ossia «la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo». In particolare, la decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione viene adottata «il più rapidamente possibile e comunque entro 30 giorni», con eventuale

---

<sup>357</sup> *Ibidem.*

proroga pari ad ulteriori 30 giorni, previa informativa all'autorità emittente, e l'autorità di esecuzione deve compiere l'atto di indagine richiesto «senza indugio e comunque entro 90 giorni dall'adozione della decisione». Quest'ultima, inoltre, deve trasferire, all'autorità di emissione, «senza indebito ritardo» le prove acquisite o già in suo possesso e, se richiesto nell'OEI e consentito dalla legislazione nazionale dello Stato di esecuzione, le prove sono trasferite «immediatamente» alle autorità competenti dello Stato di emissione che partecipano all'esecuzione dell'OEI. Nell'acquisizione della prova, l'art. 19 della Direttiva impone che venga assicurata la riservatezza dell'indagine, nonché il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dall'art. 6 TUE, compresi i diritti della difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, e rivolgendosi in particolare agli Stati Membri, deve essere inoltre garantita ad ogni soggetto interessato la facoltà di attivare nei confronti dell'OEI gli stessi mezzi di impugnazione disponibili nella legislazione nazionale avverso un atto di indagine analogo a quello richiesto. Del tema, seguirà una disamina approfondita; tuttavia, appare opportuno precisare preliminarmente che, ai sensi dell'art. 14 della Direttiva, le ragioni attinenti al merito dell'OEI possono essere fatte valere esclusivamente mediante un'impugnazione presentata nello Stato di emissione. Infine, con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, è possibile ricorrere all'OEI anche per le operazioni di intercettazione di comunicazioni ex. artt. 30 e 3 e, in tal caso, l'OEI deve contenere:

- a) informazioni necessarie ai fini dell'identificazione della persona sottoposta all'intercettazione;
- b) la durata auspicata dell'intercettazione;
- c) sufficienti dati tecnici, in particolare gli elementi di identificazione dell'obiettivo, per assicurare che l'OEI possa essere eseguito.

#### **4.1. Divieti di ammissione impliciti nella direttiva del 2014**

Con riferimento al vaglio di utilizzabilità della prova raccolta tramite l'OEI nel processo instaurato nello Stato di emissione ed in merito, dunque, alle eventuali conseguenze derivanti dalla violazione delle regole procedurali precedentemente illustrate, la Direttiva tace. Il par. 1 dell'art. 14 della Direttiva, difatti, si limita ad affermare quanto segue: «gli Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI». Mediante

una clausola di equivalenza, la disposizione in esame rinvia agli strumenti di doglianza già presenti nel diritto interno, in relazione alle medesime attività istruttorie<sup>358</sup>. Ne consegue necessariamente che, nell'ipotesi in cui la legislazione processuale interna non preveda alcuna tipologia di impugnazione o di ricorso, le attività ordinate risulterebbero escluse dal cd. diritto di critica, considerando, inoltre, quanto stabilito dal par. 2 della norma in esame: «le ragioni di merito dell'emissione possono essere impugate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione». Sulla sorte delle prove raccolte in violazione delle regole procedurali e dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento comunitario non emerge dal dato letterale della Direttiva del 2014 alcun obbligo in capo allo Stato di esecuzione di trattenere le medesime, né in capo allo Stato di emissione, che ne sia già venuto in possesso, di impedirne l'uso da parte dei propri giudici. Nonostante l'«inopportuno» silenzio del legislatore dell'Unione, dalla direttiva emergono in via ermeneutica alcune indicazioni<sup>359</sup>. Anzitutto, per mezzo dell'art. 82, par. TFUE, il quale stabilisce che, per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, «il Parlamento e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria», le direttive medesime sono applicabili sui diritti processuali. Pertanto, in caso di violazione delle garanzie previste dall'ordinamento comunitario, opererebbe il corrispondente rimedio ex art 263 TFUE, concernente l'annullamento degli atti illegittimi. Inoltre, seguendo il dato letterale della Direttiva del 2014, il par. 1 dell'art. 14 precisa che «la presente direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti a tale riguardo alle autorità giudiziarie». Tramite la disposizione in esame, dunque, sotto l'ombrello di tutela della Direttiva rientrerebbero tutti i diritti consacrati nella Carta di Nizza e, in particolare, gli artt. 47, par. 1, della Direttiva e 19, par. 1, comma 2, TUE<sup>360</sup>. Rispettivamente: l'art.

---

<sup>358</sup> A. CABIALE, *I limiti alla prova estera nella procedura penale europea*, Padova, 2019, pag. 262 ss.

<sup>359</sup> Definizione di A. CABIALE, *I limiti alla prova estera*, cit., *nella procedura penale europea*, Padova, 2019, pag. 267. Sul punto anche M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, 2016, 3, [https://dpc-rivista.trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/daniele\\_3\\_16.pdf](https://dpc-rivista.trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/daniele_3_16.pdf).

<sup>360</sup> *Ibidem*.

47, par. 1, lega l'operatività del cd. *remedy* alla violazione dei diritti e delle libertà garantite dalla legge dell'Unione; l'art. 19, par. 1, comma 2, TUE impone agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari affinché sia assicurata effettiva tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Si tratta, tuttavia, di strumenti connotati da un'applicabilità limitata, in quanto non operano qualora l'attività *contra legem* non abbia compromesso garanzie individuali dei soggetti attinti alle investigazioni europee<sup>361</sup>. Sebbene, dunque, il *remedy* permetta di salvaguardare la posizione dei soggetti coinvolti nelle investigazioni commissionate tramite l'OEI, «appaiono sguarnite di tutela diverse regole procedurali volte ad irreggimentare l'interazione fra gli Stati cooperanti»<sup>362</sup>. Seguendo l'approccio ermeneutico sinora illustrato, possono essere individuate ulteriori indicazioni nel dato letterale della direttiva, delle quali il legislatore nazionale deve tener conto<sup>363</sup>. Un esempio è dato dall'art. 6 della direttiva in materia di ordine europeo di indagine, il quale subordina l'emissione dell'atto istruttorio indicato nell'OEI alla sussistenza delle medesime condizioni che dovrebbero essere osservate in un caso interno analogo, mediante il rispetto di tutte le regole di ammissibilità delineate dalla *lex fori*. Da ciò emerge chiaramente che, le prove raccolte in violazione delle medesime devono considerarsi inutilizzabili nel processo instaurato nello Stato di emissione. Alcuni esempi<sup>364</sup>:

- a) *Prove raccolte in elusione delle prescrizioni della Direttiva*. Le prove delle quali l'autorità di esecuzione sia già in possesso devono essere comunque acquisite tramite l'OEI e, qualora le stesse fossero oggetto di un'informale trasmissione fra gli Stati, dovrebbero essere considerate inutilizzabili;
- b) *L'instradamento delle intercettazioni*. Si tratta dell'ipotesi in cui il coinvolgimento nei nodi di comunicazione situati in Italia e la conseguente captazione a strascico delle chiamate in partenza dall'estero è effettuato senza il coinvolgimento dello Stato interessato: si concretizzerebbe nell'aggiramento dell'art. 31 della Direttiva, il quale prescrive che sia data notifica delle operazioni

---

<sup>361</sup> *Ibidem*.

<sup>362</sup> *Ibidem*.

<sup>363</sup> M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, 2016, 3, [https://dpc-rivista.trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/daniele\\_3\\_16.pdf](https://dpc-rivista.trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/daniele_3_16.pdf).

<sup>364</sup> *Ibidem*.

allo Stato straniero dove si trova l'indirizzo di comunicazione interessato e di cui non sia necessaria l'assistenza tecnica;

- c) *L'inosservanza della lex loci*. Nel caso in cui l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo, è concesso all'autorità competente dello Stato notificato di comunicare all'autorità di emissione che i risultati già ottenuti non possono essere utilizzati, ovvero solo alle condizioni da essa specificate.

Per quanto attiene alla sorte delle regole di esclusione nazionali, le quali dipendono dal *quomodo* delle operazioni istruttorie, la materia sembrerebbe rientrare nella piena discrezionalità degli ordinamenti Statali, in virtù del dato letterale dell'art. 14 della Direttiva medesima: deve essere assicurato che «nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI, fatte salve le norme procedurali nazionali»<sup>365</sup>. Illustre dottrina propone tre distinte soluzioni al problema dell'utilizzabilità della prova acquisita all'estero mediante l'OEI<sup>366</sup>.

#### **4.1.1. Prima soluzione: la replica delle regole di esclusione nazionali previste per i casi interni analoghi**

Tale proposta consisterebbe nella previsione di regole di esclusione di tipo rigido, in modo da replicare tutti i divieti probatori operanti nei casi interni analoghi (ad es. le disposizioni volte ad assicurare l'adozione dell'esame incrociato nella formazione delle prove dichiarative, oppure la partecipazione del difensore ed ogni altra modalità di assunzione prevista dalla legge italiana a pena di invalidità). Si tratta, tuttavia, di una soluzione che potrebbe innescare nella giurisprudenza un meccanismo di rigetto: le autorità nazionali, difatti, nell'applicare la Direttiva e la normativa di trasposizione, sono eterodirette dalla Corte di giustizia, il cui mandato non appare rivolto alla protezione dei diritti fondamentali, bensì alla realizzazione degli obiettivi eurounitari perseguiti mediante l'interpretazione teleologica<sup>367</sup>. Con lo scopo di tutelare il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione, nelle decisioni dei giudici di Lussemburgo è possibile rinvenire la disapplicazione delle norme nazionali. Sulla scorta di tale approccio della

---

<sup>365</sup> *Ibidem*.

<sup>366</sup> *Ibidem*.

<sup>367</sup> *Ibidem*.

Corte di giustizia, le autorità italiane dovrebbero indicare ai sensi del par. 2 dell'art. 9 tutte le modalità istruttorie della legge nazionale a pena di invalidità, mentre le autorità straniere potrebbero disattendere le richieste italiane in virtù della clausola del rispetto dei principi fondamentali della *lex loci*. Scopo principale di quest'ultima è evitare, difatti, che a fronte dell'ordine europeo di indagine proveniente da Stati meno garantisti, l'autorità di esecuzione si trovi costretta ad adottare modalità di raccolta delle prove non in grado di assicurare adeguata tutela dei diritti<sup>368</sup>. In molti casi di violazione della CEDU, i giudici di Strasburgo non prevedono l'esclusione delle prove, ma bensì risultano soddisfatti dell'osservanza di regole di valutazione volte ad attenuare il peso conoscitivo e, conseguentemente, la clausola precedentemente citata non permetterebbe di assicurare una tutela quanto più sufficiente<sup>369</sup>. Dinanzi all'inosservanza delle predette modalità di raccolta delle prove, i giudici italiani, tenuti a dichiarare le prove inutilizzabili in base alla legge nazionale, potrebbero proporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale concluderebbe con la disapplicazione delle regole di esclusione italiane poiché incompatibili con l'obiettivo dell'effettività del diritto dell'Unione.

#### **4.1.2. Seconda soluzione: la replica delle regole di esclusione delle prove raccolte con le rogatorie previste dagli artt. 431 e 512-bis c.p.p.**

La soluzione prospettata consisterebbe nell'estendere alle prove raccolte mediante l'ordine europeo di indagine le regole di esclusione previste agli artt. 431 e 512-bis c.p.p. in merito alle prove acquisite con le rogatorie. Tuttavia, tale interpretazione appare insoddisfacente sul versante del diritto interno: si tratterebbe, difatti, di divieti probatori che «affievoliscono la protezione delle garanzie epistemiche e difensive» previste dal nostro ordinamento per i casi nazionali analoghi<sup>370</sup>. Gli atti acquisiti all'estero assunti in violazione delle norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume vengono dichiarati inutilizzabili, ma ciò non comporta la compatibilità tra queste e le norme previste dal codice di rito e, soprattutto, con quelle rivolte all'esercizio dei diritti della difesa. Inoltre, con riferimento all'assunzione delle prove dichiarative, l'art. 431, co. 1, lett. f), c.p.p. non risulta idoneo a garantire l'adozione dell'esame incrociato, limitandosi a prevedere

---

<sup>368</sup> *Ibidem.*

<sup>369</sup> *Ibidem.*

<sup>370</sup> *Ibidem.*

l'esercizio di facoltà conferite al difensore dall'ordinamento interno; l'art. 512-bis c.p.p. prescrive l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini dalle persone residenti all'estero laddove l'esame in dibattimento del dichiarante risulti assolutamente impossibile: ciò ne legittima, logicamente, l'uso anche dinanzi al solo rifiuto immotivato dell'autorità straniera di adottare l'esame incrociato, oppure la partecipazione dell'autorità italiana all'audizione del dichiarante.

#### **4.1.3. Terza soluzione: la previsione di una regola di esclusione discrezionale**

Tale prospettazione appare maggiormente compatibile con l'ordinamento comunitario, fondandosi sull'assunto secondo cui la direttiva non prevede disposizioni rigide circa la raccolta delle prove, ma bensì clausole connotate da elasticità ed imperniate sul rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e dei diritti fondamentali. Ciò suggerisce l'adozione di regole di esclusione «simmetricamente» dotate di una struttura rigida, ma discrezionale: una regola, dunque, che prescriverebbe l'inutilizzabilità delle prove raccolte tramite l'ordine europeo di indagine in violazione dei diritti fondamentali tutelati dall'6 TUE, ossia «considerati nelle implementazioni convenzionali, eurounitarie e nazionali»<sup>371</sup>. La compatibilità rispetto al diritto dell'Unione emergerebbe da un'importante pronuncia della Corte di giustizia, nel caso *WebMindLicenses*, relativo al trasferimento di prove all'interno di un medesimo ordinamento<sup>372</sup>. La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione degli articoli 2, paragrafo 1, lettera c), 24, paragrafo 1, 43 e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, del regolamento n. 904/2010 del Consiglio, del 7 ottobre 2010, relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto, degli articoli 4, paragrafo 3, TUE, 49, 56 e 325 TFUE, nonché degli articoli 7, 8, 41, 47, 48, 51 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale domanda veniva proposta nell'ambito di una controversia tra la *WebMindLicenses Kft.* e la *Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság* (amministrazione nazionale dei tributi e delle dogane, direzione principale delle imposte e delle dogane per i grandi contribuenti)

---

<sup>371</sup> *Ibidem.*

<sup>372</sup> Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, causa C-419/14, in *Leda Rita Corrado Avvocato*, <https://www.ledaritacorrado.it/corte-giustizia-ue-terza-sezione-17-dicembre-2015-causa-c%E2%80%91419-14-testo/>.



in merito ad una decisione di quest'ultima che disponeva il pagamento di diverse somme a titolo di imposte per gli esercizi dal 2009 al 2011 nonché di un'ammenda e di penalità di mora. Nella pronuncia, la Corte di giustizia ritiene che «quando non sia possibile contestare le operazioni istruttorie attraverso un effettivo ricorso giurisdizionale, o in caso di violazione di un altro diritto garantito dal diritto dell'Unione, le prove ottenute non dovrebbero essere ammesse»<sup>373</sup>. Per giungere a tale obiettivo, sarebbe sufficiente estendere all'OEI i divieti probatori dettati dall'art. 729 c.p.p., in merito alle rogatorie, al primo comma, che «nei casi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni».

#### **4.2. Gli effetti della contrarietà ai principi dell'ordinamento**

Sulla scorta di quanto esposto sinora, dovendosi operare una valutazione della prova nel Paese interno all'Unione europea, è pacifico affermare che il suddetto giudizio sia sottoposto e condizionato dalle regole proprio del diritto interno del Paese medesimo. In particolare, in materia di rogatorie, limiti all'utilizzazione della prova estera sono rinvenibili in due distinte disposizioni: l'art. 723, comma 5, c.p.p., rubricato «Poteri del Ministro di giustizia»; l'art. 725, comma 1, c.p.p., «Esecuzione delle rogatorie». Il quinto comma dell'art. 723 c.p.p. stabilisce che il Ministro di giustizia non può dar corso alla rogatoria «quando risulta evidente che gli atti richiesti sono espressamente vietati dalla legge o sono contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano». Ad integrare la disposizione, il primo comma dell'art. 725 c.p.p. sancisce che «per il compimento degli atti richiesti si applicano le norme di questo codice, salva l'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità giudiziaria straniera che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato». Alla luce del dato letterale delle due disposizioni in esame, emerge chiaramente che la sola contrarietà ai principi dell'ordinamento sia causa più che sufficiente per dar luogo al vizio di inutilizzabilità della prova assunta all'estero. Limiti, dunque, ai quali è subordinata l'utilizzazione della prova estera sono rinvenibili: nelle norme del codice di rito e nelle regole e principi previsti dal dettato costituzionale. Si prenda come riferimento l'art. 111 Cost., nonché norma cardine dell'ordinamento, la quale viene a disciplinare il cd. «giusto processo».

---

<sup>373</sup> *Ivi*.

Con riferimento al secondo comma della disposizione citata, si riconosce la possibilità «d'interrogare o fare 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». La tutela della legalità della prova non può sfuggire all'ombrello di tutela offerto dall'art. 111 Cost., in quanto è la stessa norma ad elevare a rango costituzionale il contraddittorio nella formazione della prova. Sarebbe del tutto illogico escludere il rilevante quanto controverso tema dell'inutilizzabilità della prova dall'alveo di gerarchia dei principi generali dell'ordinamento. Tale prospettiva viene ribadita dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 379/1995, nella quale si discute circa la legittimità costituzionale, rispetto all'art. 24 Cost, dell'art. 2 della legge 23 febbraio 1961, n. 215<sup>374</sup>. I giudici della Corte, con riferimento alla legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale, censurata nella parte in cui consente l'esperimento di rogatorie all'estero disposte in fase dibattimentale senza garantire la presenza del difensore dell'imputato, affermano che la norma oggetto d'esame consente al giudice italiano di avvalersi di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate, e permette, inoltre, all'autorità giudiziaria di procedere alla valutazione della eventuale contrarietà ai principi fondamentali dell'atto assunto per rogatoria<sup>375</sup>. Del resto, dal testo della Convenzione non emerge alcuna norma che impedisca od imponga la rinuncia del giudice nazionale a verificare se le modalità con cui l'atto è assunto lo rendano inutilizzabile o meno come prova ed appare pacifico asserire che il giudice nostrano è indipendente in ordine alla valutazione circa la legalità del dato conoscitivo. Inoltre, sulla scorta delle disposizioni predette, si richiama implicitamente altresì un ulteriore caposaldo della materia penale: tra i principi generali in materia di rogatorie internazionali vige il c.d. *locus regit actum*, in base al quale gli atti richiesti dall'autorità straniera si eseguono secondo la normativa interna dello Stato assistente.

---

<sup>374</sup> Corte cost., sent. 13 luglio, 1995, n. 379, in *Consulta online*, <https://giurcost.org/decisioni/1995/0379s-95.htm>.

<sup>375</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., , pag. 162.

## 5. Il regolamento EPPO del 2017

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio dell'Unione europea, in data 12 ottobre 2017, visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in particolare l'art. 86 TFUE), ha adottato il Regolamento n. 2017/1939, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO). L'idea di creare un ufficio europeo del pubblico ministero era discussa da decenni, sulla base dell'art. 86 TFUE, il quale contempla la possibilità di istituire una «Procura competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (...) e i loro complici, esercitando direttamente l'azione penale, dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri». Inoltre, secondo il par. 3 della medesima disposizione, il regolamento in esame avrebbe dovuto contenere non solo regole procedurali applicabili all'attività della Procura europea, ma bensì anche quelle relative all'ammissibilità delle prove ad essa acquisite, profilo con evidenza trascurato dall'OEI. Diversamente dalla precedente struttura della Procura, costituita nel progetto iniziale del 2013 da un procuratore europeo per la direzione delle attività e l'organizzazione del lavoro, dai suoi sostituti con il compito di assisterlo in tutte le sue funzioni e dai procuratori europei delegati incaricati di svolgere le indagini ed esercitare l'azione penale (ai sensi dell'originario art. 6 della proposta iniziale), l'art. 8 del regolamento distingue due livelli:

- a) l'ufficio centrale, «formato», ai sensi del par. 3, «dal collegio, dalle camere permanenti, dal procuratore capo europeo, dai sostituti del procuratore capo europeo, dai procuratori europei e dal direttore amministrativo». Al collegio spetta l'adozione di decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi, mentre le camere permanenti monitorano, indirizzano le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati e garantiscono il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri. I procuratori europei, per conto della camera permanente e conformemente ad eventuali istruzioni da questa fornite, supervisionano le indagini e le azioni penali di cui sono responsabili i procuratori delegati incaricati del caso nel rispettivo Stato membro di origine. A seguito dello svolgimento delle indagini, preparano una relazione contenente una sintesi del caso e un progetto di decisione circa l'esercizio dell'azione penale, o di valutare un rinvio del caso,

un'archiviazione o una procedura semplificata di azione penale, per poi presentarla al procuratore europeo incaricato della supervisione. Infine, quest'ultimo trasmette gli atti alla camera permanente, la quale opererà un giudizio circa l'esercizio o meno dell'azione. In caso di esito positivo, spetta al procuratore delegato partecipare all'assunzione delle prove ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale;

- b) il livello decentrato, «composto» ai sensi del par. 4, «dai procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri».

