

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Soggetti - Polizia giudiziaria

Perquisizione personale - sequestro - avviso dell'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia - sequestronullità - inutilizzabilità - operanti.

(C.p.p., artt. 181, 248 - 252; Norme di att. di coord. e trans., art. 114).

L'omissione dell'avviso della facoltà di avvalersi di un difensore in sede di sequestro probatorio, se già pronunciato dalla polizia giudiziaria nella contestuale perquisizione, non integra la nullità né l'inutilizzabilità della prova.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, (ud. 18 maggio 2017) - NAPPI, *Presidente* - FIDANZIA, *Relatore* - C.A., ricorrente.

Facoltà di avvalersi di un difensore: l'avviso formulato per la perquisizione vale per il sequestro

Per esaminare una sentenza con cui la Cassazione ha stabilito legittimo un sequestro in cui l'avviso della facoltà di avvalersi di un difensore era stato espresso solo nella perquisizione immediatamente precedente, oltre che alla norma è alla prassi che l'articolo prova a fare riferimento, registrandone una che rischia di far apparire la sentenza una ratifica. Sul piano dottrinale, tuttavia, la pronuncia offre l'occasione per ripercorrere le opinioni sull'utilizzabilità come prova di qualcosa la cui adprehensio sia stata irregolare. Il fronteggiarsi di sentenze e impostazioni sul tema riecheggia quello paradigmatico tra sistema accusatorio e inquisitorio conducendo al senso della pronuncia in esame: la negazione di un'informazione senza la quale resta appannaggio non di tutti l'esercizio di una garanzia.

In order to examine a sentence where the Cassazione has deemed lawful a seizure where the notice of the right to have a lawyer was expressed only in the preliminary search, it is in law and also in practice that the article wants to make reference, by registering on that, actually, risks to make appear the sentence a ratification. Furthermore, according to the legal theory, the judgement offers the occasion to retrace the positions on usability as an evidence of something whose seizure has been irregular. The alternation of sentences and approaches on this topic echoes the paradigmatic alternation between adversarial and inquisitorial system by leading, ultimately, to the meaning of the judgement under examination: the denial of an information without which the exercise of a guarantee is not a prerogative for everyone.

1. A giudicare dalle biblioteche giuridiche gli atti di polizia giudiziaria non appassionano gli studiosi di diritto, chissà se nonostante o, piuttosto, a causa delle deviazioni che quei non molti¹ che vi si dedicano registrano. La sentenza

¹ LOMBARDO, *Il sopralluogo di polizia giudiziaria. Tra latitanze legislative e prassi operative devianti*, in *Processo penale e giustizia*, Torino, 2013;

GIUNCHEDI, *Le malpractices nella digital forensics. Quali conseguenze sull'inutilizzabilità del dato informatico?* in www.forensicsgroup.eu.

GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili, tra prassi devianti e recupero della legalità*, Torino, 2009.

della Corte di cassazione,² per esempio, che ha ritenuto valido un sequestro probatorio operato fuori dalla necessità e urgenza previste dall'art. 113 disp. att. c.p.p. da agenti e non da ufficiali della polizia giudiziaria, suscita il sospetto che avalli una prassi consolidata. Di conseguenza, per apprendere come viene eseguita, la lettura delle pagine dedicate a distinguere i tipi di perquisizione,³ ad approfondire quella che riguarda un reato già accertato⁴ o i soggetti legittimati a disporla,⁵ e poi, quelle sulla possibilità di adire la Cassazione contro il decreto autorizzativo⁶ costituiscono una condizione necessaria ma non sufficiente. Fino a che un'esauritiva previsione legislativa resterà confinata negli auspici,⁷ è ai repertori pratici, in rete⁸ e nei testi,⁹ che conviene guardare.

2. Preliminarmente s'impone un inquadramento del caso specifico. Tra gli oggetti sottoposti a sequestro con convalida oggetto del ricorso in esame dei giudici della suprema Corte figura "un ordigno esplosivo". Nel delimitare l'ambito di operatività della sentenza in commento, giova allora precisare che essa si riferisce alla perquisizione probatoria, quella relativa a un reato di cui consti già l'esistenza, prevista dall'art. 253 c.p.p.. Categoria distinta è quella della perquisizione che l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione, come prescritto dalla legge n. 152 del 1975, sia finalizzata ad accertarlo. Al pari di quelli previsti dall'art. 103 del t.u.l.s., in questi casi la polizia giudiziaria non è tenuta ad avvertire la persona sottoposta a controllo del diritto all'assistenza di un difensore. Attiene quindi al caso di specie l'art. 114 delle norme di attuazione di coordinamento e transitorie del c.p.p., che l'"Avvertimento del diritto all'assistenza del difensore" lo prescrive alla polizia giudiziaria quando proceda agli atti indicati nell'art. 356 c.p.p., che a sua volta rinvia agli articoli 352 e 354: rispettivamente, perquisizione e sequestro. Tuttavia, nel titolo III dedicato ai mezzi di ricerca della prova "l'avviso della facoltà di farsi rappresentare o assistere da persona di fiducia" è previsto solo negli articoli 245, 249 e 250, relativi rispettivamente a ispezione e perquisizione, sia personale che locale. Non compare, invece, negli articoli dedicati al sequestro né in quello, il 252, rubricato "Sequestro conseguente a perquisi-