### **5.1. Lo svolgimento delle indagini e la circolazione delle prove acquisite**

Una volta esercitata la propria competenza, il pubblico ministero europeo deve svolgere le indagini necessarie per le determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale. Allo stato attuale, data la «desolante povertà» che caratterizza il regolamento, con riferimento a presupposti, limiti e modalità di esecuzione degli atti investigativi, appare più agevole introdurre un'analisi circa i principi che governano la fase delle indagini preliminari<sup>376</sup>:

- a) il *principio di tempestività*, disciplinato dall'art. 5 del regolamento, il quale stabilisce che il pubblico ministero europeo «avvia e conduce le indagini senza indebito ritardo». Con riferimento agli eventuali rimedi volti a sanzionare la violazione del principio appena esposto, basandosi sulla sola lettura del regolamento EPPO appare ipotizzabile un'azione di responsabilità extracontrattuale esercitata dinanzi la Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 42, par. 4, del regolamento, al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da una protrazione illegittima delle indagini;
- b) il *principio di proporzionalità*, disciplinato dall'art. 5, par. 2, a norma del quale «tutte le attività dell'EPPO sono svolte nel rispetto dei principi dello stato di diritto e dalla proporzionalità». In particolare, la necessità di rispettare il principio in esame trova un esplicito riscontro nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale stabilisce che: «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove

---

<sup>376</sup> Espressione di L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico ministero europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1385.

siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Con riferimento agli effetti derivanti dalla violazione, vengono alla luce due distinte disposizioni: l'art. 42, par. 2, del regolamento sembrerebbe implicitamente prevedere la l'invalidità dell'atto svoltosi con modalità incompatibili col principio predetto, ove si stabilisce che la «Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità degli atti processuali compiuti dal pubblico ministero europeo nella misura in cui una tale questione di validità sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione»; l'art. 5, par. 1, del regolamento, per il quale il pubblico ministero europeo garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Quanto allo svolgimento delle indagini, l'art. 28, par. 1, prevede che «il procuratore europeo delegato incaricato di un caso può, conformemente al (...) regolamento e al diritto nazionale, adottare le misure d'indagine e altre misure di persona oppure darne incarico alle autorità competenti del suo Stato membro». L'attività investigativa viene, dunque, svolta da uno dei delegati di quello stesso Paese, l'art. 30, par. 1, predispone un'elencazione di misure investigative, che sono sempre disponibili nell'ipotesi in cui il reato oggetto dell'indagine sia punibile con una cornice edittale nel massimo pari ad almeno quattro anni di reclusione e, inoltre, ai sensi del par. 3 della medesima disposizione, alle lett. c, e, f, possono essere soggette ad ulteriori condizioni previste dal diritto interno applicabile. Possiamo distinguere fra le indagini venti rilievo puramente interno e le cd. indagini transfrontaliere, ossia quelle che richiedono l'esecuzione di attività investigative nel contesto di diverse giurisdizioni nazionali<sup>377</sup>. Nell'ipotesi di indagini transfrontaliere, nelle quali l'art. 26, par. 4, il caso viene «aperto e trattato da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa, oppure (...) è stata commessa la maggior parte dei reati». Problematiche sorgono nel caso in ragione del fatto che il delegato incaricato delle indagini è costretto all'interno dei suoi confini nazionali, privo del potere ad svolgere in autonomia l'attività investigativa in altri Stati membri. Difatti, lo stesso deve obbligatoriamente chiedere la

---

<sup>377</sup> Distinzione di L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico ministero europeo*, cit. p. 1379

collaborazione dei suoi omologhi esteri, i quali godono di rilevanti margini di manovra: se uno di questi ritiene che una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire le medesime risultanze della misura assegnata, oppure nel caso in cui la misura assegnata non sarebbe disponibile o risultasse inesistente in un caso nazionale analogo secondo il diritto dello Stato membro, l'art. 31, par. 4, impone di informare il proprio procuratore europeo incaricato della supervisione e consultare il procuratore europeo delegato incaricato del caso per risolvere la questione «a livello bilaterale». In assenza di un successivo accordo fra questi, il caso viene sottoposto all'attenzione della camera permanente, la quale decide, «senza indebito ritardo e conformemente al diritto nazionale applicabile», se ed entro quale termine la misura necessaria, o una misura sostitutiva possa essere adottata ex art. 31, parr. 7 e 8. Agendo secondo il proprio diritto interno, il delegato richiesto si vede imporre due temperamenti: deve tener conto dell'elencazione fornita dall'art. 31; ai sensi dell'art. 32, deve osservare le procedure espressamente indicate dal procuratore europeo delegato incaricato del caso, salvo l'ipotesi in cui tali formalità non siano in conflitto coi principi fondamentali del diritto dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza. La possibilità di indicare tali procedure mira ad agevolare l'utilizzabilità della prova nel procedimento avviato nello Stato del procuratore delegato incaricato del caso. L'attuale testo definitivo dell'art. 37 del regolamento stabilisce che «le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro». Dal dato letterale emerge con chiarezza una clausola di non discriminazione della prova estera, per la quale è vietato negare l'ingresso in giudizio al materiale probatorio per la sola provenienza da un altro Stato membro, oppure formatosi secondo disposizioni di diritto straniero, e si impedisce al giudice, dunque, di considerare illegittimamente acquisite determinate prove in ragione della mera disparità delle regole presenti nei vari sistemi processuali nazionali<sup>378</sup>. Il giudice potrebbe dichiarare l'esclusione delle medesime solo in virtù dell'incompatibilità rispetto alle regole di formazione e acquisizione stabilite dalla *lex fori*, ma, come si evince dal considerando n. 80 del

---

<sup>378</sup> L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico ministero europeo*, cit., 2021, 1384. Sul punto anche S. ALLEGREZZA – A. MOSNA, *Cross-Border Criminal Evidence and the future European Public Prosecutor. One step back on Mutual Recognition?*, Bachmaier Winter, Lorena, 2018

regolamento, ad alcune condizioni: vengono in considerazione, infatti, secondo la lettura congiunta dell'art. 37 e del considerando, quelle violazioni implicanti una lesione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, dalla Carta di Nizza, dalle direttive cd. di Stoccolma e dalla CEDU. Inoltre, dato che non possono essere escluse prove allogene per il solo motivo costituito dalla disparità fra le normative processuali degli Stati membri, resta in capo al giudice il potere di individuare interessi giuridici ulteriori, relativi in particolar modo alla violazione dei diritti fondamentali dell'imputato riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri e dalle Carte internazionali sui diritti umani<sup>379</sup>. Il divieto di ammissione della prova si radica e fonda non tanto nella comparazione orizzontale fra normative processuali, dunque, bensì nel contrasto fra le modalità con cui è stata raccolta la suddetta prova e le norme sovraordinate dell'ordinamento cui si celebra il giudizio<sup>380</sup>.

## **5.2. Rimedi previsti dal regolamento e la “libera” valutazione delle prove**

Principale norma di riferimento è da individuarsi nell'art. 42, rubricato «Controllo giurisdizionale». Il par. 1 stabilisce che «gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi (...) sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale». La terminologia utilizzata da parte del legislatore permette di distinguere dalle disposizioni sinora illustrate per l'evidente ricalcare il lessico contenuto nel dettato normativo dell'art. 86, par. 3, TUE: non vi è alcun riferimento ai termini «impugnazione», «ricorso», tantomeno “rimedio», ma l'art. 42 si riferisce ad una verifica, il controllo giurisdizionale, della quale non vengono delineati i contenuti, la profondità oppure le possibili conseguenze derivanti dalla sua applicazione<sup>381</sup>. Proprio come per la direttiva 2014/41, anche con riferimento al regolamento 2017/1939 è opportuno operare un approccio esegetico, in grado di colmare le lacune lasciate dal silenzio del legislatore eurounitario. In relazione all'art. 42, è opportuno accostare la lettura della disposizione al considerando n. 88 del regolamento, il quale afferma la possibilità di sottoporre a

---

<sup>379</sup> L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico ministero europeo*, cit., 2021. In tal senso anche F. Lombardi, *La procura europea. Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021*, in *Processo penale e giustizia*, pp. 927-950, 2021

<sup>380</sup> *Ibidem*.

<sup>381</sup> A. CABIALE, *I limiti alla prova*, cit., pag. 238 ss.

controllo giurisdizionale la legittimità degli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, aggiungendo che, inoltre, a tale proposito «è opportuno garantire rimedi giurisdizionali effettivi ai sensi dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE» e che «nel verificare la legittimità di tali atti, gli organi giurisdizionali nazionali possono basarsi sul diritto dell'Unione, compreso il (...) regolamento, e sul diritto nazionale, che si applica agli aspetti non trattati dal (...) regolamento». In aggiunta, il testo del par. 2 dell'art. 42, oltretutto la lettura congiunta delle due disposizioni appena esposte, fa emergere con chiarezza quale sia lo scopo del legislatore eurounitario, da intendersi dunque come l'obbligo di garantire a tutti coloro i cui diritti e libertà siano stati lesi da atti illegittimi compiuti dalla Procura europea un rimedio effettivo. Da tali disposizioni si evince, dunque, la rilevanza anche della violazione delle disposizioni del regolamento EPPO poste a tutela di diritti soggettivi, che potrebbe comportare l'inutilizzabilità della prova acquisita all'estero<sup>382</sup>. Il rimedio in esame, poi, sembrerebbe operare soltanto come garanzia individuale attivabile nell'ipotesi di lesione di altre garanzie individuali: la *restitutio in integrum*, nella posizione lesa è una manifestazione del rimedio destinata ad operare soltanto a fronte dell'illegittimo sacrificio delle prerogative difensive minime, riconosciute all'accusato ai sensi dell'art. 6 CEDU<sup>383</sup>. Inoltre, a Corte di Giustizia si pronuncia, in via pregiudiziale, «sulla validità degli atti procedurali dell'EPPO nella misura in cui una tale questione di validità sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione». Quanto alla valutazione delle prove, l'art. 37, par. 2, afferma che «il presente regolamento non pregiudica la facoltà dell'organo giurisdizionale di merito di valutare liberamente le prove presentate dall'imputato o dai procuratori dell'EPPO». Nonostante il termine “liberamente”, non si può concludere nel senso di una proclamazione assoluta del libero convincimento del giudice, poiché la lettura del par. 2 della disposizione non appare orientata a disarmare ogni tipo di limite imposto non solo dal diritto dell'Unione, ma anche dalla *lex loci* e dalla *lex fori*<sup>384</sup>. In conclusione, alla luce di quanto sinora esposto, le prove dell'EPPO devono essere acquisite e valutate in

---

<sup>382</sup> *Ibidem*.

<sup>383</sup> A. CABIALE, *I limiti alla prova*, cit., p. 291

<sup>384</sup> *Ibidem*.



aderenza dei canoni elaborati dai giudici di Strasburgo, i quali «costituiscono base inderogabile di garanzia»<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> *Ibidem.*

## CAPITOLO V

### ANALISI COMPARATISTICA: IL TEMA DELL'INUTILIZZABILITÀ DERIVATA NEI SISTEMI DI *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

#### 1. Considerazioni preliminari.

I due sistemi in questa sede presi in considerazione si pongono agli antipodi della geografia del diritto. L'uno di *civil law*, l'ordinamento italiano, imperniato sul ruolo determinante della legge e sull'attività di codificazione da parte degli organi giurisdizionali; l'altro di *common law*, quello statunitense, concentrato sulla prevalenza del diritto giurisprudenziale. Si tratta di una distinzione che produce i suoi effetti tanto sul piano sostanziale, quanto sull'aspetto processuale. La presenza di una giuria nell'aula giudiziaria, ad esempio, non trova luogo nella nostra sede penale, essendo l'organo chiamato a decidere sulla regiudicanda esclusivamente il giudice monocratico od in composizione collegiale. Od ancora, prendendo come riferimento le fasi antecedenti al dibattimento, con particolare riguardo all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, l'art. 112 Cost. si occupa di sancire un importante principio cardine dell'ordinamento: «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». L'obbligatorietà dell'azione penale implica conseguentemente che il pubblico ministero è tenuto a mettere in moto l'attività di indagine ogniqualvolta venga a conoscenza di una notizia di reato ed in qualsiasi modo gli derivi questa conoscenza. Al *prosecutor*, invece, viene attribuita la cd. *broad discretion*: occorre precisare che tale discrezionalità non risulta essere solo riferita al potere del pubblico ministero statunitense di esercitare l'azione penale, bensì va collegata alla sua intera attività di pubblica accusa a partire dalle indagini preliminari, alla conduzione del *plea bargaining* (istituto giuridico che comporta la rinuncia da parte dell'imputato a contestare l'accusa in cambio di uno sconto sulla pena) e persino alla decisione se appellare o meno una pronuncia giudiziale sfavorevole<sup>400</sup>. La stessa Corte Suprema nel noto caso *Bordenkircher c. Hayes* afferma che: «*in our system, so long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file (...) generally rests entirely in his discretion. Within the limits set*

---

<sup>400</sup> A. PAOLA FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, in *Unitn.it*, [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_Dictum/Fav-1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/Fav-1.htm).

*by the legislature's constitutionally valid definition of chargeable offenses, the conscious exercise of some selectivity in enforcement is not in itself a federal constitutional violation»*<sup>401</sup>. Nell'ordinamento statunitense, dunque, fintanto che l'accusa pubblica ha motivo di ritenere che l'imputato abbia commesso un reato (così definito dalla legge) la decisione se perseguire o meno è interamente rimessa nella sua più ampia discrezionalità. *Prima facie*, la *prosecutorial discretion* potrebbe apparire, quindi, come illimitata, priva di alcuna deroga inserita nel dettato normativo. Il pubblico ministero di *common law* risulterebbe ergersi a figura piedistallo dell'azione penale e più e più volte i giuristi italiani hanno espresso il proprio dissenso a tale «libertà». Difatti, sono gli stessi giudici supremi a precisare che «l'ampiezza della discrezionalità che il sistema legale del nostro Paese conferisce ai pubblici ministeri porta con sé il rischio di abusi sia individuali che istituzionali». A differenza del sistema nordamericano, nel nostro ordinamento vige l'art. 52 c.p.p., volto a fornire gli strumenti necessari affinché l'esercizio dell'azione penale sia estraneo ad influenze esterne in grado di inficiare il giusto processo che l'art. 111 Cost. si propone di tutelare: «il magistrato del pubblico ministero ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza. Sulla dichiarazione di astensione, decidono (...) il procuratore della Repubblica presso il tribunale e il procuratore generale». Negli Stati Uniti non esiste un corpo di norme dedicato all'illecito disciplinare del pubblico ministero, bensì la disciplina risulta essere racchiusa in un complesso insieme di fondi di *soft law*, locali e nazionali, che hanno lo scopo di delineare i confini della cd. buona condotta. Nonostante i differenti approcci, non sono comunque di difficile individuazione problematiche simili tra i due ordinamenti: il giudice deve porre a fondamento gli elementi probatori prodotti in aula, le prove sono sottoposte a rigide regole relative alla loro ammissibilità, esclusione, inutilizzabilità, il giudice deve garantire il rispetto della procedura, il contraddittorio tra le parti svolto in condizioni di parità, deve mantenersi fedele alla legge, terzo ed imparziale, senza, dunque, lasciarsi influenzare da fattori irrazionali e deve stabilire la verità attraverso i canoni forniti dalla legge<sup>402</sup>. Ciò perché, che si tratti di un sistema imperniato sulla *common law* o sulla *civil law*, la ricerca della verità soprasta ogni organo giudicante. Ciò che contraddistingue notevolmente i due

---

<sup>401</sup> Supreme Court, *Bordenkircher v. Hayes*, 18 gennaio 1978, n. 357, in *Justia*, Volume 434, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/>.

<sup>402</sup> A. PAOLA FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, in *Unitn.it*, [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/Fav-1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/Fav-1.htm).

sistemi sono le regole sostanziali e processuali che governano la materia processual-penalistica ed i suoi corollari.

## **2. I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti.**

Anche con riguardo all'argomento, dobbiamo partire con alcune premesse. Il giudice italiano ha libertà di assumere prove definite come «atipiche», estranee dunque al dettato normativo del codice di procedura penale, purché siano «idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti e non siano pregiudizievoli della libertà morale della persona», ex. art. 189 c.p.p. Allo stesso viene affidato il delicato compito di vagliare circa l'ammissione di una prova che viene posta alla sua attenzione, sulla base del fondamentale criterio della «libertà delle prove». Il nostro giudice deve eseguire una duplice valutazione: valutare l'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti e questi devono essere tali da tutelare la libertà morale della persona (ciò significa che non saranno ammissibili prove in grado di ledere od influire la libertà di autodeterminazione dell'imputato od alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti). Conseguentemente, nel nostro ordinamento nessuna prova può essere ammessa od assunta se presuppone il ricorso a metodiche tali da vanificare o compromettere l'autodeterminazione. Anche nel diritto statunitense la veridicità della prova subisce un vaglio preliminare da parte del giudice, con riguardo al quale possono essere evidenziate tre regole fondamentali espresse nel *Federal Code of Evidence*: 1) la *rule* 401, che consente l'utilizzo in giudizio solo di prove pertinenti; 2) la *rule* 402, che stabilisce: «tutte le prove rilevanti sono ammissibili salvo che sia diversamente stabilito dalla Costituzione, da un atto del Congresso, da queste regole o da altre regole stabilite dalla Corte Suprema con forza di legge»; 3) la *rule* 403, che recita: «anche se rilevante, una prova può essere esclusa se il suo valore probatorio è sostanzialmente superato dal pericolo di un ingiusto pregiudizio o di confusione in relazione ai fatti da accertare, o di sviamento della giuria, o se vi è il rischio di eccessivo ritardo, perdita di tempo o produzione superflua di più prove» e sarà ammissibile, dunque, solo se gli effetti pregiudizievoli, in seguito ad un esame bilanciato, risultino inferiori a quelli positivi<sup>403</sup>. Al giudice togato è attribuito il compito di lasciar

---

<sup>403</sup> Le *Federal Rules of Evidence* sono un insieme di regole che disciplinano l'introduzione di prove nei processi civili e penali nei tribunali federali degli Stati Uniti. Le regole attuali furono inizialmente approvate

passare al dibattimento solo le prove ammissibili e permettendo alla giuria di determinare il fatto oggetto di giudizio, secondo la valutazione delle prove conformi ai canoni di legge, alle presunzioni e allo spirito del sistema. Il giudice deve valutare se ed in che misura gli elementi forniti dalle parti possono essere poste a fondamento della propria decisione secondo il principio del «libero convincimento» del giudice. A tale principio, però, vengono affiancate regole, fissate a priori, che limitano il potere attribuito al giudice. Negli Stati Uniti, difatti, vige una regola di ammissione di recente creazione, secondo la quale il “sentito dire” risulterebbe essere ammissibile qualora la prova sia considerata necessaria ed affidabile, ma ciò non deve necessariamente tradursi in un maggior rischio di condanna per l'imputato<sup>404</sup>. Per tale ragione, sono state ammesse anche nel diritto statunitense delle «*evidentiary barriers*» (regole barriera) al potere delle forze di polizia, come il caso del «*privilege against self incrimination*» (possibilità di non rispondere alle domande formulate dagli agenti di polizia, ossia di non subire l'interrogatorio). La procedura americana richiede una vigile presenza del giudice sin dalle prime fasi del procedimento, soprattutto con riferimento alla raccolta degli elementi di prova acquisiti dagli agenti di polizia mediante atti (perquisizioni o i sequestri) che secondo la normativa statunitense devono essere autorizzate da uno specifico mandato giudiziario. Proprio in relazione a tale ambito, però, è opportuno sottolineare che l'eccessivo carico di lavoro fa sì che il magistrato di *common law* non compia, in realtà, alcuna attività di indagine sulla competenza degli strumenti di ricerca affidati agli organi dello stato e conseguenza inevitabile è che le prove così acquisite entrano nel processo già connotate da illegittimità: (inserisci motivazione)<sup>405</sup>.

## 2.1. La “*exclusionary rule*”.

L'articolato tema dell'inutilizzabilità e la conseguente esclusione delle prove viziate hanno cominciato ad essere oggetto di discussione nel particolare sistema statunitense soltanto in epoca recente grazie alla giurisprudenza della Corte federale. Anteriormente al XIX secolo il sistema nordamericano poneva le sue fondamenta nel principio generale

---

dal Congresso nel 1975, dopo diversi anni di stesura da parte della Corte Suprema. In *Cornell University*, <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>.

<sup>404</sup> A. PAOLA FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, in *Unitn.it*, [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/Fav-1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/Fav-1.htm).

<sup>405</sup> *Ibidem*.

della «acquisizione» processuale, in base al quale gli illeciti commessi da parte delle autorità statali nell'attività di raccolta delle prove delle indagini preliminari non risultavano inficiare l'ammissibilità delle stesse. In tal senso, il principio in esame permetteva, da un lato, di considerare come potenziale base per la decisione del giudice elementi probatori acquisiti in maniera scorretta e, dunque, viziati a priori. Il risultato era una inevitabile lesione di interessi considerati anche a livello costituzionale che, contrariamente, la procedura penale si impone di tutelare. Appare, dunque, pacifico il cambio di rotta della stessa Corte Suprema con riguardo l'esclusione delle cd. *improper obtained evidence* (prove illegali), ritenendo oggetto di discussione l'attività di acquisizione della prova<sup>406</sup>. Parrebbe, difatti, peccare di logicità l'unitizzabilità della prova acquisita mediante siffatte operazioni connotate da non conformità rispetto al modello legale di appartenenza. Il tema dell'inutilizzabilità nell'ordinamento nordamericano viene indicata con l'espressione «*exclusionary rule*», appartenente alla categoria delle cd. *Rules of evidence*, letteralmente le regole in base alle quali un tribunale determina quali prove sono ammissibili al processo. Si tratta di un peculiare corpo di norme che regola la prova dei fatti in un procedimento penale, del quale è possibile individuare una classificazione in due categorie: da un lato, vi sono le *Rules of intrinsic policy* poste a tutela della affidabilità dell'accertamento; dall'altro, le *Rules of extrinsic policy*, che tutelano i diritti individuali riconosciuti nel Bill of Rights o dal *common law*<sup>407</sup>. Nella prima categoria, rientrano le norme relative alla capacità di testimoniare, il divieto di testimonianza indiretta, il divieto di esprimere apprezzamenti personali, le norme relative all'esame incrociato, quelle relative al legame tra prova reale e reato (*Rules of authenticity*); nella seconda, rientrano i privilegi riconosciuti ai testimoni e la regola di esclusione delle prove raccolte in violazione di diritti costituzionali (cd. *exclusionary rule* in senso stretto)<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> Riferimento a R. C. PHILIPS, *Saving illegally obtained evidence*, in *Law Enforcement Quarterly*, 1992, 39, pag. 15-18, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/saving-illegally-obtained-evidence>. Inoltre, P. ASHFORD, *The admissibility of illegally obtained evidence*, in *Arbitration*, 2019, 4.

<sup>407</sup> A. PAOLA FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, in *Unitn.it*, [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_Dictum/Fav-1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/Fav-1.htm)

<sup>408</sup> *Ibidem*.

## 2.2. Fondamento della *exclusionary rule* e il primo esempio nell'ordinamento statunitense: *Boyd v. United States*, 1886

Circa la *ratio* della regola dell'esclusione e dell'interesse da questa tutelato vivono varie costruzioni, che possiamo riassumere in quattro differenti teorie<sup>409</sup>:

- a) Esiste una teoria minoritaria secondo la quale l'inutilizzabilità tutela l'attendibilità della prova e ruota attorno alla violazione di un diritto individuale nel corso delle investigazioni;
- b) La teoria dell'*effetto deterrente* sostiene che l'inutilizzabilità svolge una duplice funzione: da un lato, quella di deterrente contro le attività illegali da parte degli organi statali, in quanto annulla il risultato ottenuto attraverso tali atti; dall'altro, tale sanzione ha la funzione di restaurare la conformità alla legge delle prove acquisite in violazione di quegli interessi tutelati dall'ordinamento;
- c) Affermata espressamente dalla Corte Suprema nel caso *Elkins v. United States* del 1960, vi è la teoria della tutela della *integrità giudiziale*, secondo la quale risulterebbe essere inammissibile la violazione da parte dello Stato delle norme che lo governano. Ciò che, però, tale ricostruzione si preoccupa di evidenziare è l'ipotesi in cui la prova, sebbene acquisita mediante la lesione di interessi costituzionalmente tutelati, sia determinante e possa comportare esito favorevole all'imputato. La stessa Corte Suprema afferma che la teoria della *judicial integrity* comporta l'esclusione della prova quando l'utilizzo della stessa potrebbe incoraggiare la reiterazione di successive violazioni. In particolare, nella sentenza si legge: "le prove ottenute da ufficiali statali nel corso di una perquisizione che, se condotta da ufficiali federali, avrebbe violato l'immunità dell'imputato da perquisizioni e sequestri irragionevoli ai sensi del quarto emendamento è inammissibile per la tempestiva obiezione dell'imputato in un processo penale federale, anche quando c'era nessuna partecipazione da parte degli ufficiali federali alla perquisizione e al sequestro. Nel determinare se vi sia stata una perquisizione e un sequestro irragionevoli da parte di funzionari statali, un tribunale federale deve effettuare un'indagine indipendente,

---

<sup>409</sup> RICHARD M. RE, *The due process exclusionary rule*, in *Harvard law review*, 2014, vol. 127, n. 7, pag. 1893 ss, [http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/05/vol127\\_re.pdf](http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/05/vol127_re.pdf). Inoltre, SCOTT E. SUNDBY AND LUCY B. RICCA, *The majestic and the mundane: the two creation stories of the exclusionary rule*, in *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series*, 43 Texas Tech L.R. 391 (2010) (Symposium Issue), pag. 401 ss.

indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno tale indagine da parte di un tribunale statale e indipendentemente da come tale indagine possa essere andata a finire;

- d) Vi è una lettura in base alla quale la regola di esclusione rappresenta un *rimedio ad un errore* commesso nei confronti di una persona<sup>410</sup>. Ciò, però, appare del tutto immotivato perché nessuna tutela legale può annullare la perpetrata lesione del diritto individuale. La teoria in oggetto, tuttavia, ha un duplice vantaggio: riconduce la questione della *exclusionary rule* al conflitto tra individuo e autorità, mentre le impostazioni precedenti erano costruite sull'attività inquirente o giudicante (la sanzione consiste nella estromissione dal processo del dato reperito); il secondo vantaggio è che la teoria in esame impone un bilanciamento tra interessi in conflitto: quello dell'individuo il cui diritto è stato violato e quello processuale all'accertamento dei fatti<sup>411</sup>. In base al principio di adeguatezza, le esigenze che vengono in gioco nel singolo caso devono essere bilanciate con le istanze contrapposte e con l'interesse pubblico alla repressione dei reati, che sarebbe frustrato se si dovesse rinunciare ad una prova determinante ma acquisita in violazione di un diritto individuale. Il bene individuale non è sacrificabile se non nella misura determinata da un rigoroso rapporto di proporzionalità con l'importanza del bene collettivo che per suo tramite si intende conseguire, posto che in nessun caso un diritto costituzionalmente tutelato potrebbe subire un pregiudizio maggiore di quanto sia ragionevolmente necessario per la salvaguardia dell'interesse superiore in gioco. La questione si complica nel caso in cui si tratti di violazione dei diritti costituzionali diversi da quelli tradizionalmente tutelati o non riconosciuti nella Carta fondamentale e garantiti solo a livello di Statute. In casi del genere, nei quali l'interesse è meno forte, il bilanciamento tra la funzione del divieto e l'utilità probatoria del dato è ancora più sensibile alle esigenze del caso concreto. Un esempio di codificazione del suddetto bilanciamento è la disciplina vigente nel Nord Carolina, in base alla quale la violazione, per comportare l'inutilizzabilità, deve essere sostanziale (*substantial*). Il North Carolina General Statutes specifica che nello stabilire se una violazione ha tale caratteristica, «la corte deve considerare tutte le circostanze ivi compresa: a) l'importanza del particolare

---

<sup>410</sup> *Ibidem.*

<sup>411</sup> *Ibidem.*



interesse violato; b) l'entità della deviazione rispetto alla condotta conforme alla legge; c) il grado di volontarietà della violazione; d) la misura in cui l'esclusione della prova tenderà ad evitare future violazioni della legge».

La prima pronuncia nella quale la Corte ha iniziato a discostarsi dal generale principio di acquisizione è stata quella resa nel caso *Boyd v. United States* del 1886, nel quale il Giudice Bradley dette vita ad una corrente di pensiero che influenzerà per molti anni l'interpretazione del IV Emendamento<sup>412</sup>. Quest'ultimo stabilisce che «il diritto dei cittadini ad essere garantiti nelle loro persone, case, documenti e beni da perquisizioni e sequestri irragionevoli non può essere violato», rendendo inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei predetti diritti dell'individuo. Il caso in questione riguardava un ordine del giudice di produrre una prova in giudizio nei confronti di una parte, basato su di una legge (*statute*) che consentiva tale procedura. L'imputato era stato costretto a produrre un documento che lo incriminava. Il Giudice Bradley nell'*opinion of the Court* ritenne che la legge violasse il IV e V Emendamento in quanto obbligare una parte a produrre una prova era equivalente all'atto di obbligare una parte a testimoniare contro se stessa, ciò contrastando evidentemente con quanto esplicitamente stabilito nel V Emendamento: il privilegio contro l'autoincriminazione<sup>413</sup>. Per valutare la ragionevolezza del comportamento dell'autorità, la Corte decise di utilizzare come parametro la regola sul suddetto privilegio, ritenendo che ci fosse una stretta relazione (*intimate relationship*) tra le due norme: come è pacifico che le dichiarazioni ottenute in violazione del V Emendamento non possano essere utilizzate a carico dell'imputato nel processo penale, così sarebbe congruo ritenere che le prove reali ottenute in violazione del IV Emendamento non possano essere utilizzate nel processo allo stesso scopo. È evidente che, nonostante una dichiarazione di invalidità di una prova, in *Boyd* non rinveniamo ancora una vera e propria regola dell'esclusione, sebbene le altisonanti parole del Giudice Bradley contro gli abusi dello Stato alla proprietà privata e alla libertà personale riecheggiarono per molti anni nelle successive sentenze che da *Boyd* trassero ispirazione. È importante anche sottolineare che il tema del parallelismo tra IV e V Emendamento, alla base dell'interpretazione del Giudice Bradley, ebbe poca fortuna nelle successive

---

<sup>412</sup> *Boyd v. United States*, 1° febbraio 1886, 116 U.S. 616, in *Justia*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>.

<sup>413</sup> *Ibidem*.

sentenze che riguardarono la *exclusionary rule*, salvo qualche sporadico tentativo di rivitalizzazione di questa interpretazione. Al contrario, si assistette, già dalle esperienze immediatamente successive a Boyd, ad una emancipazione ed autonomizzazione pressoché totali del IV Emendamento.

### **2.3. La nascita dell'*exclusionary rule*: *Weeks v. United States*, 1914**

Diversi anni dopo, in *Weeks v. United States*, si ebbe finalmente un'esplicita regola dell'esclusione<sup>414</sup>. Weeks venne condannato per aver spedito alcune lettere allo scopo di trasportare biglietti della lotteria, in violazione della legge. Come prove vennero utilizzate lettere e documenti trovati all'interno dell'appartamento di Weeks, ma ottenuti dalla polizia senza un mandato, in aperto contrasto con il IV Emendamento. Nell'*opinion* del giudice Day, rappresentando essa l'unanimità della Corte, venne chiarito come tali prove non potessero mai essere utilizzate in processo, pena il rischio di messa in discussione da parte dei consociati dell'integrità delle corti federali. Ammettere tali prove, infatti, avrebbe messo in crisi l'intero impianto costituzionale, dimostrando che lo Stato, nella sua massima espressione di integrità morale e di difesa dei diritti individuali rappresentata dai giudici, non aveva alcun rispetto per la Costituzione. Da questa argomentazione principale ne derivarono poi altre conseguenti: il pericolo della tirannia e dell'abuso di potere da parte dello Stato e dei suoi organi; l'importanza dell'imposizione dei limiti al potere governativo; la sacralità della proprietà privata. Altra importante motivazione con la quale giustificare la regola fu quella della deterrenza: la polizia avrebbe maggiormente rispettato il contenuto del IV Emendamento se le prove da essa ottenute illegalmente non fossero state utilizzabili nel processo<sup>415</sup>. È interessante notare come, in sede di difesa, Weeks lamentò la violazione sia del IV che del V Emendamento, riferendosi implicitamente alla decisione di Boyd, ma la Corte si limitò a focalizzare la sua attenzione solo sul IV, ignorando qualsiasi riferimento al V. Il IV Emendamento era considerato ormai garanzia autonoma e sufficiente a fondare la *exclusionary rule*, senza più necessità di aggrapparsi al V per giustificare l'esclusione della prova. La Corte sottolineò, dunque, che «se le lettere e gli scritti privati potessero essere illegalmente

---

<sup>414</sup> *Weeks v. United States*, 24 febbraio, 1914, 232 U.S. 383, in *Justia*, No. 461, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>.

<sup>415</sup> *Ibidem*.

sequestrati, trattenuti e prodotti come prova contro un cittadino accusato di un reato, la protezione accordata dal IV Emendamento, sarebbe priva di valore e tanto varrebbe eliminarla dalla Costituzione»<sup>416</sup>. Un altro elemento importante, specificato all'interno della sentenza, era il fatto che la neonata regola dell'esclusione non potesse applicarsi alle decisioni delle corti statali ma solo a quelle federali, ritenendo la Corte suprema di non avere il potere di assicurare tali standards di limitazioni agli Stati.<sup>417</sup> Fu così che nei tre decenni successivi alla decisione di Weeks solo sedici Stati inserirono nel proprio ordinamento giudiziario la *exclusionary rule*, mentre gli altri trentuno continuarono ad ignorarla.

#### **2.4. La *fruit of the poisonous tree doctrine***

La dottrina del frutto dell'albero avvelenato (nota anche come *Derivative Evidence Doctrine*) è un orientamento interpretativo del sistema penale statunitense che rende inammissibili le prove derivate da una ricerca, un arresto o un interrogatorio illegali<sup>418</sup>. La prova (il «frutto») è stata contaminata a causa della perquisizione e sequestro illegale («l'albero avvelenato») condotti da parte degli agenti di polizia. Tale dottrina sostiene l'esclusione non solo delle prove ottenute illegalmente e quindi violando le stesse norme processuali, ma anche di tutte le prove ottenute o legate da un rapporto di dipendenza allo sfruttamento delle stesse. La dottrina in esame viene ad essere stabilita nella nota decisione *Silverthorne Lumber Co. v. United States* del 1920<sup>419</sup>. La società si rifiutava di eseguire l'ordinanza del tribunale distrettuale che imponeva la produzione di libri e documenti contabili di fronte al gran giurì, da utilizzare per la presunta violazione degli *statutes* da parte del detto Silverthorne e di suo padre. I signori Silverthorne ponevano a fondamento del proprio rifiuto la violazione dei diritti delle parti ai sensi del IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Il IV Emendamento protegge una società e i suoi funzionari dalla produzione obbligatoria dei libri e delle carte aziendali da

---

<sup>416</sup> *Ibidem*.

<sup>417</sup> *Ibidem*.

<sup>418</sup> Definizione di STEPHEN G. RODRIGUEZ & PARTNERS, *Fruit of Poisonous Tree Doctrine*, in <https://www.lacriminaldefenseattorney.com/legal-dictionary/f/fruit-of-poisonous-tree-doctrine/>. Sul punto, *Fruit of the poisonous tree*, in Cornell University, [https://www.law.cornell.edu/wex/fruit\\_of\\_the\\_poisonous\\_tree](https://www.law.cornell.edu/wex/fruit_of_the_poisonous_tree).

<sup>419</sup> *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 26 gennaio 1920, 251 U.S. 385, in *Justia*, No. 358, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>.

utilizzare in un procedimento penale contro di loro, quando le informazioni su cui sono state formulate le citazioni sono state ricavate dal governo attraverso una precedente perquisizione e sequestro invalidi, pianificati ed eseguiti dai suoi funzionari ai sensi di un mandato invalido. Entrambi furono detenuti in custodia e, durante la detenzione, i rappresentanti del Dipartimento di Giustizia e del maresciallo degli Stati Uniti si recarono nell'ufficio della compagnia, acquisendo integralmente le scritture contabili. Non appena possibile venne presentata domanda di restituzione di ciò che era stato raccolto illegalmente, ma il procuratore distrettuale si oppose in ragione del ritrovamento di prove contro i querelanti. Il tribunale, dunque, dichiarò ammissibili le prove così ottenute, sull'assunto secondo cui la validità di un arresto o di un sequestro è determinata dalla condizione che sussiste al momento dell'opposizione e se, quindi, valido, il fatto che un precedente arresto o sequestro, efficace nel realizzare l'azione valida, fosse in tutto o in parte illecito è irrilevante<sup>420</sup>. Contrariamente, giunto il caso dinanzi la Corte suprema, quest'ultima dichiarò con sentenza l'inammissibilità degli esiti delle operazioni illegali partendo dall'assunto secondo cui l'ingresso delle predette risultanze avrebbe permesso agli agenti di polizia, a cui carico si svolgeva la vicenda processuale, di aggirare il quarto emendamento, ai sensi del quale «il diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, nei confronti di perquisizioni e sequestri ingiustificati non potrà essere violato».

La dottrina del frutto dell'albero avvelenato viene poi coniata dalla decisione *Nardone v. United States* del 1939, nella quale si afferma che: «in un procedimento giudiziario in un tribunale federale, le prove ottenute intercettando i cavi in violazione del *Communications Act* del 1934 sono inammissibili<sup>421</sup>. Ciò vale non solo per le conversazioni intercettate stesse, ma anche, implicitamente, per le prove ottenute attraverso l'uso delle conoscenze acquisite da tali conversazioni». L'onere di provare l'illegittimità delle suddette operazioni risulta essere in capo all'imputato e, una volta che l'accertamento ha dato esito positivo, l'imputato ha facoltà di provare che parte sostanziale dell'accusa a suo carico sia risultato diretto di intercettazioni illecite.

Ulteriore sviluppo di questa dottrina si trova nel caso storico della Corte Suprema *Wong Sun v. United States* del 1963, nel quale Hom Way venne arrestato per possesso di

---

<sup>420</sup> *Ibidem*.

<sup>421</sup> *Nardone v. United States*, 11 dicembre 1939, 308 U.S. 338, in *Justia*, No. 240, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>.

sostanze stupefacenti (eroina, nel caso in esame). Durante il suo arresto, il soggetto rivela agli ufficiali di aver acquistato quantità della suddetta sostanza da un uomo di nome «Blackie Toy» nella sua lavanderia a Leavenworth Street<sup>422</sup>. In seguito, quel giorno la polizia, sulla base delle affermazioni del signor Way, individua il locale gestito dal presunto Blakie Toy, trovandosi di fronte al gestore della lavanderia James Wah Toy. Sebbene nessun registro identificasse Toy come «Blackie Toy», gli ufficiali procedono all'arresto del soggetto. Successivamente, gli agenti si dirigono nell'abitazione del signor Toy, arrestando i presenti Johnny Yee e Wong Sun per possesso della sostanza (vennero trovati numerosi tubi contenenti meno di un'oncia di eroina). Dopo aver interrogato i soggetti, la polizia redige le dichiarazioni da firmare, ma entrambi si rifiutano per alcuni errori riscontrati nel verbale. Nonostante ciò, entrambi vengono condannati con l'accusa federale di *narcotics charges* (narcotrafficienti). Ciò che il caso di specie offre è una riflessione su due importanti questioni: gli arresti dei ricorrenti erano legittimi? Le dichiarazioni non firmate erano ammissibili come elementi probatori? La Corte Suprema ha ritenuto che gli ufficiali di polizia non avessero elementi sufficienti a giustificare gli arresti dei soggetti. Per quanto riguarda il signor Toy, i giudici supremi hanno affermato che il giudice dovrebbe escludere tutte le prove così ottenute durante la perquisizione perché ritenuti «frutti» di un'operazione illecita e, dunque, le dichiarazioni degli interrogati non risultano essere ammissibili. Difatti, il giudice William J. Brennan ha scritto l'opinione della maggioranza, ribaltando il tribunale di grado inferiore e rinviando a un nuovo processo<sup>423</sup>. Tale dottrina, però, non risulta comunque priva di eccezioni. La prova risulta essere comunque ammissibile se: è stata ottenuta in buona fede; la scoperta della stessa era inevitabile; c'era una fonte di prova indipendente; si tratta di un atto di libero arbitrio.

#### **2.4.1. La *good faith exception***

La *exclusionary rule* non risulta essere una norma di carattere assoluto e, conseguentemente, priva di deroghe. Un'eccezione alla regola di esclusione che vieta l'uso in giudizio di prove ottenute a seguito di perquisizione e sequestro illegali è la cd. *good*

---

<sup>422</sup> *Wong Sun v. United States*, 14 gennaio 1963, 371 U.S. 471, in *Justia*, No. 36, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>.

<sup>423</sup> *Ibidem*.

*faith exception*<sup>424</sup>. Se gli agenti ritenevano ragionevole e in buona fede agire secondo l'autorità legale, ad esempio facendo affidamento su un mandato di perquisizione che in seguito si rivela essere viziato, le prove sequestrate illegalmente sono ammissibili ai sensi di tale deroga. Si tratta di un'eccezione introdotta dalla Suprema Corte nel noto caso *United States v. Leon* del 1984<sup>425</sup>. Nell'agosto 1981, la polizia di Burbank, in California, ricevette una soffiata che identificava Patsy Stewart e Armando Sanchez come spacciatori di droga. La polizia, dunque, apre le indagini nei confronti dei due indagati, sorvegliando le loro abitazioni e seguendo le stracce delle auto che frequentavano abitualmente le residenze, identificando in seguito anche Ricardo Del Castillo e Alberto Leon come coinvolti nell'operazione. Sulla base dell'attività di indagine e delle informazioni di un secondo informatore, un detective redige una dichiarazione giurata e un giudice emette un mandato di perquisizione, il quale soltanto successivamente alla perquisizione condotta dalla polizia si rivelerà connotato da invalidità (alla polizia mancava in primo luogo la probabile causa per l'emissione di un mandato). Le prove così ottenute nella perquisizione sono state, comunque, considerate ammissibili e valide perché le forze dell'ordine hanno eseguito la perquisizione facendo affidamento sul mandato, nella buona fede che quell'atto fosse valido e privo di vizi. Ma non è l'unico caso di applicazione dell'eccezione alla regola di esclusione. Si consideri una recente decisione dell'*11a Circuit Court of Appeals, United States v. Morales*: i pubblici ministeri federali del sud della Florida hanno accusato l'imputato del caso di specie di detenzione illecita di sostanze stupefacenti (marijuana) e suo traffico<sup>426</sup>. Il caso prende vita grazie all'ufficio di uno sceriffo locale, il quale ricevette una soffiata anonima che rappresentava l'imputato intendo alla vendita della sostanza stupefacente. Lo sceriffo, dunque, ha inviato due agenti nell'abitazione dell'imputato. Gli agenti hanno perquisito i bidoni della spazzatura in fondo al vialetto dell'imputato, trovando un «sacchetto di plastica contenente piccole quantità di marijuana». Gli agenti hanno condotto una seconda perquisizione nei rifiuti pochi giorni dopo, scoprendo un ulteriore armamentario per la droga. Due settimane

---

<sup>424</sup> ANNA C. HENNING, *Herring v. United States: extension of the good-faith exception to the exclusionary rule in fourth amendment cases*, 2009, in *Congressional Research Service*, pag. 3 ss, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R40189.pdf>.

<sup>425</sup> *United States v. Leon*, 5 luglio 1984, 468 U.S. 897, in *Juria*, No. 82-1771, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>.

<sup>426</sup> *United States v. Morales*, 12 gennaio 1994, 869 S.W.2d 941, in *Casetext*, <https://casetext.com/case/state-v-morales-8>.

dopo, gli agenti hanno chiesto un mandato di perquisizione della casa dell'imputato, menzionando come elementi probatori le sole quantità della sostanza rinvenute nella raccolta dei rifiuti, senza riferire della segnalazione anonima originale. Un giudice della *Circuit Court* emette il mandato di perquisizione, ma gli ufficiali hanno aspettato un'altra settimana per eseguirlo effettivamente e, una volta condotta l'operazione, hanno trovato diverse centinaia di grammi di marijuana e un'arma da fuoco carica. Sebbene l'imputato abbia insistito sul fatto che le droghe fossero esclusivamente per il suo consumo personale e che avesse una tessera per la marijuana medica, lo Stato lo ha comunque accusato di detenzione e spaccio della stessa, condannando l'imputato a 7 anni di reclusione. In appello, l'imputato ha sostenuto che il mandato di perquisizione non fosse valido perché non vi era alcuna *probable cause* per sostenerlo. In genere, quando la polizia raccoglie prove dallo smaltimento dei rifiuti, esse vengono utilizzate per «corroborare o trarre conferme da altre prove di attività illegali nella casa da perquisire». Ma in questo caso, le prove spazzatura erano l'unica base su cui fare affidamento per richiedere il mandato di perquisizione. Alcuni tribunali federali, difatti, hanno ritenuto insufficiente la base probatoria sulla quale gli agenti di polizia hanno richiesto e successivamente eseguito il mandato di perquisizione. Al contrario, l'11° Circuito ha ritenuto che, anche se la spazzatura avesse fornito una base sufficiente per la ricerca della *probable cause* del mandato di perquisizione, gli agenti di polizia avevano fatto «ragionevolmente affidamento» su quel mandato nella conduzione dell'attività di perquisizione. Dal punto di vista della corte d'appello, gli ufficiali «hanno fatto tutto ciò che avrebbero dovuto». Quindi, secondo tale impostazione, se vi è stato un errore, esso è da imputare al medesimo giudice che ha emesso il mandato e non agli ufficiali. Importante precisazione è stata affermata dalla *Supreme Court* nel caso *Davis v. United States*: la regola di esclusione non si applica quando la polizia conduce una perquisizione facendo affidamento su un precedente vincolante d'appello che consente la perquisizione. Ulteriori esempi sono dati da: *Illinois v. Krull*, nel quale si è stabilito che le prove sono da ritenersi ammissibili se gli ufficiali fanno affidamento su uno statuto che viene successivamente invalidato; in *Herring v. United States* la Corte ha ritenuto che l'eccezione in buona fede alla regola di

esclusione si applicasse quando i dipendenti di polizia avevano commesso un errore nel mantenere i registri in un database di mandati<sup>427</sup>.

#### **2.4.2. La *inevitable discovery doctrine exception***

Nella procedura penale, la «*inevitable discovery doctrine*», consente l'ammissibilità di prove che sarebbero altrimenti soggette a soppressione se lo Stato può dimostrare che le prove sarebbero state inevitabilmente e legalmente scoperte con mezzi legittimi.<sup>428</sup> Il caso determinante sulla regola dell'inevitabile scoperta è *Nix v. Williams* del 1984, in cui la Corte Suprema ha confermato l'applicazione dell'inevitabile eccezione alla scoperta della regola di esclusione<sup>429</sup>. Robert Williams, un malato di mente evaso dal carcere, uccise Pamela Powers, una bambina di dieci anni, dopo averla rapita da un YMCA a Des Moines, Iowa, il 24 dicembre 1968. Si arrese alla polizia due giorni dopo in un'altra contea, a condizione di non essere interrogato mentre veniva trasportato di nuovo a Urbandale. Uno degli investigatori iniziò una conversazione e propose a Williams di rivelare dove aveva lasciato il corpo prima di un'imminente nevicata; Williams acconsentì e condusse gli investigatori al corpo di Powers. Ciò che l'avvocato di Williams pose all'attenzione della corte fu la violazione, da parte degli ufficiali di polizia, del IV Emendamento della Carta Costituzionale degli Stati Uniti, il quale tutela il diritto ad un giudizio sollecito e pubblico da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso; il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa, di essere messo a confronto con i testimoni d'accusa, a ottenere di far comparire i testimoni in sua difesa, e a farsi assistere da un avvocato per la sua difesa. Williams è stato successivamente condannato per l'omicidio, ma in *Brewer v. Williams* (1977), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che il suo diritto a un avvocato era

---

<sup>427</sup> *Illinois v. Krull*, 9 marzo, 1987, 480 U.S. 340, in *Justia*, No. 85-608, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/340/>. Inoltre, *Herring v. United States*, 14 gennaio, 2009, 555 U.S. 135, in *Justia*, No. 07-513, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/135/>.

<sup>428</sup> Definizione di *Cornell University*, [https://www.law.cornell.edu/wex/inevitable\\_discovery\\_rule](https://www.law.cornell.edu/wex/inevitable_discovery_rule). Inoltre, STEPHEN G. RODRIGUEZ & PARTNERS, *Fruit of Poisonous Tree Doctrine*, in <https://www.lacriminaldefenseattorney.com/legal-dictionary/f/fruit-of-poisonous-tree-doctrine/>.