² Cass. Sez. IV, 20 aprile 1996, in *Mass. Uff.*, n. 204625.

³ TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2002.

⁴ NAPPI, *Guida al Codice di Procedura penale*, Milano, 2009.

⁵ FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004.

⁶ BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.

⁷ SCELLA, *prove panali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Milano, 2000.

⁸ In www.asp.sr.it; www.regione.piemonte.it.

⁹ BEZZON, LONGOBARDO, *Prontuario di polizia giudiziaria*, S. di Romagna, 2016; BUZZANCA, DE SANTIS, *Atti di polizia giudiziaria*, Roma, 2014.

zione.” Anche quando, come incidentalmente riferito dalla Cassazione,¹⁰ la polizia giudiziaria resoconta le due operazioni in un verbale unico intestato “di perquisizione e sequestro”, è solo nell’accingersi alla prima che “la parte” viene informata della possibilità di farsi assistere da “un difensore e/o da persona di fiducia prontamente reperibile”: l’eventuale, successivo, sequestro viene eseguito senza alcuna preliminare ripetizione. Che quell’informazione sia sufficiente a legittimare il sequestro se già pronunciata in occasione della contestuale perquisizione è, pertanto, ciò che la sentenza in commento più che stabilire, sembra sancire.

3. Essa non pare, però, priva di rilievo: in quanto essere informati di un diritto è, esso stesso, una garanzia, e perché negarla in ragione dell’«inscindibile nesso di causalità»¹¹ implica un determinato inquadramento concettuale. Qualcosa che ricorda il porre a fattor comune un moltiplicatore valido per il binomio tra parentesi. Un’operazione cui gli ermellini pervengono dopo aver via via circostanziato i rapporti tra perquisizione e sequestro. Parallelamente, a seconda che l’irritualità dell’adprehensio di un bene ne infici o no l’utilizzo in sede processuale, la dottrina si è schierata sotto l’insegna del brocardo male captum bene retentum¹² oppure sotto quella, antitetica, della teoria dei frutti dell’albero avvelenato.¹³ L’essere il dibattito, proiezione di quello tra sistema inquisitorio e accusatorio,¹⁴ non ha evitato che a disorientamenti¹⁵ abbiano fatto pensare le sentenze emesse da Piazza Cavour. Fu la Corte Costituzionale, nel 2001¹⁶ a ricavare, dall’autonomia dei presupposti della perquisibilità e della sequestrabilità delle cose, che la ricerca illegittima non toglie validità al sequestro né utilizzabilità alla prova rinvenuta. Meno risolutiva era stata nel 1997¹⁷ la Cassazione. Per la suprema Corte il ravvisare nell’uso della prova acquisita in modo illegittimo una violazione dei diritti costituzionali la farebbe ascrivere alla teoria dei frutti dell’albero avvelenato; senonchè la pronuncia dichiarava irrilevanti le modalità dell’apprensione posto che l’art. 252 c.p.p. la

¹⁰ Cass., Sez. III, 17 novembre 2015, Turello, Basei, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 12, 1482.

¹¹ Cass., Sez. III, 2 febbraio 1990, n. 690 in *Cass. pen.*, 1994, 7, 47.

¹² CORDERO, *Prove illecite nel processo penale*, in *Jus*, 1961.

¹³ BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Milano, 1978; MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del sequestro*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1994, 1139.

¹⁴ SPANGHER, *Considerazioni sul processo criminale italiano*, Torino, 2015.

¹⁵ Corte D’App., Perugia, 20 aprile 1993, Fazi, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 153, con nota di SEGHETTI, *Disorientamenti sulla validità del sequestro conseguente a perquisizione illegittima e sul concetto di inutilizzabilità*.

¹⁶ Corte Cost., n. 38 del 2001.

¹⁷ Cass., Sez. un., 27 marzo 1997, n. 2738, in *Cass. pen.*, 1996, 3268 e 3272.

rendeva atto dovuto ove oggetto fosse il corpo del reato o cose a esso pertinenti. Non indicando, l'art. 253, una terza specie di beni suscettibili di sequestro probatorio, se ne poteva dedurre che unici frutti indigesti dell'albero avvelenato sono quelli che l'albero non dà.