<sup>429</sup> *Nix v. Williams*, 11 giugno, 1984, 467 U.S. 431, in *Justia*, No. 82-1651, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>.



stato violato sulla base del precedente di *Massiah v. United States* (1964)<sup>430</sup>. L'opinione della maggioranza del giudice Potter Stewart, tuttavia, conteneva una nota a piè di pagina che suggeriva che le prove fornite da Williams potevano ancora essere utilizzate in un processo: «sebbene né le stesse dichiarazioni incriminanti di Williams né alcuna testimonianza che descriva il fatto che abbia condotto la polizia al corpo della vittima possono essere costituzionalmente ammesse come prove, le prove del luogo in cui è stato trovato il corpo e delle sue condizioni potrebbero essere ammissibili sulla base della teoria che il corpo sarebbe stato scoperto in ogni caso, anche se non erano state raccolte dichiarazioni incriminanti da Williams». Williams ha quindi ricevuto un secondo processo, in cui i suoi avvocati si sono nuovamente mossi per far escludere tutte le prove derivanti dall'interrogatorio di Williams da parte degli investigatori. Il giudice ha stabilito che le dichiarazioni di Williams agli investigatori erano inammissibili, ma citando la nota a piè di pagina di Stewart, ha stabilito che il corpo era ammissibile come prova, poiché sarebbe stato inevitabilmente scoperto dalle forze dell'ordine. Il 15 luglio 1977, Williams fu nuovamente condannato per omicidio di primo grado. La Corte ha, difatti, affermato che le forze dell'ordine non erano tenute a dimostrare di aver violato i diritti di un imputato in buona fede, ma solo che le prove sarebbero state inevitabilmente trovate nonostante la violazione.

#### **2.4.3. La *intervening act of free will exception***

Letteralmente, tale eccezione significa «il rifiuto, la sospensione o la revoca di qualsiasi diritto richiesto, concesso o goduto dalla società, o l'imposizione di qualsiasi condizione o limitazione a tale diritto che ne inibisca l'esercizio, da parte di qualsiasi Stato, autorità o persona in ragione dell'attività di soggetti che detengono azione e/o controllano la società»<sup>431</sup>. Un atto di libero arbitrio intervenuto da parte dell'imputato interromperà la catena causale tra le prove e l'originale perquisizione e sequestro illegali e quindi rimuoverà la contaminazione. Un esempio di ciò potrebbe essere il caso in cui un imputato sia stato rilasciato su sua stessa autorizzazione dopo un arresto illegale, ma in

---

<sup>430</sup> *Brewer v. Williams*, 23 marzo, 1977, 430 U.S. 387, in *Justia*, No. 74-1263, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/387/>. Sul punto, *Massiah v. United States*, 18 maggio, 1964, 377 U.S. 201, in *Justia*, No. 199, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/201/>.

<sup>431</sup> Definizione di STEPHEN G. RODRIGUEZ & PARTNERS, *Fruit of Poisonous Tree Doctrine*, in <https://www.lacriminaldefenseattorney.com/legal-dictionary/f/fruit-of-poisonous-tree-doctrine/>.

seguito sia tornato alla stazione di polizia per confessare. Questo atto volontario di libero arbitrio ha rimosso ogni vizio dalle confessioni.

#### **2.4.4. La *independent source exception***

L'eccezione della fonte indipendente risulta essere applicabile a prove scoperte inizialmente durante o come risultato di una perquisizione invalida da parte degli ufficiali di polizia, ma successivamente raccolte ed ottenute indipendentemente da operazioni non contaminate dall'originale vizio<sup>432</sup>. Un importante esempio dell'applicazione della suddetta eccezione è la decisione *Murray v. United States*<sup>433</sup>. Il 6 aprile 1983, le forze dell'ordine federali che seguivano Michael F. Murray e James D. Carter per sospetto di attività di droga illegale videro i due guidare grandi veicoli in un magazzino a South Boston. Quando Murray e Carter se ne andarono, gli agenti videro un autotreno e un grande container. Gli agenti hanno arrestato Murray e Carter e sequestrato legalmente i loro veicoli, che contenevano marijuana. Diversi agenti sono quindi tornati al magazzino, sono entrati forzatamente senza un mandato di perquisizione e hanno trovato numerose balle avvolte di quella che in seguito è stata confermata essere marijuana. Gli agenti non hanno toccato le balle e tenuto sotto sorveglianza il magazzino fino a quando non hanno ottenuto un mandato di perquisizione. Nel richiedere il mandato di perquisizione, gli agenti non hanno menzionato l'ingresso ingiustificato o le informazioni che avevano ottenuto. Circa otto ore dopo, gli agenti hanno ottenuto il mandato, sono entrati nel magazzino e hanno sequestrato le balle insieme ai taccuini che indicavano le destinazioni della marijuana. Prima del processo, Murray e Carter si attivati per far escludere le prove scoperte nel magazzino e hanno sostenuto che il mandato non era valido perché si basava su informazioni ottenute a seguito del precedente ingresso ingiustificato. Il tribunale distrettuale ha respinto la mozione e la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Primo Circuito ha confermato la decisione. L'opinione maggioritaria della Corte ha basato la propria decisione sul dettato normativo del IV Emendamento, chiedendosi se la norma richiedesse la soppressione delle prove scoperte durante una perquisizione illegale, e

---

<sup>432</sup> Definizione di STEPHEN G. RODRIGUEZ & PARTNERS, *Fruit of Poisonous Tree Doctrine*, in <https://www.lacriminaldefenseattorney.com/legal-dictionary/f/fruit-of-poisonous-tree-doctrine/>.

<sup>433</sup> *Murray v. United States*, 27 giugno, 1988, 487 U.S. 533, in *Juria*, No. 86-995, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>.

acquisite successivamente con un'ulteriore operazione adeguatamente giustificata e fondata. Se la polizia ha ottenuto informazioni illegalmente, ma le prove in questione provengono da una fonte incontaminata, esse sono comunque ammissibili. Poiché gli agenti in questo caso hanno ottenuto un mandato legittimo senza fare affidamento sulle informazioni ottenute illegalmente, le prove sequestrate nella voce autorizzata possono essere considerate provenire da una fonte indipendente e quindi non soggette a esclusione. Accanto all'opinione maggioritaria favorevole della Corte, troviamo anche il dissenso del giudice Marshall, il quale afferma che l'eccezione della fonte indipendente è limitata ai casi in cui le prove in questione derivavano da una fonte completamente indipendente. Ha affermato che i tribunali devono tenere a mente gli incentivi che gli agenti di polizia hanno per nascondere l'uso di metodi illegali per ottenere prove e devono utilizzare uno standard elevato di prova per determinare se le prove provengano da una fonte veramente indipendente. Il giudice John Paul Stevens e il giudice Sandra Day O'Connor si sono uniti al dissenso. Nella sua separata opinione dissenziente, il giudice John Paul Stevens ha scritto che le decisioni dei tribunali che incentivano gli agenti di polizia a ottenere prove con mezzi illegali si allontanano ulteriormente dal vero significato e dalle protezioni offerte dal quarto emendamento.

## **2.5. Una decisione controversa: *Wolf v. Colorado***

*Wolf v. Colorado* (1949), rappresenta un importante caso della Corte Suprema degli Stati Uniti in cui la Corte ha ritenuto che la *exclusionary rule* sia applicabile attraverso il richiamo alla clausola del giusto processo insita nel XIV Emendamento<sup>434</sup>. La questione principale che il giudice Felix Frankfurter considera nella sua opinione è se una condanna di un tribunale statale derivante dall'uso di prove che non sarebbero state ammesse in un tribunale federale neghi il giusto processo all'imputato garantito dal XIV Emendamento. Frankfurter afferma che, a differenza dei requisiti relativi all'amministrazione della giustizia penale da parte dell'autorità federale imposti dalla Carta dei diritti (emendamenti da I a VIII), il XIV Emendamento non impone limitazioni simili agli stati. Nel considerare le restrizioni che la *Due Process Clause* impone agli stati per quanto riguarda l'applicazione del diritto penale, la Corte non si allontana dalle opinioni espresse in *Palko*

---

<sup>434</sup> *Wolf v. Colorado*, 26 giugno, 1949, 338 U.S. 25, in *Juria*, Nos. 17 e 18, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/>.

v. *Connecticut* (1937)<sup>435</sup>. In tale decisione, il giudice associato Benjamin N. Cardozo ha respinto la teoria secondo la quale la *Due Process Clause* incorpori la Carta dei diritti originale. La Corte prosegue rilevando, attraverso la sua dottrina dell'incorporazione selettiva, che la proibizione di perquisizioni e sequestri irragionevoli da parte del IV Emendamento è «implicita nel concetto di libertà ordinata e, come tale, opponibile agli Stati attraverso la *Due Process Clause*». Tuttavia, l'applicazione di questo diritto fondamentale solleva ulteriori domande, ad esempio come controllare tale condotta della polizia e quali rimedi sono appropriati contro di essa. L'importante precedente rilevante in questo caso deriva da *Weeks v. United States*, (1914). La principale conseguenza della sentenza unanime di *Weeks* è stata che in un procedimento federale il IV Emendamento ha vietato l'uso di prove ottenute da una perquisizione e sequestro illegali. Frankfurter osserva che questa sentenza del 1914 «non derivava dai requisiti espliciti del IV Emendamento». Tuttavia, poiché la regola è stata applicata frequentemente da allora, «ci aderiamo fermamente», ribadendo che la questione immediata è se questo diritto fondamentale alla protezione contro l'intrusione arbitraria della polizia in un caso federale si estenda anche ai casi statali. Scrive che poiché la maggior parte del mondo anglofono «non considera vitale (...) l'esclusione delle prove così ottenute», la Corte deve esitare «a trattare questo rimedio come una componente essenziale del diritto». Frankfurter scrive che, sebbene la pratica dell'esclusione delle prove sia effettivamente un modo efficace per scoraggiare perquisizioni illegittime, la Corte non può condannare altri metodi altrettanto efficaci come al di sotto degli standard minimi richiesti dalla *Due Process Clause*. Inoltre, esistono ragioni per escludere prove ottenute dalla polizia federale che sono meno convincenti nel caso di autorità statali o locali. Conclude che, per i motivi di cui sopra, la Corte ritiene che «in un procedimento giudiziario in un tribunale di Stato per un crimine di Stato, il XIV Emendamento non vieta l'ammissione di prove ottenute da una perquisizione e sequestro irragionevoli».

---

<sup>435</sup> *Palko v. Connecticut*, 6 dicembre, 1937, 302 U.S. 319, in *Juria*, No. 135, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>.

### 3. L'Inutilizzabilità derivata nell'ordinamento italiano: il dibattito tra dottrina e giurisprudenza.

Anzitutto, è necessaria una panoramica del quadro normativo offerto dal nostro ordinamento. Il tema dell'inutilizzabilità della prova risulta essere prevista in diverse disposizioni del nostro codice di procedura penale. Disciplina generale è offerta dall'art. 191 c.p.p., che recita: «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». La disposizione in esame svolge la funzione di vietare l'ingresso all'interno del procedimento di prove raccolte od ottenute in violazione dei divieti imposti dalla legge ed ha, conseguentemente, l'effetto di vietare al giudice di porre a fondamento della propria decisione quel determinato elemento probatorio poiché viziato e *contra legem*. Punto focale del dibattito tra dottrina e giurisprudenza è riscontrabile in quelle che sono le sorti delle prove acquisite in violazione del modello legale previsto dalla procedura penale. Gli interrogativi che dottrina e giurisprudenza pongono alla base della discussione sono: la illegittimità di una prova si estende ad un'altra prova, il cui reperimento sia stato determinato dalla prima? È possibile affermare l'esistenza di una nuova categoria concettuale, quale l'inutilizzabilità derivata? Illustre dottrina sostiene l'esistenza dell'inutilizzabilità derivata partendo da una forma di reazione dell'ordinamento, in merito all'assunzione di prove dipendenti da precedenti risultanze probatorie, illegittimamente acquisite, che affonda le radici in un'interpretazione analogica dell'art. 185 c.p.p. In particolare, sin dal primo comma notiamo che la norma in esame non si premura di effettuare una distinzione basata sulla tipologia dell'atto dichiarato nullo: «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo»<sup>436</sup>. L'assenza, difatti, di una disciplina riferita alla propagazione della inutilizzabilità ha creato non poche perplessità circa la possibilità di applicare per analogia l'art. 185 c.p.p.<sup>437</sup>. Eppure, proprio in virtù del principio del *favor rei* sul quale il nostro ordinamento penale è imperniato, dovrebbe essere pacifico affermare che una tale applicazione analogica risulterebbe rispondere alle esigenze di interpretazione in *bonam partem* che lo stesso principio appena richiamato si preoccupa di tutelare. Se il principio del *favor rei* si atteggia come principio generale, traducibile nell'atteggiamento che privilegia l'imputato o il condannato e che rende possibile la

---

<sup>436</sup> F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit. pag. 91 ss.

<sup>437</sup> *Ibidem*.

produzione di effetti più lievi rispetto a quelli che si verificherebbero altrimenti, sarebbe del tutto illogico ritenere che l'art. 185 non possa essere applicato analogicamente, se la suddetta applicazione risultasse più favorevole al soggetto attorno al quale ruota e sul quale si fonda l'intera vicenda processuale.

Al terzo comma, l'art. 185 esplica le conseguenze derivanti dalla declaratoria di nullità dell'atto, ossia «la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito»; con un'unica eccezione, disciplinata al comma successivo: «la disposizione del comma 3 non si applica alle nullità concernenti le prove». La deroga in esame appare, secondo tale ricostruzione, del tutto immotivata per diversi ordini di ragioni. Anzitutto, non si può certamente affermare che l'atto probatorio, considerato nella sua esclusività, non sia in grado di configurare un rapporto di consecutività e dipendenza che giustifica il contagio degli atti successivi, poiché la suddetta propagazione è *ab origine* basata sulla dipendenza dell'atto successivo dal primo dichiarato invalido ed inutilizzabile: l'utilizzo erroneo di un atto probatorio successivamente dichiarato nullo, comporta la nullità della motivazione su cui la sentenza viene ad essere fondata. Mediante una lettura *prima face*, la ricostruzione appena esposta apparirebbe non priva di fondamento, nonché perfettamente in grado di rispondere e proteggere le stesse esigenze valorizzate dall'ordinamento e dalle disposizioni precedentemente richiamate: l'assenza nel primo comma dell'art. 185 c.p.p. di una netta distinzione circa la tipologia dell'atto sottoposto alla nostra attenzione, nonché il richiamo al noto principio del favor rei che implica necessariamente la produzione di effetti più vantaggiosi per l'imputato, apparirebbero sintomatici di una necessaria introduzione di una disciplina dedicata alla propagazione dell'inutilizzabilità, che colpisca la sorte degli esiti probatori. Tuttavia, è sostenibile, ed eventualmente preferibile, una diversa interpretazione<sup>438</sup>. Un simile procedimento di interpretazione analogica, difatti, porta con sé due rilevanti aporie: il “tradimento” del dettato codicistico e dei principi che regolano la materia delle nullità; difficile convincimento sull'estensione del concetto di derivazione e dipendenza agli atti probatori<sup>439</sup>. Per quanto attiene alla prima problematica, soccorre la lettura del dettato normativo dell'art. 177 c.p.p.: «l'inosservanza delle

---

<sup>438</sup> D. QUARANTA, *Inutilizzabilità derivata: l'exclusionary rule tra Stati Uniti ed Italia*, 2020, in *Iusinitinere*, <https://www.iusinitinere.it/inutilizzabilita-derivata-lexclusionary-rule-tra-stati-uniti-ed-italia-29394>.

<sup>439</sup> *Ibidem*.

disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge». La disposizione in esame sancisce il cd. principio di tassatività delle invalidità, che impone al giudice di non ricorrere all'interpretazione analogica in tema di nullità: non vi è alcuno spazio, quindi, per altre fattispecie di invalidità. Lo si deduce dalla terminologia utilizzata dalla medesima fattispecie. Dall'espressione «nei casi previsti dalla legge» deriva l'impossibilità di estendere la disciplina dell'invalidità ad atti processuali che non siano stati attratti nell'alveo di questa categoria. Lo stesso art. 191 c.p.p. risulta imperniato sul suddetto principio, deducendolo anche in questo caso dal dettato normativo utilizzato dal legislatore («in violazione dei divieti stabiliti dalla legge»); profili di tassatività sono canonizzati dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, con la pronuncia delle Sezioni Unite del 2010, ha specificato che: «essendo il diritto alla prova un connotato ineludibile del nuovo processo penale, assunto al rango di paradigma del parametro del giusto processo, qualsiasi divieto positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale»<sup>440</sup>. Quanto al secondo profilo, l'attenzione è spostata sul concetto di dipendenza e sull'art. 185 c.p.p. In merito all'argomento, notiamo due diversi orientamenti giurisprudenziali: la sesta sezione della Corte di cassazione nella pronuncia n. 39953/2005 sosteneva che l'istituto dell'inutilizzabilità derivata non fosse modellabile sulla invalidità derivata perché le risultanze probatorie, a differenza degli atti processuali, sono prive di quel requisito di dipendenza logico-giuridica e caratterizzate solo da un mero legame di occasionalità; contrariamente, la Corte costituzionale, nella pronuncia n. 304/2000, sosteneva l'ammissibilità dell'inutilizzabilità derivata modellata sulla nullità derivata in base alla sussistenza del rapporto di dipendenza tra gli atti probatori (dipendenza sostanziale)<sup>441</sup>. Trattandosi di un concetto di dipendenza, quello del legislatore, del tipo logico-giuridico e non empirico-fattuale, appare improbabile la possibilità di sovrapporre l'inutilizzabilità derivata all'invalidità ex. art. 185 c.p.p.<sup>442</sup>. Ci troviamo di fronte al bilanciamento di due principi fondamentali della materia penale: da un lato, il principio del *favor rei*, il quale permetterebbe secondo la dottrina di poter applicare mediante un'interpretazione analogica il dettato dell'art. 185 c.p.p., sull'assunto secondo cui gli atti processuali si individuano in rapporto di dipendenza gli uni con gli

---

<sup>440</sup> Cass. pen. Sez. Un., 9 aprile, 2010, n. 13426, in *Gadit*, <http://www.gadit.it/articolo/5807>.

<sup>441</sup> *Ibidem*.

<sup>442</sup> *Ibidem*.

altri, secondo la concatenazione cronologica che connota la vicenda processuale; dall'altro, il principio di tassatività, in base al quale «l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge» ex. art. 177 c.p.p. Per comprendere quale dei suddetti principi risulti essere il piatto della bilancia prevalente, occorre ricordare, anzitutto, che nel nostro ordinamento non risulta esservi alcuna disciplina dedicata alla propagazione di quella particolare categoria di invalidità, quale l'inutilizzabilità. Il legislatore, dunque, non si è premurato di introdurre nel nostro codice di procedura penale un automatismo tale da rendere inutilizzabili gli esiti probatori di operazioni solo successivamente scoperte invalide. L'interrogativo che dobbiamo sottoporre alla nostra attenzione è: come deve essere interpretato codesto silenzio? Nonostante la materia esposta dalla dottrina non possa dirsi priva di fondamento, un eventuale ricorso proposto al Giudice delle leggi non può, comunque, essere accolto perché l'emanazione di una pronuncia additiva comporterebbe la sostituzione al legislatore in una materia (la valutazione politica-processuale) che non le compete<sup>443</sup>. Difatti, la stessa Corte costituzionale precisa nella nota sentenza del 2019: «è lo stesso sistema normativo ad avallare la conclusione secondo la quale, per la inutilizzabilità che scaturisce dalla violazione di un divieto probatorio, non possa trovare applicazione un principio di inutilizzabilità derivata»<sup>444</sup>. Del resto, è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale tale principio, valido per le nullità, non si applica in materia di inutilizzabilità». D'altronde, si potrebbe anche richiamare il noto brocardo «*ubi voluit dixit e ubi noluit tacuit*» (dove il legislatore intendeva dire ha detto, dove non voleva dire ha taciuto).

### **3.1. Analisi comparatistica tra Stati Uniti e Italia: la teoria del “*male captum bene retentum*” e la exclusionary rule a confronto**

Il caso tipico, innumerevoli volte posto all'attenzione della giurisprudenza, riguarda i rapporti tra perquisizione e sequestro; se sia, quindi, possibile utilizzare ai fini della decisione prove oggetto di un sequestro connotato ab origine da illegittimità. Sulla questione, possiamo effettuare un'analisi comparatistica: il nostro ordinamento a

---

<sup>443</sup> *Ibidem*.

<sup>444</sup> Corte Cost., 15 luglio, 2019, n. 219, in *Federalismi.it*, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40356>.



paragone con quello statunitense. Secondo un primo orientamento, che trova le sue origini in Franco Cordero, l'inutilizzabilità derivata non potrebbe trovare accoglimento nel nostro ordinamento sulla base del dettato normativo dell'art. 191 c.p.p.: «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»<sup>445</sup>. La disposizione in esame si riferirebbe soltanto alle prove acquisite in via primaria ed in violazione di un divieto previsto dalla legge; dunque, l'inutilizzabilità della prova non potrebbe in alcun modo estendersi ad altra prova reperita grazie al prodotto primario inutilizzabile. La giurisprudenza italiana, proprio in virtù del dibattito acceso con la contrapposta dottrina e come reazione all'eccessiva estensione applicativa delle disposizioni in materia di nullità ed invalidità, ha elaborato la teoria del «*male captum bene rententum*» (letteralmente, sebbene acquisita illegalmente, la prova è utilizzabile)<sup>446</sup>. *Ratio* della norma è riscontrabile alla luce del meccanismo di estensione del vizio di nullità, sancito dall'art. 185 c.p.p. ai sensi del quale: «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo». Ciò che renderebbe non applicabile la norma alle ipotesi di inutilizzabilità è proprio il principio di tassatività sul quale l'intera disciplina delle nullità viene a basarsi. In assenza di una espressa disposizione in materia, l'inutilizzabilità di un atto invalido non potrebbe estendersi al successivo. Secondo una differente impostazione, l'inutilizzabilità dell'atto si estenderebbe anche a tutte le prove ottenute a seguito di operazioni successivamente ritenute invalide<sup>447</sup>. Tesi giurisprudenziale opposta è la già citata «teoria dei frutti dell'albero avvelenato» di derivazione americana, espressa per la prima volta in una risalente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (*Weeks v. United States*, 1914): attraverso questa regola, l'*exclusionary rule* si estenderebbe a tutti gli elementi probatori costituenti il frutto di un atto illegittimo. La *ratio* di questa impostazione è da riscontrare nell'esigenza di «prevenire il diffondersi di tecniche di indagine a tal punto illegittime da provocare un sostanziale offuscamento, una radicale vanificazione delle garanzie costituzionalmente riconosciute all'imputato; così si afferma che l'esclusione della prova costituisce un efficace deterrente contro perquisizioni irragionevoli» (come si legge nella decisione). La metafora sulla quale la teoria prende nome rende perfettamente l'idea della

---

<sup>445</sup>D. QUARANTA, *Inutilizzabilità derivata: l'exclusionary rule tra Stati Uniti ed Italia*, 2020, in *Iusinitinere*, <https://www.iusinitinere.it/inutilizzabilita-derivata-lexclusionary-rule-tra-stati-uniti-ed-italia-29394>.

<sup>446</sup> *Ibidem*.

<sup>447</sup> *Ibidem*.

questione controversa: la corteccia d'un albero ricolma di veleno propaga il vizio a tutti i frutti che crescono su di esso; allo stesso modo, i frutti di un atto illegittimo devono ritenersi «avvelenati» e, pertanto, inutilizzabili. Alla giurisprudenza appare, dunque, evidente la necessità di salvaguardare le garanzie costituzionali riconosciute in capo all'indagato. Non è un caso che la teoria in discorso, che attua precipuamente una funzione di *deterrence*, nasca proprio negli Stati Uniti, dove la polizia giudiziaria ed il *prosecutor* godono di poteri investigativi estremamente ampi. Ad ogni modo, è da precisare che, se in una prima fase la Corte Suprema asseriva l'inutilizzabilità assoluta di tutto ciò che fosse acquisito in conseguenza di un atto illegittimo di polizia, a partire dagli anni '80 i Giudici americani frappongono alla regola in esame alcune evidenti limitazioni nei paragrafi precedenti già richiamati (*good faith exception, inevitable discovery doctrine, intervening act of free will exception, independent source exception*).

### **3.2. L'evoluzione giurisprudenziale italiana**

Il percorso interpretativo della complessa materia della inutilizzabilità derivata risulta essere tortuoso e, soprattutto, assai complesso, al punto da aver visto più e più l'intervento della Suprema Corte, affiancata anche dalla lettura da parte del Giudice delle leggi. Difatti, nel paragrafo in esame ci occuperemo di seguire passo passo la strada che ha condotto la giurisprudenza all'esclusione dell'inutilizzabilità derivata nel sistema penale italiano.

#### **3.2.1. L'orientamento delle Sezioni Unite**

La Cassazione si è pronunciata una prima volta a Sezioni Unite, nella sentenza n. 3268, il 16 maggio del 1996<sup>448</sup>. Gli operanti avevano proceduto al sequestro di 31 grammi di cocaina nell'abitazione dell'imputato, la cui operazione derivava da una perquisizione illegittima, in quanto effettuata al di fuori delle previsioni di cui all'art. 103, III co., DPR 309/1990: la perquisizione, difatti, era stata compiuta senza la preventiva autorizzazione del magistrato ed al di fuori dei «motivi particolari di necessità ed urgenza». Sul rapporto tra perquisizione e sequestro e sull'accoglimento dell'inutilizzabilità derivata, la

---

<sup>448</sup> Cass. pen., Sez. Un., 16 maggio, 1996, n. 3268, in *Altalex*, <https://www.altalex.com/documents/news/2008/03/17/sequestro-di-corrispondenza-dei-detenuti-intercettazione-e-prova-incostituzionale>.

pronuncia in esame sembrerebbe in un primo momento accogliere l'orientamento americano. Si afferma infatti che: «la perquisizione non è soltanto l'antecedente cronologico del sequestro, ma rappresenta lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro. Ma la stessa utilizzabilità della prova è pur sempre subordinata alla esecuzione di un legittimo provvedimento acquisitivo che si sottragga, in ogni sua fase, a quei vizi che, incidendo negativamente sull'esercizio dei diritti soggettivi irrinunciabili, non possono non diffondere i loro effetti sul risultato che, attraverso quel procedimento, sia stato conseguito». La Suprema Corte ammette l'esistenza della categoria di inutilizzabilità oggetto del presente scritto, affermando che l'estensione dell'inutilizzabilità alla prova che sia esito dell'atto illegittimo costituisce un principio già accolto nell'ordinamento: sono varie le disposizioni che disciplinano la materia, come l'art. 103, co. VII, c.p.p., in tema di garanzie del difensore, la quale sancisce l'inutilizzabilità dei risultati delle perquisizioni qualora queste ultime siano state eseguite in violazione delle garanzie previste dalla norma. Ciononostante, i Giudici ritengono le prove del caso di specie pienamente utilizzabili: «se è vero che l'illegittimità della ricerca della prova del commesso reato non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire, è altrettanto vero che allorquando quella ricerca, comunque effettuata, si sia conclusa con il rinvenimento ed il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare irrilevante il modo con il quale a quel sequestro si sia pervenuti: in questa specifica ipotesi, il sequestro rappresenta un atto dovuto, la cui omissione esporrebbe gli autori a specifiche responsabilità penali»<sup>449</sup>. Dopo aver ribadito l'estensione dell'invalidità ai frutti dell'atto illegittimo, la pronuncia sembrerebbe, in quest'ultimo passaggio, contraddirsi: «da un lato, l'illiceità del mezzo di ricerca della prova spiegherebbe i suoi effetti sulle prove oggetto del sequestro; dall'altro lato, gli inquirenti sarebbero obbligati a procedere comunque al sequestro, pena una loro responsabilità penale»<sup>450</sup>. Dunque, i giudici sembrerebbero escludere l'introduzione nel nostro ordinamento di tale meccanismo. Una seconda pronuncia della medesima importanza è la sentenza n. 3 del 1996, nel noto caso Sala<sup>451</sup>. Il 6 settembre del 1994, il

---

<sup>449</sup> *Ibidem.*

<sup>450</sup> *Ibidem.*

<sup>451</sup> Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo, 1996, n. 3, in *Unife.it*, <https://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/tecniche-di-indagine/materiale-didattico/cass-s-u-27-marzo-1996-sala>.

Tribunale di Modena dichiarava SALA G. colpevole del reato previsto dall'art. 73 n. 1 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e, concessagli l'attenuante della lieve entità del fatto, lo condannava ad anni tre di reclusione. In particolare, nel caso di specie il procedimento era stato instaurato in seguito al sequestro di circa trentuno grammi di cocaina, rinvenuti dalla Guardia di Finanza nell'abitazione dell'imputato il 13 agosto 1994, nel corso di una perquisizione domiciliare eseguita senza l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente<sup>452</sup>. La Corte di Appello di Bologna, investita della vicenda, evidenziava che la perquisizione fosse stata eseguita in violazione dell'art. 103, comma 3, del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, poiché non esistevano motivi di particolare urgenza tali da giustificare la mancata acquisizione della preventiva autorizzazione del magistrato competente, rimettendo il quesito di diritto alla sesta sezione della Corte di cassazione. I giudici della Corte ribaltavano totalmente l'orientamento conclusivo dell'Appello, affermando che: «la perquisizione, pur se eseguita illegittimamente nell'abitazione di SALA G. il 13 agosto 1994, si era conclusa con la scoperta ed il sequestro di circa trentuno grammi di cocaina, sicché ricorrevano le condizioni per l'applicazione dell'art.253, comma 1, c.p.p. (...) Allorquando quella ricerca, comunque effettuata, si sia conclusa con il rinvenimento ed il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare del tutto irrilevante il modo con il quale a quel sequestro si sia pervenuti: il sequestro rappresenta un «atto dovuto», la cui omissione esporrebbe gli autori a specifiche responsabilità penali, quali che siano state, in concreto, le modalità propedeutiche e funzionali che hanno consentito l'esito positivo della ricerca compiuta»<sup>453</sup>. Difatti, se si accettasse la conclusione sollecitata dal ricorrente, si porrebbe «all'assurdo di consentire al giudice la confisca del corpo del reato e, nel contempo, di non tenerne conto ai fini della decisione conclusiva del processo»<sup>454</sup>. Infine, la Corte rigettava il ricorso, ritenendo legittimamente eseguito il sequestro della sostanza, poiché trattasi di un provvedimento imposto ex lege ed una volta eseguito non solo non poteva essere revocato, ma conservava la sua piena efficacia a tutti gli effetti nel procedimento nel quale era stato adottato. Ulteriore intervento delle Sezioni unite della Cassazione è da rinvenire nella pronuncia n. 54648/2018<sup>455</sup>. A seguito di gravame

---

<sup>452</sup> *Ibidem.*

<sup>453</sup> *Ibidem.*

<sup>454</sup> *Ibidem.*

<sup>455</sup> Cass. pen., Sez. IV, sent. del 6 dicembre 2018, n. 54648, in *Wolters Kluwer*.

interposto dal pubblico ministero in relazione alla posizione dell'imputato PE.Ca. e dagli imputati A.C., P.A., PA.Ma, E.F.G., Z.A., AL.Gi., N.F., D.R.V., M.F., PE.Gi, avverso la sentenza emessa in data 9 dicembre 2016, all'esito del rito abbreviato, dal G.I.P. del Tribunale di Catanzaro, è stato sottoposto alla sesta Sezione il compito di risolvere il quesito di diritto concernente l'inutilizzabilità di risultanze di intercettazioni avvenute, secondo i ricorrenti, in violazione delle formalità espressamente previste dal codice di rito. Nella vicenda di cui si discute, agli imputati veniva contestato lo svolgimento, in maniera continuativa, di attività di spaccio di sostanze stupefacenti di varia natura nel territorio cosentino, sulla base di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria. In particolare, da queste emergeva l'esistenza di un'organizzazione a struttura piramidale i cui vertigini erano i coniugi A. e P., i quali dirigevano e coordinavano il gruppo operativo nella parte stoica della città di Cosenza (cd. Cosenza vecchia). Nell'interesse dei due, si deduceva la violazione degli artt. 268, co. 1 e 3, e 271 c.p.p. in relazione alla utilizzabilità:

- a) delle registrazioni avvenute direttamente presso gli uffici della Questura, presso il quale il server veniva instradato il flusso di comunicazioni, e non presso il server della Procura che le ha disposte;
- b) delle registrazioni evinte dalle intercettazioni poiché la loro esecuzione avveniva attraverso l'impiego di una apparecchiatura tecnica fornita da una società privata, in assenza di un decreto motivato di attestazione dell'Ufficio del pubblico ministero circa l'indisponibilità degli impianti ivi esistenti o la loro insufficienza e la presenza di eccezionali ragioni di urgenza;
- c) delle intercettazioni ambientali o disposte presso l'abitazione di Pa.Ma. sebbene il soggetto intercettato venisse indicato in una residenza distinta da quella indicata nella autorizzazione alla intercettazione;

Inoltre, si deduceva la violazione degli artt. 192, 125, co. 3, e 546 c.p.p., in relazione al D.P.R. n. 309/1999, art. 73, co. 5, e 74, co. 6, in quanto il giudice d'appello aveva impiegato parte del compendio delle intercettazioni per rigettare l'istanza difensiva di derubricazione, in considerazione della rudimentalità della organizzazione, della eseguità dei sequestri di stupefacenti, della non esclusività del mercato di riferimento e della eseguità dei guadagni, non rilevando neanche la diversità della tipologia dello stupefacente trattato. La sesta sezione della Corte di Cassazione dichiarava i motivi sinora esposti infondati. In particolare, i giudici della Corte evidenziavano, anzitutto, una

preliminare distinzione tra gli atti colpiti dalla cd. inutilizzabilità fisiologica e quelli inficiati dalla cd. patologica. Per inutilizzabilità patologica dobbiamo intendere quell'ipotesi residuale ravvisabile esclusivamente «a quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante coi principi fondamentali dell'ordinamento o tale da pregiudicare in modo grave ed insuperabile il diritto di difesa dell'imputato» e che, contrariamente all'inutilizzabilità fisiologica, «può essere rilevata anche nell'ambito del giudizio abbreviato ed in qualsiasi altra fase del procedimento, comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito». Si riferisce, dunque, ad atti probatori *contra legem* il cui impiego è vietato in modo assoluto dall'art. 191 c.p.p. L'inutilizzabilità fisiologica, invece, concerne quegli atti che, «pur formati validamente in ossequio alle relative norme e senza violare alcun divieto probatorio, tuttavia non possono essere utilizzati per la decisione finale perché assunti prima del dibattimento, senza un pieno contraddittorio». Ratio della distinzione discende dall'entità, il grado della violazione e dall'incidenza che questa ha avuto rispetto al diritto di difesa dell'imputato o dell'indagato<sup>456</sup>. La Corte riteneva che il decreto del pubblico ministero, col quale si disponeva l'intercettazione telefonica mediante impianti in dotazione alla polizia giudiziaria e derivante dalla mancata attestazione allegata al decreto o dalla certificazione attestante l'inidoneità od insufficienza degli impianti, non costituissero ipotesi di inutilizzabilità patologica, ma bensì di inutilizzabilità fisiologica, la quale, per i motivi precedentemente illustrati, non può essere rilevata nel rito abbreviato poiché «sanata in conseguenza dell'espletamento del relativo giudizio»<sup>457</sup>. Per quanto attiene alle intercettazioni eseguite mediante l'impiego di apparecchiatura tecnica fornita da una ditta esterna, la Corte riteneva il motivo infondato: «esso non involge profili di inutilizzabilità patologica e, pertanto, è superato dall'avvenuto accesso al rito abbreviato»<sup>458</sup>. Lo stesso art. 268 c.p.p. non vieta l'impiego di impianti e mezzi appartenenti a privati, né il ricorso all'eventuale ausilio tecnico ad opera di soggetti esterni che siano richiesti di intervenire per fronteggiare esigenze legate al corretto funzionamento delle apparecchiature noleggiate e che si trovano ad agire, in tale evenienza, come *longa manus* o ausiliari del pubblico ministero o della polizia giudiziaria. Infine, il motivo concernente l'utilizzabilità delle intercettazioni ambientali

---

<sup>456</sup> *Ibidem.*

<sup>457</sup> *Ibidem.*

<sup>458</sup> *Ibidem.*

presso l'abitazione di Pa.Ma. per la errata individuazione di detta abitazione risultava inammissibile in quanto la censura era ritenuta generica, non essendo contestato che il luogo dove sono state effettuate le captazioni sia l'abitazione del Pa. oggetto del decreto captativo».

### **3.2.2. Corte costituzionale, sentenza n. 219 del 2019**

Altra pronuncia di rilevante importanza può essere individuata nella sentenza della Corte Costituzionale n. 219, depositata in data 30 Ottobre 2019<sup>459</sup>. Era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, non prevedeva che la sanzione dell'inutilizzabilità riguardasse anche gli esiti probatori: il giudice a quo richiedeva alla Consulta un intervento al fine di concedere finalmente spazio all'inutilizzabilità derivata all'interno del diritto processuale penale. Oggetto della questione ricalcava sostanzialmente quello che aveva interessato la pronuncia a Sezioni Unite precedentemente richiamata, quale la violazione dell'art. 103 DPR 309/1990 e conseguente sequestro di sostanze stupefacenti al di fuori dei casi consentiti dalla legge. Con due ordinanze (r. o. n. 14 del 2018 e r. o. n. 93 del 2018) il GUP del Tribunale ordinario di Lecce ha quindi sollevato, in riferimento agli artt. 3, 13, 14 e 117, co. 1 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p., nella parte in cui «non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività». Gli elementi posti a carico dell'imputato risultano dall'esecuzione dell'ispezione del bagaglio e della perquisizione personale e dalla perquisizione personale e domiciliare cui l'imputato era stato sottoposto, di loro iniziativa, da militari appartenenti all'Arma dei carabinieri. Le suddette operazioni avevano portato al rinvenimento e al conseguente sequestro di alcuni grammi di sostanza stupefacente (hashish e marijuana, in un caso, sola canapa indiana, nell'altro). Stando alle indicazioni del processo verbale di perquisizione, i Carabinieri erano stati indotti a

---

<sup>459</sup> Corte Cost., 15 luglio, 2019, n. 219, in *Federalismi.it*, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40356>.

procedere a tali attività, «particolarmente invasive»: a) nel caso di una delle ordinanze, «da un non meglio specificato “atteggiamento asseritamente sospetto” tenuto dall’imputato, in quanto verso le ore 14.00 si aggirava nei pressi del litorale di Gallipoli; b) nel caso oggetto dell’altra ordinanza, «fonti confidenziali» avevano indicato nell’imputato uno spacciatore di sostanze stupefacenti: avendo in precedenti occasioni rilevato, nella medesima zona, «un andirivieni di soggetti noti come tossicodipendenti», e notando un giovane consegnare una banconota all’imputato, i militari avevano proceduto alla immediata identificazione di tali soggetti. Pur avendo l’imputato chiarito il rapporto di parentela tra i due (l’altro soggetto era fratello dell’imputato) e dopo aver chiarito che stava consegnando al fratello denaro per le «spese di casa», le forze dell’ordine avevano proceduto alla perquisizione personale dell’imputato e, scoperti tre involucri di sostanza stupefacente, avevano esteso la perquisizione all’abitazione, dove avevano rinvenuto la restante parte della sostanza sottoposta a sequestro. Ciò che il rimettente lamentava è che i citati atti di ispezione e perquisizione dovrebbero ritenersi «abusivi», in quanto eseguiti fuori dei casi tassativamente indicati dalla legge. Ratio della censura è insita nell’art. 13 Cost., il quale prevede che: «ogni forma di limitazione della libertà personale possa essere disposta solo con atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». A tale principio può derogarsi unicamente «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, nei quali l’autorità di pubblica sicurezza può adottare «provvedimenti provvisori» soggetti a convalida da parte dell’autorità giudiziaria, in difetto della quale essi «si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». Ipotesi generale che legittima l’intervento eccezionale delle forze di polizia è quella della flagranza di reato (artt. 352 e 354 c.p.p.), ma la Consulta si premura di ricordare che corpi di norme speciali hanno ampliato i casi nei quali la polizia giudiziaria può procedere a ispezioni e perquisizioni: si pensi alle ipotesi previste dall’art. 4 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell’ordine pubblico), che consente, in casi eccezionali di necessità e urgenza, la perquisizione, per la ricerca di armi e strumenti di effrazione, di persone il cui atteggiamento o la cui presenza non appaiano giustificabili, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo e di tempo, e dall’art. 41 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), che permette la perquisizione domiciliare per la ricerca delle armi della cui esistenza, in locali pubblici o



privati, la polizia abbia notizia, anche per indizio, la fattispecie più ricorrente nella è quella contemplata dall'art. 103 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza). I commi 2 e 3 della suddetta disposizione abilitano la polizia giudiziaria a procedere nel corso di operazioni finalizzate alla prevenzione e alla repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, rispettivamente: «all'ispezione dei mezzi di trasporto, dei bagagli e degli effetti personali, e a perquisizioni, personali e domiciliari, allorché vi sia «fondato motivo» di ritenere che possano essere rinvenute tali sostanze e ricorrano «motivi di particolare necessità ed urgenza che non consentano di richiedere l'autorizzazione telefonica del magistrato competente». Secondo tale ricostruzione del giudice a quo, dunque, presupposto che legittima l'intervento della polizia giudiziaria anche fuori dai casi di flagranza nel reato consiste nella sussistenza di «un requisito minimo di comprovabilità e verificabilità»: non occorrerebbe, cioè, la prova preventiva della detenzione illegittima di armi o stupefacenti, ma «dovrebbero esservi almeno degli indizi in tal senso, sia pure semplici e non gravi, ma comunque sia verificabili». Secondo la sentenza, «diversamente opinando, infatti, si attribuirebbe alla polizia giudiziaria il potere di ledere «*ad libitum*» la libertà personale e domiciliare dell'individuo, vanificando il senso del controllo dell'autorità giudiziaria sul suo operato». In base alla suddetta impostazione, la sussistenza di un indizio di detenzione delle armi o dello stupefacente non potrebbe essere desunta da fonti anonime o confidenziali, le quali non sono in alcun modo verificabili dal giudice e delle quali è proprio per questo prevista l'inutilizzabilità (artt. 195, co. 7, 203, co. 1, e 240 c.p.p.). Sulla base di quanto sin qui esposto, l'ispezione e le perquisizioni di cui si discute nei giudizi *a quibus* apparirebbero illegittime, risultando del tutto ingiustificate sulla base del «giudizio ex ante» che deve presiedere alla valutazione degli atti della polizia giudiziaria che incidano su libertà costituzionalmente tutelate. Nei casi di specie, non si configurerebbero né l'ipotesi della flagranza del reato, essendosi questa manifestata solo ex post, all'esito dell'ispezione e delle perquisizioni, né il «fondato motivo» per ritenere che potessero essere rinvenute sostanze stupefacenti, richiesto dall'art. 103 t.u. stupefacenti. Difatti, il verbale di perquisizione non specificava in alcun modo in che cosa concretamente consistesse l'«atteggiamento sospetto» tenuto nella circostanza dall'imputato, risultando totalmente privo, appunto, di quei requisiti di

verificabilità a cui è subordinata la relativa invalidità. D'altronde, l'atto non indicava nemmeno quali elementi inducessero a ritenere che l'imputato fosse dedito allo spaccio, ovvero a qualificare come acquisto di stupefacenti la dazione al medesimo di denaro da parte del fratello. È da aggiungere, inoltre, che gli atti di ispezione e perquisizione erano stati convalidati dal pubblico ministero con provvedimenti totalmente privi di motivazione, consistenti nella mera formula «v°, si convalida». Come prima, si peccerebbe di verificabilità. Secondo il giudice a quo, simili provvedimenti non sarebbero valsi a impedire la perdita di efficacia degli atti di polizia, stabilita dall'art. 13 Cost. nel caso di mancata convalida da parte dell'autorità giudiziaria nel termine stabilito. Pur in assenza di esplicita previsione in tal senso, sarebbe logico ritenere che la convalida debba essere effettuata mediante provvedimento motivato, rimanendo altrimenti lesa la ratio della garanzia tutelata dall'art. 13 Cost., che presuppone l'effettività del controllo sulla legalità degli atti di polizia. Al giudice *a quo* appariva privo di logicità, dunque, ritenere che quest'ultima richieda l'«atto motivato» quando l'autorità giudiziaria, titolare in via ordinaria del potere, incida di sua iniziativa sulla libertà personale, e non pure nell'ipotesi in cui sia chiamata a verificare se la polizia giudiziaria abbia agito fuori dai casi eccezionali nei quali la legge le consente di intervenire. Di conseguenza, secondo il rimettente, il provvedimento del pubblico ministero, proprio perché immotivato, non avrebbe evitato la perdita di efficacia degli atti di polizia, stabilita dall'art. 13 Cost. nell'ipotesi di mancata convalida da parte dell'autorità giudiziaria nel termine stabilito. Anche a livello comunitario tale impostazione non sembrerebbe priva di fondamento: nella sentenza *Modestou contro Grecia* del 2017, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato come il controllo dell'autorità giurisdizionale sugli atti di perquisizione sia una condizione essenziale per il rispetto dell'art. 8 CEDU. Ciò detto, alla luce dell'art. 13 Cost., gli atti di ispezione e perquisizione personale e domiciliare eseguiti abusivamente dalla polizia giudiziaria o non convalidati dall'autorità giudiziaria con atto motivato, dovrebbero rimanere privi di effetto anche sul piano probatorio: la perdita di efficacia non potrebbe che equivalere, per essi, a quella che, nell'art. 191 c.p.p., è qualificata come inutilizzabilità delle prove assunte in violazione di un divieto di legge. La sanzione della revoca e della perdita di efficacia si estende a tutti i «provvedimenti provvisori» adottabili dalla polizia giudiziaria (dunque, anche alle ispezioni e alle perquisizioni personali). Ciò emergerebbe anche dal rinvio operato dall'art. 14 Cost. con

specifico riguardo a «ispezioni, perquisizioni o sequestri» eseguiti nel domicilio («il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale»). Il giudice *a quo*, pur rilevando che tale impostazione risultava essere contraddetto dall'indirizzo della giurisprudenza di legittimità divenuto «assolutamente dominante» a partire dalla citata sentenza della sesta sezione della Corte di Cassazione, n. 5021, datata 6 maggio 1996, dubitava, tuttavia, che tale interpretazione potesse ritenersi compatibile con il dettato costituzionale<sup>460</sup>. L'interpretazione censurata dal giudice *a quo* si sarebbe posta, infatti, inevitabilmente in contrasto con gli artt. 13 e 14 Cost., negando concreta attuazione alla previsione della perdita di efficacia delle perquisizioni e delle ispezioni, nonché dei sequestri ad esse conseguenti, allorché eseguiti in violazione dei divieti: la disposizione interessata mirerebbe ad offrire una efficace tutela ai diritti costituzionalmente garantiti, disincentivando le loro violazioni finalizzate all'acquisizione della prova col prevedere l'inutilizzabilità dei relativi risultati. Difatti, il giudice rimettente riteneva che «ammettendo una «sanatoria» ex post di tali violazioni, legata agli esiti della perquisizione o dell'ispezione, si verrebbe a negare la tutela del cittadino in confronto agli abusi della polizia giudiziaria, i quali verrebbero incentivati dalla mancanza di conseguenze processuali in ordine all'impiego dei loro esiti probatori». L'interpretazione così avanzata dalle Sezioni Unite, a parere dello stesso giudice, si sarebbe posta in contrasto persino con l'art. 3 Cost., in quanto avrebbe negato irragionevolmente la conseguenza nell'inutilizzabilità in casi del tutto sovrapponibili ad altri per i quali il dettato normativo espressamente la prevede. A fondamento della richiesta, il giudice *a quo* citava un'importante decisione delle stesse Sezioni Unite (sentenza n. 21, 13 luglio-24 settembre, 1998), nella quale la Corte affermava l'inutilizzabilità dell'elemento probatorio poiché acquisito in violazione di un divieto di legge<sup>461</sup>. Impedirne l'applicazione nel caso di specie, dunque, appariva del tutto immotivata agli occhi del giudice *a quo*.