4. Sola sanzione ai vizi della perquisizione risultava allora essere quella disciplinare prevista dall'art. 191 c.p.p.. O almeno questo si desumeva dalla dottrina, che nei due mezzi di ricerca della prova vedeva: «una sequela causale ma il secondo non dipende dalla prima».¹⁸

L'effetto è una sostanziale impermeabilità tra le forme seguite per cercare un bene e la validità della sua apprensione. Non si spiegherebbe altrimenti, a meno di immaginarlo pleonastico, l'art. 103 c.p.p. in cui il legislatore specifica, di fatto, il contrario, per le prove acquisite irritualmente negli uffici dei difensori. Un unicum, considerato che all'intrasmissibilità dei vizi soggiacciono anche la perquisizione preventiva e quella prevista dall'art. 103 co. 3° del T.u.l.s..

In una «una mera successione cronologica»¹⁹ risiederebbe dunque il nesso tra perquisizione e sequestro, la cui convalida, del resto, secondo quanto stabilito nel 2015 dalla Cassazione²⁰ è necessaria ogni volta in cui il bene da cercare non sia specificamente determinato. Alla «discrezionalità degli operanti»²¹ che in quella sentenza viene in tal modo limitata, nella pronuncia in commento è demandata l'informazione del diritto di avvalersi di un legale, nella presunzione che, dopo avervi rinunciato all'atto della perquisizione, l'indagato - nella fattispecie un minore - sia consapevole di poterlo esercitare allorquando quegli stessi operanti rinvenivano beni che ritengano in grado di provarne la colpevolezza.

Una presunzione che la Cassazione giustifica con quello stesso nesso funzionale cui, come visto, due decenni or sono, confinò i casi in cui a essere sequestrati non fossero corpi di reato o al reato pertinenti: i frutti indigesti ma rari cui abbiamo accennato in riferimento alla teoria dell'albero avvelenato.

Quella antagonista ha dunque, in concreto, prevalso. Uno dei suoi argomenti a supporto, ossia la mancanza, per l'inutilizzabilità, di una disposizione analoga a quella - l'art. 185 co. 1 c.p.p. - che regola la nullità derivata, riecheggia nella sentenza in esame che evidenzia come è dalla nullità della perquisizione

¹⁸ CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2003, 830.

¹⁹ CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 158.

²⁰ Cass., Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 49659, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.

²¹ *Ivi*.

che promana l'inutilizzabilità del sequestro.

Trasmissibilità a parte, i due istituti vengono talvolta confusi.²² Se individuando nell'inutilizzabilità la sanzione per l'uso di prove acquisite illegittimamente²³ la giurisprudenza ha contribuito a chiarire i divieti di cui all'art. 191, d'altro canto il loro contorno sfuma quando la dottrina ritiene che essi possono essere desunti.²⁴

Il criterio di massima, formulato dalla giurisprudenza, resta allora che il procedimento di assunzione della prova porta alla nullità se formalmente viziato; all'inutilizzabilità se estraneo al sistema normativo. Nel sequestro operato senza avvisare l'indagato della possibilità di avvalersi di un legale,²⁵ la Cassazione non poteva allora, per esempio, che ravvisare una nullità. Di nullità generale a regime intermedio, secondo la classificazione della dottrina, si trattava; il medesimo tipo, presumibilmente, ipotizzato dal ricorrente nella sentenza in esame, rilevabile anche d'ufficio ma, a differenza delle assolute e dell'inutilizzabilità, sanabile.

5. Né formalmente viziato né estraneo al sistema normativo, di conseguenza né nulle né inutilizzabili, la Corte ha dichiarato, invece, rispettivamente, il modo in cui sono state acquisite e le prove riportate nella sentenza. Essa, nel quadro dei successivi aggiustamenti con cui la Cassazione ha delineato i rapporti tra perquisizione e sequestro, giunge quindi a rafforzarne il vincolo, allertando nel contempo che talvolta a formalità sottintese possono declassarsi i Miranda Warning all'italiana.

LUCA DE FEO

²² SANGUINETI, *La procedura penale dialogata*, Roma, 2012.

²³ Corte d'Ass. App. L'Aquila 29 gennaio 92, Perruzza, *Giur. mer.*, 92, II, 896.

²⁴ Cass., Sez. un., 27 marzo 96, in *Foro it.*, 96, II, 473 nonché *Guida dir.* 96, f. 29, 73.

²⁵ Cass., Sez. III, Sent. 18 gennaio 2016, n. 1632, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.