Un'ulteriore lesione prospettata dal giudice riguardava gli artt. 2 e 97, co. 2 (quest'ultimo, in particolar modo, che sottopone in via generale l'azione dei pubblici poteri al principio

---

<sup>460</sup> Cass. pen., Sez. Un., sent. 6 maggio, 1996, n. 5021, in *Cassazioneweb*.

<sup>461</sup> Cass. pen. Sez. Un., sent. 13 luglio, 1998, n. 21, in *Jstor*.

di legalità, rendendo prevalente l'azione illegale degli organi statali, finalizzata alla repressione dei reati, rispetto ai diritti costituzionali dei consociati), all'art. 24 Cost. in quanto tale introduzione della res illecita non farebbe che tradursi in un vero e proprio ostacolo, impedimento, compromissione del diritto di difesa del cittadino e dell'art. 111 Cost., «per vanificazione del diritto dell'imputato ad un Giudice imparziale e dotato del potere di esercitare la giurisdizione nel giusto processo».

È bene osservare che il Giudice delle leggi non ha ritenuto le questioni infondate, bensì inammissibili e tale elemento richiede una accurata attenzione. La Corte, nel caso di specie, non si propone di prendere una posizione ben precisa circa la questione posta alla sua attenzione, ma, piuttosto, è intenta a sottolineare un dettaglio non poco rilevante: nonostante la materia non possa dirsi priva di fondamento, le questioni non possono, comunque, essere accolte perché l'emanazione di una pronuncia additiva comporterebbe la sostituzione al legislatore in una materia (la valutazione politica-processuale) che non le compete<sup>462</sup>. Difatti, la stessa precisa: «è lo stesso sistema normativo ad avallare la conclusione secondo la quale, per la inutilizzabilità che scaturisce dalla violazione di un divieto probatorio, non possa trovare applicazione un principio di inutilizzabilità derivata. (...) Del resto, è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale tale principio, valido per le nullità, non si applica in materia di inutilizzabilità». D'altronde, si potrebbe anche richiamare il noto brocardo «*ubi voluit dixit e ubi noluit tacuit*» (dove il legislatore intendeva dire ha detto, dove non voleva dire ha taciuto). La Corte costituzionale, una volta vagliato il carattere tassativo ed eccezionale dell'art. 191 c.p.p., ha affermato quanto già sancito dalle Sezioni unite nella pronuncia del 2010: «essendo il diritto alla prova un connotato ineludibile del nuovo processo penale, assunto a rango di paradigma del parametro costituzionale sul giusto processo, qualsiasi divieto probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale»<sup>463</sup>. Il fondamento della decisione della Corte costituzionale è da rinvenire, inoltre, in due diversi ordini di motivi. Anzitutto, viene richiamata la citata impostazione di Cordero: l'estensione generale del vizio agli atti successivi e dipendenti dall'atto viziato è previsto dall'art. 185 c.p.p. soltanto in relazione alle nullità e non anche alle inutilizzabilità. Quanto al secondo

---

<sup>462</sup> *Ibidem*.

<sup>463</sup> Cass. pen. Sez. Un., sent. 9 aprile, 2010, n. 13426, in *Gadit*, <http://www.gadit.it/articolo/5807>.

profilo, se è pur vero che l'inutilizzabilità derivata riveste una comprensibile funzione di deterrenza, è altrettanto vero che tale obiettivo viene comunque realizzato mediante la diretta persecuzione penale o disciplinare degli agenti di polizia giudiziaria che abbiano compiuto abusi negli atti di indagine.

### **3.2.3. Corte costituzionale, sentenza n. 252 del 2020**

Anche in questa occasione, con ben sei ordinanze, il Tribunale ordinario di Lecce ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97 co. 3, e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo con riguardo all'art. 8 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. nella parte in cui non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di un divieto di legge riguardi anche esiti probatori – compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato – degli atti di perquisizione e ispezione domiciliare e personale compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dai casi tassativamente previsti dalla legge, ovvero non convalidati dal pubblico ministero con provvedimento motivato<sup>464</sup>. Si tratta d'una pronuncia pressoché simile alla precedente decisione della Corte costituzionale: in alcune delle ordinanze di rimessione, il giudice lamenta che l'inutilizzabilità non colpisca anche gli elementi di prova conseguiti mediante le perquisizioni e le ispezioni eseguite da parte degli agenti di polizia sulla base di elementi non utilizzabili, quali fonti confidenziali od in assenza della situazione di flagranza di reato, oppure autorizzate verbalmente dal p.m. senza che ne risulti la motivazione, od ancora effettuate ai sensi dell'art. 103 del d.P.R. n. 309/1990 senza aver chiesto, come appunto prescritto dalla disposizione appena citata, l'autorizzazione del p.m. e senza che consti l'impossibilità di farlo, ovvero che l'inutilizzabilità non riguardi anche la deposizione testimoniale sulle attività prese in considerazione. In particolare, una delle ordinanze sollevava, relativamente agli artt. 13, 14 e 117 co. 1 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 103 del citato testo unico, «nella parte in cui – secondo l'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, assunta quale diritto vivente – non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità della prova acquisita in violazione di un divieto di legge [...] si applichi anche alle c.d., “inutilizzabilità derivate”, e riguardi quindi anche gli esiti probatori», ivi compreso il sequestro del corpo del reato

---

<sup>464</sup> Corte Cost., sent. 26 novembre, 2020, n. 252, in *Consulta online*, <https://giurcost.org/decisioni/2020/0252s-20.html>.

o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione domiciliare e personale:

- a) compiuti dalla p.g., fuori dei casi in cui la legge costituzionale e quella ordinaria le attribuiscono il relativo potere;
- b) compiuti dalla p.g., fuori del caso di flagranza di reato, in forza di autorizzazione data verbalmente dal P.M. senza che ne risultino contestualmente le ragioni concrete ed effettivamente pertinenti;
- c) compiuti dalla p.g., fuori del caso di previa flagranza del reato, in forza di segnalazioni anonime o confidenziali e su tali basi autorizzati o convalidati dal P.M.;
- d) compiuti dalla p.g., fuori del caso di previa flagranza del reato, e successivamente convalidati dal P.M., senza motivare concretamente su quali fossero gli elementi utilizzabili la cui ricorrenza integrasse valide ragioni che legittimassero la perquisizione»

Con la seconda questione r, il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale dell'art. 103 DPR 309/1990 (Testo Unico sugli stupefacenti) per contrasto con gli artt. 13, 14 e 117, co. 1, nella parte in cui prevede che il P.M. possa consentire l'esecuzione di perquisizioni in forza di autorizzazione orale, senza necessità di una successiva documentazione formale delle concrete e specifiche ragioni per cui l'ha rilasciata». Nel caso di specie, la polizia giudiziaria, sulla base di informazioni confidenziali, aveva effettuato una perquisizione presso l'abitazione dell'imputato, che aveva portato al rinvenimento e al conseguente sequestro di piante di cannabis, la cui operazione era stata autorizzata dal pubblico ministero per telefono. L'ordinanza della Consulta pone a sostegno delle questioni poste all'attenzione della Corte le medesime ragioni che hanno interessato la decisione citata nel paragrafo precedente: «la principale fonte di prova del fatto è costituita dall'esito della perquisizione domiciliare eseguita presso l'abitazione dell'imputato, che aveva portato al rinvenimento e al conseguente sequestro delle sostanze: perquisizione effettuata dalla polizia giudiziaria su autorizzazione orale del pubblico ministero e a seguito di notizie comunicate alla stessa polizia giudiziaria tramite una telefonata anonima». Anche nel caso di specie, non emergeva una situazione di flagranza del reato, ma nemmeno sussisteva – quanto alle perquisizioni operate ai sensi dell'art. 103 t.u. stupefacenti – un «fondato motivo» per ritenere che potessero essere

rinvenute sostanze stupefacenti (conseguentemente, i verbali di perquisizione non indicano quali elementi potessero far presumere la presenza di droga nell'abitazione dell'imputato). Le perquisizioni erano destinate, d'altro canto, a rimanere prive di ogni effetto, secondo il giudice *a quo*, in ragione dell'assenza di un valido provvedimento dell'autorità giudiziaria: in un caso, infatti, la perquisizione non era stata né autorizzata preventivamente, né convalidata successivamente dal pubblico ministero; in altri casi, era stata bensì convalidata, ma con provvedimento totalmente privo di motivazione; in un altro caso ancora, era stata autorizzata oralmente e indi convalidata, ma sempre senza motivazione (ordinanza r.o. n. 20 del 2020); in un ultimo caso, infine, era stata solo autorizzata oralmente, di nuovo però senza che ne constassero le ragioni.

Ad avviso della Corte, con la previsione censurata, secondo la quale «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate», il legislatore ha inteso introdurre «un meccanismo preclusivo che direttamente attingesse, dissolvendola, la stessa “idoneità” probatoria di atti vietati dalla legge», distinguendo nettamente tale fenomeno dai profili di inefficacia conseguenti alla violazione di una regola sancita a pena di nullità dell'atto. Anche tale vizio restava, peraltro, soggetto ai paradigmi della tassatività e della legalità, proprio come le nullità. Essendo il diritto alla prova un connotato essenziale del processo penale, in quanto componente del giusto processo, è solo la legge a stabilire quali siano e come si atteggiino i divieti probatori, «in funzione di scelte di «politica processuale» che soltanto il legislatore è abilitato, nei limiti della ragionevolezza, ad esercitare»<sup>465</sup>. Di qui l'impossibilità di riferire all'inutilizzabilità il regime del «vizio derivato», che l'art. 185, comma 1, c.p.p. contempla solo nel campo delle nullità (stabilendo che «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo»)<sup>466</sup>. Il *petitum* del rimettente si traduceva, quindi, nella richiesta di una pronuncia «fortemente “manipolativa”», volta ad introdurre un automatismo in funzione del quale gli elementi probatori raccolti a seguito di operazioni solo successivamente scoperte invalide dovrebbero essere considerati inutilizzabili, «attraverso il “trasferimento” su di essi dei “vizi” che affliggerebbero gli atti di perquisizione personale e domiciliare dai quali i sequestri sono scaturiti, in ragione di una ritenuta non congruità dell'apparato di motivazioni esibito dalla polizia giudiziaria a

---

<sup>465</sup> *Ibidem*.

<sup>466</sup> *Ibidem*.

corredo degli atti in questione, ancorché convalidati da parte del pubblico ministero» (accoglimento del giudice rimettente della teoria dei “frutti dell’albero avvelenato”). Ciò rendeva le questioni inammissibili, agli occhi della Corte, vertendosi in materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore (quale quella processuale), e discutendosi, per giunta, di una disciplina di natura eccezionale (quale appunto quella relativa ai divieti probatori e alle clausole di inutilizzabilità processuale). Lo stesso assunto del giudice *a quo*, secondo il quale la soluzione proposta sarebbe stata necessaria al fine di disincentivare le pratiche di acquisizione delle prove con modalità lesive dei diritti fondamentali (rendendole «non paganti»), rivelava come le questioni coinvolgessero scelte di politica processuale riservate al legislatore. L’obiettivo di disincentivare possibili abusi risultava, peraltro, perseguito dall’ordinamento vigente tramite la persecuzione diretta, in sede disciplinare o, se del caso, anche penale, della condotta «abusiva» della polizia giudiziaria, come del resto ripetutamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità<sup>467</sup>. Le medesime considerazioni della Corte nella decisione antecedente, quale manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 191 c.p.p., sollevate in merito agli artt., 2, 3, 13, 14, 24, 117 Cost., si ritengono dunque applicabili al caso concreto: «le parziali variazioni del petitum, operate da quattro delle ordinanze in correlazione alle peculiarità delle vicende oggetto dei giudizi a quibus, non mutano, nella sostanza, i termini del problema, traducendosi in mere specificazioni ulteriori del genus delle perquisizioni illegittime, secondo la visione del rimettente. Le questioni concernenti l’art. 191 cod. proc. pen. vanno dichiarate, di conseguenza, manifestamente inammissibili».

#### **3.2.4. Corte costituzionale, sentenza n. 247 del 2022**

Con la sentenza n. 247 del 2022, la Corte costituzionale torna ancora una volta a pronunciarsi sul tema delle “invalidità derivate”, con quattro declaratorie, di cui due di inammissibilità e due di infondatezza delle questioni formulate dal Tribunale di Lecce<sup>468</sup>:

- 1) inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 191 c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97, co. 2, 111 e 117, co. 1, Cost.,

---

<sup>467</sup> *Ibidem.*

<sup>468</sup> Corte Cost., sentenza del 17 ottobre 2022, n. 247, in *Archivio Penale*, <https://archiviopenale.it/inutilizzabilita-derivate-%E2%80%93-corte-cost-n-247-del-2022/contenuti/21474>.



- quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 8 CEDU, dal Tribunale di Lecce, in composizione monocratica;
- 2) inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 352 c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 2, 13 e 14 Cost., dal Tribunale di Lecce, in composizione monocratica;
  - 3) non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 352 c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 2, 13, 14 e 111, co. 6, Cost., dal Tribunale di Lecce, in composizione monocratica;
  - 4) non fondate le questioni di legittimità costituzione dell'art. 125, co. 3, c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 2, 13, 14 e 111, co. 6, Cost., dal Tribunale di Lecce, in composizione monocratica.

Quanto al primo quesito, il Tribunale ha censurato l'art. 191 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'inutilizzabilità degli esiti probatori delle perquisizioni e delle ispezioni, domiciliari e personali, compiute dalla polizia giudiziaria fuori dei casi previsti dalla legge, compresi il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato e la possibilità di deporre sui predetti atti e sui loro risultati; altresì, il giudice *a quo* ha lamentato che l'inutilizzabilità non colpisca anche gli esiti probatori delle perquisizioni e delle ispezioni operate dalla polizia giudiziaria fuori del caso di flagranza di reato, in forza di segnalazioni anonime o confidenziali e su tali basi autorizzate o convalidate dal pubblico ministero, ovvero convalidate dal pubblico ministero senza indicare gli elementi utilizzabili che le legittimavano, o non convalidate dal pubblico ministero per qualsiasi ragione.

Con riguardo alle questioni concernenti l'art. 191 c.p.p., la Corte costituzionale ha operato un distinguo fra questioni reputate identiche a quelle precedentemente sollevate dal Tribunale salentino nei giudizi precedentemente richiamati nei paragrafi antecedenti (sent. n. 219/2019 e n. 252/2020) e questioni già proposte da parte del medesimo giudice, ma che si connotano come nuove nelle loro componenti (ad es. per ciò che attiene le argomentazioni a sostegno della ritenuta illegittimità costituzionale). Il primo gruppo di questioni viene considerato "precluso" nello stesso grado di giudizio ai sensi del dettato normativo dell'art. 137, ult. Co., Cost., secondo cui avverso le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione. Nel caso di specie, la maggioranza delle questioni relative all'art. 191 c.p.p. sono state ritenute "precluse" e dichiarate,

conseguentemente, inammissibili, in quanto la loro riproposizione è stata tradotta, secondo la Corte, in una non consentita impugnazione della sentenza n. 252 del 2020, nella quale la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibili alcune questioni formulate dal giudice salentino e sovrapponibili a quelle già dichiarate inammissibili con la sentenza del 2019. In entrambe le decisioni, come detto, i giudici costituzionali hanno escluso la possibilità di trasferire nella disciplina della inutilizzabilità delle prove un regime di invalidità derivata ex. art. 185, co. 1, c.p.p., disposizione che la contempla esclusivamente in relazione alla distinta categoria di invalidità della nullità.

Con riferimento al secondo gruppo di questioni, soltanto per due di quelle concernenti l'art. 191 c.p.p., dunque, è stato ritenuto sussistente il requisito della novità e la possibilità di riproporre le stesse: la violazione dell'art. 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, e del principio del giusto processo; la violazione dell'art. 3 Cost., con riguardo ai principi di uguaglianza, sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto all'ipotesi disciplinata dall'art. 103 c.p.p. (rubricato «Garanzie di libertà del difensore»). Tali questioni, tuttavia, sono state dichiarate inammissibili, in quanto la Corte ha reputato la questione concernente il giusto processo «meramente rafforzativa della denuncia, precedentemente operata dal giudice a quo, della violazione degli artt. 3 e 24 connessa alla “ridotta verificabilità” degli elementi sulla cui base la polizia giudiziaria ha proceduto alla perquisizione»<sup>469</sup>. Punto cardine della decisione della Corte concerne, inoltre, l'opinione scritta e depositata dall'Unione delle camere penali italiane (UCPI), secondo la quale, «alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sarebbe possibile decidere nel merito delle questioni sollevate dal rimettente, senza effettuare interventi manipolativi sull'art. 191 c.p.p., ma riconoscendo l'esistenza di un comando costituzionale minimo: quello di consentire al giudice di rimuovere la prova acquisita a seguito della violazione di un diritto costituzionale o convenzionale, quando ciò risulti necessario per una tutela effettiva del diritto lesa»<sup>470</sup>. L'UCPI parrebbe, dunque, prospettare l'introduzione di un inedito vizio di «inutilizzabilità derivata discrezionale» a prescindere da ogni rilievo circa l'effettiva possibilità di ritenere imposto dalla giurisprudenza della Corte EDU un simile intervento e la genericità del criterio sulla cui base il giudice dovrebbe decidere sull'utilizzabilità della prova, questione che il Giudice

---

<sup>469</sup> *Ibidem.*

<sup>470</sup> *Ibidem.*

delle leggi non ha ritenuto sostenibile<sup>471</sup>. Altresì, la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni relative all'art. 352 c.p.p., sollevate dal Tribunale di Lecce, nella parte in cui tale disposizione non prevede che, ove il pubblico ministero non convalidi la perquisizione nei termini di legge, tutti i risultati probatori della stessa divengano inutilizzabili. Ad avviso della Corte, dunque, il giudice *a quo* sembrerebbe chiedere di nuovo, per altra via, di introdurre una figura di inutilizzabilità «derivata», già precedentemente esclusa dai medesimi giudici costituzionali<sup>472</sup>. Difatti, la Consulta è entrata nel merito delle questioni, dichiarandole infondate sulla base di una esegesi dell'art. 13, co. 3, Cost., secondo cui è necessaria la motivazione del decreto di convalida di un provvedimento provvisorio adottato in caso eccezionale di necessità e urgenza, quale la perquisizione di polizia giudiziaria. Infine, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni dell'art. 125, co. 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che la nullità del decreto di convalida della perquisizione (per difetto di motivazione) sia di natura assoluta: il Giudice delle leggi ha ribadito che, in tema di disciplina degli istituti processuali, il legislatore gode di ampia discrezionalità, nei limiti della non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle soluzioni adottate, il che vale anche quanto alla scelta del tipo di nullità con cui sanzionare una determinata violazione processuale<sup>473</sup>.

### **3.2.5. Corte costituzionale, ordinanza n. 116 del 2022**

La Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta in una recentissima pronuncia, datata 7 aprile 2022<sup>474</sup>. Come si legge dal testo dell'ordinanza, la Corte ricorda di essersi pronunciata già due volte su questioni sovrapponibili a quelle che vengono poste alla sua attenzione nel caso di specie. Il Tribunale ordinario di Lecce, nella sua composizione monocratica, solleva due gruppi di questioni: a) in primo luogo, il giudice dubita della legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p., nella parte in cui non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità della prova acquisita in violazione di un divieto di legge si applichi anche alle c.d. «inutilizzabilità derivate» e riguardi quindi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di

---

<sup>471</sup> *Ibidem.*

<sup>472</sup> *Ibidem.*

<sup>473</sup> *Ibidem.*

<sup>474</sup> Corte Cost., ordinanza del 7 aprile, 2022, n. 116, in *Federalismi.it*, [https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47179&content=&content\\_author=](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47179&content=&content_author=).

perquisizione ed ispezione domiciliare e personale compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi in cui la legge costituzionale e quella ordinaria le attribuiscono il relativo potere; compiuti dalla polizia giudiziaria fuori del caso di flagranza di reato, in forza di autorizzazione data verbalmente dal pubblico ministero senza che ne risultino contestualmente le ragioni concrete ed effettivamente pertinenti; compiuti dalla polizia giudiziaria, fuori del caso di previa flagranza del reato, in forza di segnalazioni anonime o confidenziali e su tali basi autorizzati o convalidati dal pubblico ministero; compiuti dalla polizia giudiziaria fuori del caso di previa flagranza del reato, e successivamente convalidati dal pubblico ministero, senza motivare concretamente su quali fossero gli elementi utilizzabili che legittimavano la perquisizione»; b) della legittimità costituzionale dell'art. 103 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui prevede che il P.M. possa consentire l'esecuzione di perquisizioni in forza di autorizzazione orale, senza necessità di una successiva documentazione formale delle concrete e specifiche ragioni per cui l'ha rilasciata: in tal modo violando, secondo il rimettente, gli artt. 13, 14 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, posto che una simile autorizzazione non varrebbe ad assicurare un controllo effettivo sulla sussistenza delle condizioni che legittimano la perquisizione. Per quanto attiene al primo profilo, le questioni apparivano sovrapponibili a quelle oggetto delle due precedenti pronunce (fatta eccezione per l'art. 111 Cost.) e la Corte si occupa di sottolineare che nella prima decisione (sentenza n. 219/2019) le richieste siano state dichiarate inammissibili e nella seconda (sentenza n. 250/2020) indi manifestatamente inammissibili. Essendo le questioni oggetto della decisione del Giudice delle leggi pressoché identiche, le ragioni poste a fondamento della decisione appaiono le medesime: con le sentenze del 2019 e del 2020 la Corte ha ritenuto che, con le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal rimettente, quest'ultimo mirasse, piuttosto, a creare un sistema di automatismo in funzione del quale fosse possibile trasferire dalla disciplina dell'inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema contempla con riferimento esclusivo all'art. 185 c.p.p. e, dunque, al campo delle nullità. La soluzione prospettata dal rimettente era quella di rendere automaticamente inutilizzabili gli atti probatori (ivi compresi il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato, nonché

la deposizione testimoniale in ordine a tali attività) risultato di operazioni solo successivamente scoperte invalide, «attraverso il “trasferimento” su di essi dei “vizi” che affliggerebbero gli atti di perquisizione personale e domiciliare dai quali i sequestri sono scaturiti», a causa dell’assenza di una situazione di flagranza di reato e sulla base di elementi non utilizzabili (fonti confidenziali). Inoltre, la Corte aggiunge che le questioni in merito all’art. 191 c.p.p. «risulterebbero, comunque, non fondate perché, almeno per le cose il cui sequestro è obbligatorio e per le cose il cui possesso integra un reato, l’illegittimità della perquisizione che ne ha consentito il rinvenimento non potrebbe travolgere anche l’apprensione del bene, in quanto l’omessa apprensione determinerebbe immediatamente una condizione di flagrante commissione di un reato in capo al soggetto che fosse mantenuto nel possesso della cosa». La motivazione dell’ordinanza del 2022, dunque, ricalca perfettamente quella delle pronunce precedenti, non apparendo l’ordinanza di remissione, difatti, fornire ulteriori ed apprezzabili elementi di novità in grado di poter ribaltare l’orientamento già più e più volte ribadito e confermato dalla Corte.

Anche con riferimento al secondo profilo, in relazione alle questioni concernenti l’art. 103 t.u. stupefacenti, già con la sentenza n. 250/2020 (successiva rispetto all’ordinanza di rimessione nel caso in esame), la Corte aveva già accolto identiche questioni (sollevate dal medesimo giudice a quo con una delle precedenti ordinanze) in riferimento agli artt. 13 e 14 Cost. (con assorbimento della censura di violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., in relazione all’art. 8 CEDU), dichiarando costituzionalmente illegittimo il comma 3 del citato art. 103 t.u. stupefacenti, nella parte in cui non prevedeva che anche le perquisizioni personali e domiciliari autorizzate per telefono debbano essere convalidate (con atto motivato, secondo quanto precisato nella motivazione della sentenza): le questioni sollevate dal rimettente sono state, dunque, dichiarate manifestamente inammissibili perché ormai prive di oggetto, avendo la citata sentenza n. 252 del 2020 rimosso, con effetto *ex tunc*, la norma che determinava il denunciato contrasto con i parametri costituzionali evocati. In virtù di queste complessive argomentazioni, la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni concernenti l’art. 191 c.p.p. e le altre riguardanti l’art. 103 DPR 309/1990.

#### **4. Il principio “*male captum bene retentum*” e la teoria dei “frutti dell’albero avvelenato” nella giurisprudenza della Corte EDU**

La complessità della materia ci permette di osservare come la giurisprudenza italiana e la Corte EDU non risultino essere concordi circa l’esclusione, ovvero l’ammissione della cd. inutilizzabilità derivata, tant’è che la stessa è ancora tutt’oggi oggetto di dibattito. In particolare, recentemente la Corte EDU ha avuto occasione di pronunciarsi su una nota vicenda accaduta in Germania: il caso *Gäfgen* (30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/2005) contro la Repubblica Federale di Germania presentato alla Corte, in virtù dell’art. 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>475</sup>. Il ricorso in esame venne presentato da un cittadino tedesco, Magnus Gäfgen (rappresentato da M. Heuchemer, avvocato del foro di Bendorf), il quale sosteneva di essere stato sottoposto a tortura in violazione dell’art. 3 CEDU mentre veniva interrogato dalla polizia, poiché sospettato di sequestro di persona ed omicidio dell’infante J. In particolare, le disposizioni che il ricorrente pone a fondamento delle proprie convinzioni sono: l’art. 3 CEDU, rubricato «Divieto della tortura», il quale sancisce il principio fondamentale secondo cui «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti»; l’art. 6, rubricato «Diritto ad un processo equo», che include nel suo ombrello protettivo il diritto a non incriminare se stesso ed il diritto a difendersi personalmente in maniera efficace.

##### **4.1. Le circostanze del caso**

I Fatti che connotano la vicenda processuale possono essere così riassunti:

- a) *Il rapimento di J. e l’indagine della polizia.* J. era il figlio più piccolo di una famosa famiglia di banchieri di Francoforte sul Meno, nonché conoscente del ricorrente, al tempo uno studente di legge, in quanto conoscente di sua sorella maggiore. Gäfgen M. nel 2002 adescava J. nel suo appartamento a Francoforte sul Meno, fingendo che la sorella avesse lasciato una giacca nella propria abitazione, per poi soffocarlo. Successivamente, Magnus recapitava una lettera nel luogo di residenza dei genitori di J., nella quale emergeva con chiarezza la richiesta di una dazione in denaro (di un milione di euro) in cambio del bambino, mentre raggiunge in auto uno stagno di

---

<sup>475</sup> Corte EDU, sent. 30 giugno 2008, n. 22978, *Gäfgen c. Germania*, in *Council of Europe*.

proprietà privata vicino Birstein (un'ora di distanza da Francoforte sul Meno) per occultarne il corpo al di sotto di un pontile. Una volta raccolto il riscatto il 30 settembre del medesimo anno, segretamente gli agenti di polizia osservavano l'uomo, scoprendo che parte del denaro ottenuto viene versato sul conto personale dell'imputato ed il resto, invece, nascosto nella propria abitazione. Una volta arrestato, dopo esser stato visitato da un medico a causa di problemi circolatori e lesioni epidermiche, gli agenti conducevano M. alla sede principale della polizia di Francoforte sul Meno, nella quale veniva informato dall'ispettore M. delle accuse a suo carico e del diritto di rimanere in silenzio ed essere assistito da un avvocato. L'imputato veniva, quindi, interrogato da M. con lo scopo di trovare la locazione nella quale si trovasse J. Dalle risposte di Gäfgen nel primo interrogatorio emergevano due nomi, F.R. e M.R., indicati dall'imputato come sequestratori di J., che l'avrebbero nascosto in una capanna vicino a un lago. La mattina seguente, prima che M. giungesse sul luogo di lavoro, l'ispettore E. (agendo su ordine del vicecapo della polizia di Francoforte sul Meno, D.) minacciava (secondo l'accusa di Magnus) il ricorrente di subire «dolori notevoli per una mano addestrata allo scopo» se non avesse rivelato dove si trovava il bambino e di rinchiuderlo «in una cella con due enormi persone nere che avrebbero abusato di lui sessualmente»<sup>476</sup>. Il ricorrente aggiungeva, inoltre, che lo stesso E. lo avrebbe poi colpito una volta al petto con la mano e scosso, facendo scontrare il capo contro il muro a causa delle percosse. Preoccupato di essere sottoposto ai trattamenti minacciati, Magnus rivelava l'esatta ubicazione dopo circa dieci minuti di interrogatorio, acconsentendo di recarsi nel luogo assieme alla sola presenza dell'ispettore M. e di numerosi altri agenti della polizia a Birstein, senza che l'ispettore E. li accompagnasse. Gli agenti registravano il rinvenimento del corpo su un nastro, individuando, inoltre, ulteriori elementi probatori della vicenda: impronte di pneumatico lasciati dall'auto del ricorrente presso lo stagno; il libro di esercizi di scuola di J., insieme ad uno zaino e gli indumenti indossati dal bambino al momento del rapimento; la macchina da scrivere usata per la lettera del riscatto. In una nota alla polizia datata 1° ottobre 2002, il vicecapo D. affermava che quella mattina la vita di J. sarebbe stata in grave pericolo se fosse stato ancora vivo (data la mancanza di cibo e la temperatura esterna), ritenendo che, per salvare la vita del bambino, sarebbe stato necessario ricorrere alla violenza

---

<sup>476</sup> *Ibidem.*

sull'imputato. Quindi, D. ordinava all'ispettore E. di interrogare Gäfgen e di minacciarlo di subire sofferenze che non avrebbero causato alcuna ferita (il trattamento stesso era portato avanti sotto la supervisione di un medico). D. affermava di aver ordinato anche ad un altro agente di polizia di procurarsi il "siero della verità" da somministrare al ricorrente. In base alla suddetta nota, l'interrogatorio del ricorrente era indirizzato al solo scopo di salvare la vita di J. e, dato che l'interrogato aveva già confessato dopo essere minacciato dall'ispettore E., non era stata portata avanti alcuna misura.

- b) *Il processo penale contro il ricorrente.* Nel 2003 Gäfgen presentava una richiesta di interruzione del procedimento al Tribunale regionale di Francoforte sul Meno, affermando di essere stato minacciato da E. di essere sottoposto a tortura, oltre che abusi sessuali, e lamentando la violazione dell'art. 136 c.p.p. e degli artt. 3 e 6 della Convenzione. Il ricorrente presentava, inoltre, un'istanza preliminare alternativa per ottenere la dichiarazione che, a causa della minaccia di violenza nei suoi confronti il 1° ottobre del 2002 (*fortwirkung*), tutte le dichiarazioni da lui rese alle autorità inquirenti non potessero essere invocate nel procedimento penale a suo carico e, conseguentemente, proprio in virtù della violazione dell'art. 136 c.p.p., dovesse essere vietato l'utilizzo di tutti gli elementi probatori (ad es. il cadavere dell'infante, di cui le autorità inquirente ne erano venuti a conoscenza a causa della confessione estratta a seguito della minaccia). In risposta, il Tribunale, con la sua decisione del 9 aprile 2003, respingeva la domanda di archiviazione del procedimento penale del ricorrente, rilevando che, sebbene Gäfgen fosse stato minacciato di infliggere un dolore considerevole se si fosse rifiutato di rilevare dove si trovava la vittima, non riteneva accertato che le suddette minacce avessero influenzato il ricorrente. Nonostante la condotta dell'ispettore E. appariva illegittima ai sensi dell'art. 136 c.p.p., «la violazione dei diritti costituzionali non ostacola il procedimento penale in quanto tale (...) l'uso dei metodi di indagine in questione non ha ristretto i diritti alla difesa in una misura tale da impedire che il procedimento penale non potesse essere più svolto (...) In considerazione della gravità delle accuse mosse al ricorrente e della gravità della condotta illecita durante le indagini, non si era verificata una violazione così eccezionale ed intollerabile dello stato di diritto da impedire la prosecuzione del



procedimento penale»<sup>477</sup>. Con riferimento alla seconda domanda preliminare del ricorrente, con riguardo alla dichiarazione dell'esclusione delle prove ottenute a seguito delle dichiarazioni di Gäfgen, il Tribunale riteneva che tutte le confessioni e le dichiarazioni predette fossero da considerare inammissibili come prove nel procedimento penale, poiché ottenute attraverso l'utilizzo di metodi di interrogatorio vietati. Inoltre, i giudici respingevano la richiesta di Gäfgen relativa alla dichiarazione che, a causa delle metodiche investigative vietate, l'uso nel procedimento delle dichiarazioni estorte dovesse essere precluso, argomentando: «l'equilibrio tra la gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali dell'imputato e la gravità del reato di cui era stato accusato e che doveva essere indagato fa apparire sproporzionata l'esclusione delle prove divenute note in seguito alla dichiarazione dell'imputato»<sup>478</sup>. A seguito della sentenza relativa alle domande preliminari del ricorrente presentate il giorno dell'apertura del processo, il procedimento è proseguito e, il giorno successivo, nella sua dichiarazione sulle accuse, Gäfgen ammetteva di aver ucciso J., dichiarando che inizialmente non aveva intenzione di cagionare la morte del bambino e, al termine del processo, ammetteva di aver avuto sin dall'inizio premeditato la sua uccisione<sup>479</sup>. In data 28 luglio 2003, il Tribunale condannava Gäfgen all'ergastolo, ritenendo che il ricorrente, nell'udienza, «fosse stato nuovamente istruito sul suo diritto di rimanere in silenzio e sul fatto che nessuna delle sue precedenti dichiarazioni potesse essere utilizzata come elemento di prova contro di lui e che, dunque, gli era stata fornita la necessaria istruzione qualificata. (...) Anche senza la sua confessione, il ricorrente sarebbe stato ritenuto colpevole di rapimento con estorsione che aveva causato la morte della vittima. (...) la cattiva condotta degli agenti di polizia, che appartengono al potere esecutivo, non poteva impedire al potere giudiziario di accertare i fatti secondo la legge»<sup>480</sup>.

c) *La Corte federale di giustizia*. Il 29 luglio 2003, il ricorrente presentava appello alla Corte federale di giustizia, lamentando che la Corte regionale si rifiutava di

---

<sup>477</sup> *Ibidem*.

<sup>478</sup> *Minacciato di tortura dalla polizia per confessare, può esserci un processo giusto?*, 10 gennaio 2010, in *CanestriniLex*, <https://canestrinilex.com/risorse/minacciato-di-tortura-dalla-polizia-per-confessare-puo-esserci-un-processo-giusto-corte-edu-gc-gaefgen-vs-germania-2010/>.

<sup>479</sup> Il suo difensore ha sostenuto che il ricorrente voleva assumersi la responsabilità del suo reato, nonostante i metodi di interrogatorio utilizzati il 1° ottobre 2002.

<sup>480</sup> *Ibidem*.

interrompere il procedimento penale contro di lui e di dichiarare che tutti gli elementi di prova di cui le autorità inquirenti erano venute a conoscenza a causa delle dichiarazioni estratte illegalmente. Tuttavia, i giudici della Corte federale rigettavano l'appello medesimo argomentando che: «l'uso di metodi vietati di interrogatorio, quali la minaccia di tortura, non creavano un impedimento penale. (...) in ogni caso, non vi sarebbero stati motivi per una tale denuncia, in quanto il Tribunale regionale aveva utilizzato la confessione del ricorrente eseguita solo in occasione del processo, che egli aveva fatto dopo essere stato informato che le sue precedenti dichiarazioni non erano state ammesse come prove»<sup>481</sup>;

d) *La Corte federale costituzionale.* Il 23 giugno 2004 il ricorrente presentava una denuncia alla Corte federale costituzionale, con la quale lamentava che il modo in cui egli era stato interrogato dalla polizia (minaccia di essere sottoposto a gravi dolori ed abusi sessuali se non avesse rilevato dove si trovava il bambino) configurasse la violazione degli artt. 1 e 104 della Legge fondamentale e dell'art. 3 CEDU. In particolare, l'art. 1, sulla tutela della dignità umana, dispone che: «la dignità umana è inviolabile. Rispettarla e proteggerla sarà compito di tutte le autorità dello Stato»; l'art. 104, secondo periodo, sui diritti degli individui in detenzione, prevede: «le persone prese in custodia non possono essere sottoposte a maltrattamenti né fisici né mentali». Il ricorrente, difatti, sosteneva che le ingiustificabili violazioni dei diritti umani avrebbero dovuto costituire un ostacolo al procedimento penale per omicidio e un divieto di utilizzare le prove ottenute in seguito alla confessione estorta con misure vietate. Il 14 dicembre 2004 il collegio giudicante respingeva l'esame della denuncia costituzionale in quanto ammissibile per diversi ordini di motivi: i giudici della Corte ritenevano che il reclamo da parte di Gäggen non fosse sufficientemente motivato, constatando che lo stesso Tribunale regionale avesse già ammesso e dichiarato che la minaccia da parte dell'ispettore E. avesse violato l'art. 136 c.p.p. e l'art. 3 CEDU, oltre che i diritti tutelati dagli artt. 1 e 104 della Legge fondamentale fossero stati ignorati; la Corte federale Costituzionale, inoltre, sosteneva che il vizio procedurale relativo all'aver fatto ricorso a misure investigative vietate fosse stato sanato dai tribunali penali, poiché gli stessi dichiaravano l'inammissibilità delle dichiarazioni ottenute mediante minaccia; infine, i giudici della Corte ritenevano che la denuncia del

---

<sup>481</sup> *Ibidem.*

ricorrente relativa al rifiuto, da parte del Tribunale regionale, di escludere l'utilizzo nel procedimento di tutti gli elementi di prova ottenuti a seguito della confessione estorta sotto coercizione, fosse parimenti inammissibile, poiché Gäfgen non aveva sollevato tale questione dinanzi la Corte federale di giustizia;

e) *La Corte di Strasburgo*. Possiamo distinguere la trattazione in tal guisa:

- 1) *Sulla dedotta violazione dell'art. 3 CEDU*. La Corte si premurava, anzitutto, di accertare se il maltrattamento subito dal ricorrente a causa della coercizione dell'ispettore E. potesse rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 3 CEDU. In particolare, tale analisi verte all'accertamento del livello di gravità della condotta posta in essere da parte di un soggetto, la quale dipende dal complesso delle circostanze che connotano la vicenda processuale (ad es. la durata del trattamento, i suoi effetti fisici o mentali, il sesso, l'età, lo stato di salute della vittima), tra cui anche la finalità per la quale il trattamento medesimo è inflitto. I giudici di Strasburgo consideravano la condotta dell'ispettore E. inumana, poiché posta in essere per ore ed ore, causando un'effettiva lesione fisica o un'intensa sofferenza fisica e mentale, ribadendo che «una minaccia di condotta vietata dall'art. 3, a condizione che sia sufficientemente reale e immediata, può essere contraria a tale disposizione»<sup>482</sup>. Nella valutazione delle prove su cui fondare la decisione in merito alla violazione del citato art. 3 CEDU, la Corte adottava il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e riteneva che, alla luce dei certificati medici forniti dal ricorrente, la sua affermazione di aggressione durante l'interrogatorio non fosse del tutto priva di fondamento<sup>483</sup>. Tuttavia, i giudici di Strasburgo prendevano atto delle dichiarazioni dei genitori dell'infante, i quali sostenevano, facendo riferimento alle stesse dichiarazioni del ricorrente, che tutte le lesioni, comprensive di quelle alla pelle, che Gäfgen aveva incontestabilmente subito, erano state causate durante il suo arresto quando era stato immobilizzato a faccia in giù a terra, e quelle dei tribunali nazionali, i quali non ritenevano accertata alcuna delle ulteriori denunce da parte di Gäfgen. Inoltre, i referti medici non contenevano alcuna indicazione riguardante il potenziale nesso di causalità

---

<sup>482</sup> *Ibidem*.

<sup>483</sup> *Ibidem*. Tali certificati indicano che il ricorrente aveva effettivamente subito contusioni al petto nei giorni precedenti gli esami medici.

delle lezioni subite dal ricorrente e non vi era nulla che indicasse che il richiedente fosse stato minacciato verbalmente durante il tragitto verso Birstein da uno qualsiasi degli agenti di polizia presenti per fargli indicare l'esatta ubicazione del cadavere. Sul punto, la Corte dichiarava di non esser in grado di concludere che le denunce del ricorrente, relative ad aggressioni e lesioni fisiche, oltre che la presunta minaccia di abuso sessuale durante l'interrogatorio, fossero state accertate al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>484</sup>. Altro coefficiente da sottoporre ad attenta valutazione riguardava la durata del comportamento contestato da parte del ricorrente e gli effetti fisici e mentali conseguenti alla coercizione. Sul tema, la Corte rilevava che l'interrogatorio sotto minaccia di maltrattamento fosse durato all'incirca dieci minuti e che le minacce, reali ed immediate di maltrattamenti intenzionali e imminenti, di cui il richiedente era stato vittima, dovevano essere considerati come causa di notevole paura, angoscia e sofferenza mentale. Tuttavia, il ricorrente non presentava certificati medici per stabilirne le conseguenze psicologiche negative a lungo termine che ne sono derivate;

- 2) *Sulla dedotta violazione dell'art. 6 CEDU.* Nell'esaminare se il procedimento penale contro il ricorrente, che fin dall'inizio contestava l'uso di prove ottenute in violazione dei suoi diritti derivanti dalla Convenzione, potesse essere considerato nel suo complesso equo, la Corte considerava, in primo luogo, la natura della violazione della Convenzione e la misura in cui le prove contestate fossero state così ottenute: i giudici di Strasburgo si riferivano alla precedente constatazione che la dichiarazione del ricorrente la mattina del 1° ottobre 2002, durante il suo interrogatorio da parte di E., fosse stata estratta in violazione dell'articolo 3 CEDU, concludendo, inoltre, che non vi fosse nulla che indicasse che il ricorrente fosse stato minacciato una seconda volta dalla polizia, a Birstein o durante il viaggio da e verso quel luogo, per fargli rivelare prove reali. La Corte prendeva atto della constatazione del Tribunale regionale, secondo cui le dichiarazioni del ricorrente rese a seguito della minaccia erano state fatte sotto l'effetto continuo delle minacce rilasciate durante l'interrogatorio ed erano quindi inammissibili, mentre dovevano considerarsi

---

<sup>484</sup> *Ibidem.*

ammissibili le prove reali che erano divenute note a seguito di tali dichiarazioni (ad es. il ritrovamento del corpo di J.). La Corte di Strasburgo rilevava che, nel procedimento dinanzi ai giudici nazionali, le prove reali contestate erano state classificate come prove divenute note alle autorità inquirenti in seguito alle dichiarazioni estratte dal richiedente. Ai fini della propria valutazione, ai sensi dell'art. 6 CEDU, essa riteneva decisivo che vi fosse un nesso causale tra l'interrogatorio di Gäfgen in violazione dell'art. 3 CEDU e le prove reali ottenute dalle autorità in seguito alle indicazioni del medesimo. Dunque, si porrebbe un problema ai sensi dell'articolo 6 CEDU per quanto riguarda le prove ottenute come risultato di metodi in violazione dell'articolo 3 CEDU solo se tali prove non siano state escluse dall'uso al processo penale del ricorrente. La Corte osservava che il Tribunale regionale non aveva ammesso nessuna delle confessioni che il ricorrente aveva fatto nel procedimento investigativo sotto minaccia o a causa dei continui effetti della minaccia; tuttavia, lo stesso, respingendo la mozione del ricorrente circa la interruzione del procedimento a suo carico, rifiutava di vietare l'ammissione di elementi di prova che le autorità investigative si erano garantite in seguito alle dichiarazioni rese sotto il continuo effetto del suo trattamento in violazione dell'articolo 3 CEDU. La Corte di Strasburgo era, pertanto, chiamata a esaminare le conseguenze, per l'equità del processo, dell'ammissione di prove reali ottenute a seguito di un atto qualificato come trattamento inumano in violazione dell'articolo 3 CEDU, ma non di tortura. I giudici della Corte, tuttavia, constatavano che sia l'uso di dichiarazioni ottenute in seguito a un trattamento di una persona in violazione dell'articolo 3 CEDU, a prescindere dalla classificazione di tale trattamento come tortura, trattamento inumano o degradante, sia l'uso di prove reali ottenute come risultato diretto di atti di tortura avessero reso il procedimento nel suo complesso automaticamente ingiusto, in violazione dell'articolo 6 CEDU. In considerazione dei diversi diritti ed interessi coinvolti nella vicenda processuale, in relazione all'art. 6 CEDU, la Corte di Strasburgo non poteva non prendere atto del fatto che l'art. 3 CEDU sancisce un diritto assoluto e, conseguentemente, non poteva essere operata la ponderazione di altri interessi contro lo stesso, come la gravità del reato in esame o l'interesse pubblico ad

un'azione penale efficace. Ciò in virtù del fatto che, altrimenti sarebbe stato pregiudicato il suddetto carattere assoluto.

Tuttavia, l'art. 6 CEDU, al contrario del predetto art. 3 CEDU, non sancisce un diritto assoluto: la Corte, di conseguenza, doveva determinare quali misure dovessero essere considerate necessarie e sufficienti in un procedimento penale relativo a prove garantite a seguito della violazione dell'art. 3 CEDU, allo scopo di assicurare un'efficace protezione dei diritti tutelati dall'art. 6 CEDU. Il Tribunale regionale aveva espressamente basato le sue constatazioni di fatto relative all'esecuzione del reato commesso dal ricorrente esclusivamente sulla nuova, piena confessione resa dal ricorrente al processo, considerando la nuova confessione come la base essenziale per i suoi accertamenti di fatto relativi alla pianificazione del reato. Le prove aggiuntive ammesse al processo, difatti, non erano state utilizzate dal Tribunale regionale contro il ricorrente per dimostrare la sua colpevolezza, ma solo al fine di verificare la veridicità della sua confessione. Lo stesso Tribunale regionale faceva riferimento a prove corroboranti, ottenute indipendentemente dalla prima confessione estratta dal richiedente minacciato, dato che il richiedente era stato segretamente osservato dalla polizia dopo la riscossione del riscatto e che il suo appartamento era stato perquisito immediatamente dopo il suo arresto. Conseguentemente, tale prova non era stata "contaminata" dalla violazione dell'articolo 3 CEDU. La Corte di Strasburgo riteneva, dunque, che fosse stata la seconda confessione del ricorrente al processo a costituire la base della sua condanna per omicidio e rapimento con estorsione e della sua condanna, affermando che vi fosse stata «una interruzione nella catena causale che ha portato dai metodi di indagine vietati alla condanna e alla sentenza del richiedente per quanto riguarda le prove reali imputate»<sup>485</sup>. Inoltre, la Corte osservava che al ricorrente fosse stata data la possibilità di contestare l'ammissione delle prove reali al processo e che il Tribunale regionale avesse il potere discrezionale di escludere tali prove. Pertanto, anche i diritti della difesa del ricorrente non erano stati ignorati a tale riguardo e il privilegio contro l'autoincriminazione era stato rispettato nel procedimento contro il ricorrente. La Corte concludeva che, nelle particolari

---

<sup>485</sup> *Ibidem*.

circostanze del caso del ricorrente, «la mancata esclusione della prova effettiva, ottenuta a seguito di una dichiarazione estratta con un trattamento inumano, non ha avuto alcuna influenza sulla condanna e sulla sentenza del ricorrente». Poiché anche i diritti difensivi del richiedente e il suo diritto a non incriminarsi erano stati rispettati, il suo processo nel suo complesso doveva essere considerato equo. Conseguentemente, non vi era stata alcuna violazione dell'articolo 6 CEDU.

## CONCLUSIONI

Dal lavoro di tesi e dalle analisi effettuate è emerso che l'inutilizzabilità della prova nel processo penale è stato oggetto di discussione sin dagli albori del Codice penale del 1930, in virtù dell'assenza in quest'ultimo di una disposizione volta a disciplinare ipotesi di invalidità dell'elemento probatorio distinte dalla nullità. L'istituto ha assunto rilevante importanza soprattutto in relazione alla disciplina codicistica delle intercettazioni telefoniche, sul cui tema è intervenuta sin dal 1973 la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito alla utilizzabilità o meno delle risultanze ottenute tramite il predetto mezzo di indagine, senza che le persone sottoposte a procedimento fossero avvisate dell'indagine a loro carico.

Con l'art. 226-*quinquies* della L. n. 98/1974 si assisteva ad una preliminare formulazione di una invalidità sempre più vicina alla inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., la quale sarà introdotta per la prima volta nella legge delega del 1987 e giungerà alla sua definitiva previsione con il progetto definitivo del 1988: si delinea, in tal guisa, una nuova categoria che trova il proprio fondamento nell'esigenza di limitare il potere di controllo dell'autorità giudiziaria circa l'attività degli organi di polizia, nonché il giudice medesimo quanto al corredo probatorio da tenere in considerazione per la decisione finale. Dall'attuale dettato normativo dell'art. 191 c.p.p. emerge con chiarezza che il legislatore ha individuato nell'inutilizzabilità un divieto d'uso volto a sottrarre dal materiale probatorio, e dunque dalla valutazione del giudice, prove raccolte in violazione dei divieti previsti dal codice di rito, la cui portata operativa si estende «in ogni stato e grado del procedimento», e dunque nella fase dibattimentale del processo di cognizione ed anche nella sfera di attività istruttorie legate alla fase delle indagini preliminari, in virtù del dato letterale degli artt. 63 e 64 c.p.p.

Inoltre, con riferimento ai giudizi successivi a quello di cassazione, l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. risulta operare non solo in riferimento al giudizio di rinvio, in virtù del dato letterale dell'art. 627 c.p.p., che prevede un limite alle sole figure delle nullità assolute e dell'inammissibilità, ma bensì anche con riguardo al ricorso straordinario dinanzi alla Corte di cassazione, sebbene limitatamente all'errore materiale. L'inutilizzabilità risulta poter operare, inoltre, nell'ambito dell'incidente di esecuzione, nell'ipotesi in cui il vizio si realizzi successivamente all'invalidazione del titolo, alla validazione della sentenza o alla restituzione nel termine, essendo rimosso il meccanismo preclusivo del giudicato; e,



ancora, nel giudizio di revisione, con riferimento all'ipotesi in cui l'atto viziato entri nel fondamento giustificativo della *causa petendi*; infine, esso opera con riguardo alla revoca per *abolitio criminis*, poiché la preclusione al giudice dell'esecuzione del potere di rivalutazione del fatto non esclude la possibilità di rivalutare il quadro probatorio *pro-reo*.

Una tematica di rilevante importanza del suddetto elaborato è il panorama scientifico. Ampio margine di discussione attornia i rapporti tra scienza e diritto, focalizzandosi, in particolar modo, sulle relazioni intercorrenti tra la conoscenza giudiziaria e quella scientifica. Data l'assenza nel codice di rito di una disposizione idonea a definire la scientificità o meno di una prova, la prima attività d'analisi verte sull'inquadramento della cd. prova scientifica all'interno del variegato spettro di categorie probatorie tipizzate. La prova scientifica si presenta sullo scenario giuridico al pari di uno strumento tecnico scientifico idoneo alla ricostruzione del fatto storico, definendo la stessa come la prova che, partendo da un fatto noto, impiega una legge scientifica per l'accertamento circa l'esistenza di un altro distinto fatto da provare ed ignoto. La peculiarità derivanti dall'impiego del metodo scientifico nella ricostruzione del fatto, difatti, si confrontano con lo scheletro processuale delineato dal legislatore del 1988, non rendendo affatto agevole l'ingresso delle nuove prove, soprattutto perché da qualche anno anche in Italia si sono affacciate sulla scena del diritto e del processo penale le cd. neuroscienze, vale a dire quel complesso di discipline che indaga sulle connessioni neuronali dei comportamenti umani. Tale imprevedibilità insita nella prova scientifica, nel confronto tra la medesima e le categorie probatorie tipizzate dell'ordinamento, è oggetto di indagine dell'art. 189 c.p.p., norma cardine per il coordinamento della piattaforma dei mezzi cognitivi utilizzabili in sede processuale con il continuo sviluppo tecnico-scientifico che estende le frontiere dell'investigazione, senza che quest'ultimo possa ledere le garanzie difensive del soggetto. Nel nostro processo penale, la prova scientifica trova ingresso mediante il mezzo di prova tipico della perizia nel dibattimento, ovvero dell'accertamento tecnico del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, con lo scopo di offrire un alto tasso di attendibilità affinché possano essere ridotti i margini di incertezza delle decisioni conclusive di un procedimento penale. Perplessità, sorgono con riguardo al campo delle neuroscienze ed il rapporto tra queste e l'art. 188 c.p.p., il quale impone l'inutilizzabilità di tecniche o metodologie idonei ad influire sulla libertà di

autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. Il fatto stesso che l'imputato sia collegato ad uno strumento di scansione cerebrale, posto in ambiente controllato, con la conseguenza che potrebbe essere spinto a rispondere alle domande formulategli durante l'interrogatorio, crea problemi non poco rilevanti circa la compatibilità delle neuroscienze con il principio del cd. *nemo tenetur se detegere*: pare, difatti, «un indiscusso principio della nostra civiltà giuridica che l'imputato, nel corso dell'interrogatorio, vada lasciato libero di difendersi collaborando o non collaborando con l'autorità giudiziaria»<sup>486</sup>. In tema di inutilizzabilità della prova, inoltre, il codice di rito all'art. 359-*bis* c.p.p. prevede che «quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224-*bis* e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste». Conseguentemente, se prelievi ed accertamenti coattivi sulla persona devono essere effettuati esclusivamente attraverso la perizia o l'accertamento tecnico, allora si può ritenere che, qualora gli stessi dovessero essere eseguiti mediante strumenti diversi da quelli disciplinati dagli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., le attività risulterebbero affette dal vizio dell'inutilizzabilità. L'ingresso della scienza nel procedimento penale è, comunque, fonte di problemi significativi, soprattutto in riferimento agli interessi che risultano essere coinvolti, con particolare riguardo alla tutela della libertà morale dell'imputato e di autodeterminazione. In conclusione, l'ausilio offerto dalle neuroscienze nell'ambito del processo penale può riuscire nell'intento di perseguire al meglio il fine della ricerca della verità processuale e, dunque, della limitazione quanto più possibile del margine di errore giudiziario, ma si tratta di interessi che devono essere ragionevolmente bilanciati con la tutela della libertà morale dell'individuo. In attesa dell'intervento del legislatore, data l'assenza di una disciplina concernente le neuroscienze, si sono prospettate due soluzioni al quesito riguardante il ruolo che il giudice deve assumere in sede di accertamento neuroscientifico: non disporre l'accertamento in questione, ritenendo ostativa l'assenza di disciplina legislativa; oppure ritenere applicabile, in tutti i casi in cui si può disporre un accertamento neuroscientifico, per analogia l'art. 224-*bis* c.p.p.

---

<sup>486</sup> A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *BioDiritto*, n. 3/2017

Con riferimento alla disciplina della cd. prova estera, ed in particolare alla Direttiva 2014/41/UE, quest'ultima non prevede disposizioni rigide circa la raccolta delle prove, ma bensì clausole connotate da elasticità ed imperniate sul rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e dei diritti fondamentali. Ciò suggerisce l'adozione di regole di esclusione «simmetricamente» dotate di una struttura rigida, ma discrezionale: una regola, dunque, che prescrivesse l'inutilizzabilità delle prove raccolte tramite l'ordine europeo di indagine in violazione dei diritti fondamentali tutelati dall'6 TUE.

Dalla ricerca condotta in relazione agli opposti approcci dell'ordinamento italiano e quello angloamericano è emerso che la giurisprudenza italiana, a differenza dell'ordinamento di *common law*, appare escludere l'applicazione del principio della cd. *fruit of the poisonous tree doctrine*, la quale prevede la trasmissibilità del vizio della inutilizzabilità agli elementi probatori rinvenuti a seguito di attività istruttorie illegittime, muovendo sull'assunto secondo cui: allorquando quella ricerca, comunque effettuata, si sia conclusa con il rinvenimento ed il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare del tutto irrilevante il modo con il quale a quel sequestro si sia pervenuti. Difatti, il sequestro rappresenta un atto dovuto, la cui omissione esporrebbe gli autori a specifiche responsabilità penali, quale che sia stato il *quomodo* che ha consentito, in concreto, l'esito positivo della ricerca compiuta. Appare del tutto illogico, dunque, consentire al giudice la confisca del corpo del reato e, nel contempo, di non tenerne conto ai fini della decisione conclusiva del processo. Di diverso orientamento si è palesata la Corte EDU, la quale nel caso Gäfgen c. Germania del 2008, affermava, contrariamente alla giurisprudenza della Corte di cassazione a Sezioni unite ed al Giudice delle leggi, l'inutilizzabilità della confessione estorta con minacce e violenza all'imputato.

Alla luce di quanto sinora esposto, si può affermare che l'inutilizzabilità della prova rappresenta un istituto fondamentale e caratterizzante l'intero modello processuale italiano: essendo la prova lo strumento conoscitivo del giudice, ed essendo il potere conoscitivo e valutativo di quest'ultimo delimitato dai divieti legislativi, assume vitale importanza il rispetto dei limiti posti all'acquisizione della prova, intesa nel significato già illustrato

Lo strumento del divieto d'uso svolge la nobile funzione di impedire, come accadeva con il codice Rocco, che elusioni relative all'osservanza delle regole dettate per l'assunzione e l'ammissione delle prove finiscano nell'ombra della nullità e siano emendabili mediante sanatoria, non configurabile nel caso di prove inutilizzabili, rendendo in tal guisa l'inutilizzabilità come la chiave di tutela del principio di legalità della prova e della sua acquisizione.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il divieto di perizia criminologica*, in *Associazione Italiana Consulenti Infortunistica Stradale*, 20 dicembre 2019, p. 15

AA.VV., *Fruit of the poisonous tree*, in *Cornell University*, [https://www.law.cornell.edu/wex/fruit\\_of\\_the\\_poisonous\\_tree](https://www.law.cornell.edu/wex/fruit_of_the_poisonous_tree)

AA.VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018

AV.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2018

L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2012, pp. 904-920.

S. ALLEGREZZA – A. MOSNA, *Cross-Border Criminal Evidence and the future European Public Prosecutor. One step back on Mutual Recognition?*, Bachmaier Winter, Lorena, 2018, p. 1

E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 172

E. APRILE, F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, in *Teoria pratica del diritto*, Sez. III, *Diritto e procedura penale*, p. 133, Milano, 2004

G. ARICÒ, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, 2010, p. 30

P. ASHFORD, *The admissibility of illegally obtained evidence*, in *Arbitration*, 2019, p. 85, Issue 4

BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002

BALSAMO, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana, le prospettive di riforma*, in *Giustizia penale*, 2009, p. 4023

BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Digesto penale.*, III, Torino, 2005

BARGI, FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, II, Torino, 2008

BERTOSSI, *Intercettazioni ambientali e tutela della libertà domiciliare*, in *Diritto e procedura penale*, 2004, p. 869

BOZZOLINI, *Le nuove tecniche di captazione e gli standard di legittimità europei*, in *Archivio Penale*, 2017, p. 30

R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020

BRICHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Guida al diritto*, 2006, p. 47

BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Digesto pen.*, VII, Torino, 1993, p. 27

BUZZELLI, *Le nuove intercettazioni tra selettività arbitraria e ridimensionamento delle garanzie difensive*, in *MediaLaws*, 2018, p. 34

M. BORGABELLO, *L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni*, Torino, 2013, p. 30

A. CABIALE, *I limiti alla prova estera nella procedura penale europea*, Padova, 2019

G. CALIMÀ, *Rapporti tra neuroscienze e libertà personale nel processo penale italiano*, in *Salvis Juribus*, 21 settembre 2020, p. 1

L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine di indagine europeo penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma non di facile attuazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3078-la-direttiva-sull-ordine-europeo-di-indagine-penale-oei-un-congegno-di-acquisizione-della-prova-dot>

A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, p. 1

A. CAMON, *Intercettazioni e fuga di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Archivio penale*, 2017, p. 1

A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996

A. CAMON, *Primi appunti sul procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *Archivio penale*, 2018, p. 1

CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cassazione penale*, 1996, p. 1

CAPRIOLI, *Il captatore informatico come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Revista brasileira diritto e procedura penale*, 2017, p. 1

CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *Giurisprudenza italiana costituzionale*, 2002, p. 1

G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, 2019, in *disCrimen*, p. 1

F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1962

F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cassazione penale*, 11, 2016, p. 4140

M. CHIAVARIO, *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 1998

M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, II ed., Torino, 1990, p. 259

A. CHIRICO, *Il trojan, un cortocircuito del diritto*, in *Il Foglio*, 12 giugno 2019, p. 1

COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 1990, p. 128, nt. 64

CONSO, *Inizio delle indagini e diritto di difesa (Brevi note sulla legge 5 dicembre 1969, n. 932)*, in *Archivio Penale*, 1970, I, p. 139

CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova*, in *Rivista di diritto processuale*, 1969, p. 5

CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959

C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova*, Milano, 2007

C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 1

M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, 2016, p. 3



G. DE AMICIS, *Limite e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, 2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/500-limiti-e-prospettive-del-mandato-europeo-di-ricerca-della-prova>

F. D'AURIA, *Brain fingerprint. Quel codice a barre che rende unico il nostro cervello*, in *Il BO Live Università di Padova*, 9 novembre 2021, <https://ilbolive.unipd.it/it/news/brain-fingerprint-codice-barre-che-rende-unico>

D. DE ROSA, *Le "fonti anonime" di conoscenza ed il processo penale*, 2017, in *Dialnet*, Archivio penale n. 1°, pp. 6-18

V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Rivista di diritto penale.*, 1969, p. 33

DI CIOLO-DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1974

G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *CRIMINALIA*, 2007, p. 21

A. DI DOMENICO, *I criteri di valutazione della prova scientifica: la "scienza nuova" e gli scenari attuali*, in *Iusinitinere*, 26 aprile 2020, p. 1

F. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cassazione penale.*, 2016, 7-8, p. 3055

F. DINACCI, *L'irrelevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *GI*, 1994, p. 67

F. DINACCI, *Punti fermi in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, p. 69

F. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, pp. 1-10

S. DI PINTO, *La prova scientifica nel processo penale*, in *Rivista di Polizia*, settembre-ottobre 2018, fascicolo IX-X anno LXXI, pp. 909-946

O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, Giuffè, 2005

F. ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, in *Diritto penale e processo*, 2007, n. 7, p. 931

A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol XIV, Milano, 1965, p. 475

FANUELE, *Circa l'utilizzabilità de libertate delle annotazioni riassuntive redatte dalla polizia e relative a conversazioni telefoniche intercettate*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 195

P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, Torino, 2021

P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 1

L. FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2002

L. FILIPPI, *La nuova disciplina delle intercettazioni. Il nuovo "Cavallo di Troia"*, in *Penale: Diritto e Procedura*, Pisa, 12 agosto 2020, nt. 2

- L. FILIPPI, *Un'inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*, in nota a *Cassazione penale*, 2001, n. 3456
- F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti privati*, Cedam, 2003
- N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992
- N. GALANTI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto.*, XX-VIII, 1978
- R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense – soggetti ed atti*, Torino, 2009
- V. GREVI, *Insegnamenti moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza della Corte Costituzionale.*, 1973, p. 341
- F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto delle discipline penali*, VII, 1993, p. 248
- F. M. GRIFANTINI, *La prova nel dibattimento penale*, in AA.VV., Giappichelli, Torino, 2007
- ANNA C. HENNING, *Herring v. United States: extension of the good-faith exception to the exclusionary rule in fourth amendment cases*, 2009, in *Congressional Research Service*, p. 3
- G. ILLUMINATI, *L'utilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, Vol. 53, n. 2, pp. 521-546
- G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, pp. 729-749

C. INTRIERI, *Le neuroscienze ed il paradigma della nuova prova scientifica*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, Giuffè editore, 2009

E. N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, 2013, in *Archivio penale*, p. 17

F. LOMBARDI, *La procura europea. Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021*, in *Processo penale e giustizia*, 2021, pp. 927-950

V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1972

O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *OneLegale*, 2013, p. 1

O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, Milano, 1999, p. 94

MERCONE, *L'inutilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cassazione penale*, 1995, p. 1

G. MORGESE, *I limiti di utilizzabilità della denuncia "anonima" ai fini investigativi*, nota a Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2016 (dep. 4 agosto 2016), n. 34450

A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, IX ed., Milano 2004, p. 189

M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989

M. NOBILI, *sub art. 514 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*

R. NORMANDO, in A.A. Dalia e R. Normando, *Nullità degli atti processuali, II) dir. proc. pen.*, in *Enciclopedia giuridica, Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 24

ORLANDI, *Profili di diritto processuale*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 1217

A. PAOLA FAVERO, *I poteri del giudice nell'ammissione delle prove ed il principio della libera valutazione negli Stati Uniti*, in *Unitn.it*, [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_Dictum/Fav-1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/Fav-1.htm)

M. PASIAN, *Accertamenti dattiloscopici*, in *Studio Legale Pasian*, 8 novembre 2018, <https://www.studiolegalepasian.it/accertamenti-dattiloscopici/>

O. PELLIZZER, *Il divieto di perizia psicologica*, in *Psicologia Giuridica – Fondazione di Guglielmo Gullotta di Psicologia Forense e della Comunicazione*, Torino, 2009

R. C. PHILIPS, *Savingillegally obtained evidence*, febbraio-aprile, 1992, in *Law Enforcement Quarterly*, NCJ n. 134475, pp. 15-18

G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penale*, Napoli, 1992

L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico ministero europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 1385

D. QUARANTA, *Inutilizzabilità derivata: l'exclusionary rule tra Stati Uniti ed Italia*, 2020, in *Iusinitinere*, <https://www.iusinitinere.it/inutilizzabilita-derivata-lexclusionary-rule-tra-stati-uniti-ed-italia-29394>

T. RAFARACCI, voce *Nullità*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, Milano, 1998, p. 626

RICHARD M. RE, *The due process exclusionary rule*, in *Harvard law review*, Maggio 2014, vol. 127, n. 7, p. 1893

A. C. RUSSO, in nota a Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 2020, n. 31604

L. SAMMICHELI, A. FORZA, N. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Libertà morale e ricerca processuale della verità: metodiche neuroscientifiche*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G., *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009

G. SARTORI, *Errori di ragionamento e il Teorema di Bayes*, in *La memoria del testimone*, <https://www.testimonianzapenale.com/lista-argomenti/gli-errori-di-ragionamento-nella-valutazione-della-attendibilita-intrinseca#:~:text=Espresso%20in%20forma%20verbale%20il,credibilit%C3%A0%20attribuita%20alle%20sue%20dichiarazioni>.

A. SCELLA, *Inutilizzabilità della prova (diritto e procedura penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annuali II-1, 2008, p. 1

SIRACUSANO, *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, p. 335

SCOTT E. SUNDBY AND LUCY B. RICCA, *The majestic and the mundane: the two creation stories of the exclusionary rule*, in *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series*, 43 Texas Tech L.R. 391 (2010) (Symposium Issue)

STEPHEN G. RODRIGUEZ & PARTNERS, *Fruit of Poisonous Tree Doctrine*, in <https://www.lacriminaldefenseattorney.com/legal-dictionary/ffruit-of-poisonous-tree-doctrine/>

C. SVOLACCHIA, *Brain fingerprinting: la tecnologia che scova i criminali*, in *Close-up Engineering daily biomed magazine*, 28 giugno 2019, [https://biomedicalcue.it/brain-fingerprinting-scova-criminali/14485/#La\\_scoperta\\_del\\_P300-MERMER](https://biomedicalcue.it/brain-fingerprinting-scova-criminali/14485/#La_scoperta_del_P300-MERMER).

G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nuove Ricerche di Scienze Penalistiche, 7, 2011

S. TOLESINO, *Accertamenti dattiloscopici: caratteristiche e utilizzo delle impronte digitali nel procedimento penale*, 30 luglio, 2017, in *Studio Legale Tolesino*, <https://studiolegaletolesino.wordpress.com/2017/07/30/accertamenti-dattiloscopici-caratteristiche-e-utilizzo-delle-impronte-digitali-nel-procedimento-penale/>

V. TONDI, *Il divieto di perizia sulla personalità dell'imputato alla prova delle nuove tecnologie?*, in *Luiss*, 16,17,18 dicembre, 2021, pp. 1-7

P. TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. 1, *Le prove*, Torino, 2009

P. TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2009

T. TREVISSON LUPACCHINI, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del codice di procedura penale*, in *Giustizia penale*, 1992, III, p. 555

G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017

E. TUREL, G. BUONOCORE, *Il nuovo rito penale. Manuale pratico-operativo di procedura penale*, Casa editrice Missio, Udine, 1989

G. UBERTIS, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995

G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I. *Principi generali*, Torino, 2004

A. VENEGONI, *L'ordine di indagine europeo*, in *Magistratura indipendente*, 2017, p. 10

O.L. VIGNA E R. ALFONSO, *Lineamenti della legge sui collaboratori di Giustizia*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 97

G. P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, 2020, X° ed., CEDAM, pp. 261-278



## **RINGRAZIAMENTI**

Mi è doveroso dedicare questo spazio della mia tesi a tutte le persone che mi hanno supportato nel mio percorso di crescita universitaria e professionale. Anzitutto, desidero ringraziare il mio relatore Filippo Dinacci, che mi ha guidato, con infinita pazienza, nella stesura dell'elaborato. Non meno importante è stato l'aiuto del mio correlatore Alberto Macchia, per i suoi consigli puntuali e le sue critiche costruttive, e della Dott.ssa Veronica Tondi, che mi ha seguito, con disponibilità e gentilezza, in ogni step della realizzazione dell'elaborato.