

ANTICIPAZIONI

CLELIA IASEVOLI

La funzione “dissuasiva” del processo penale nel relativismo delle tecniche di bilanciamento*

Il progressivo rafforzamento di finalità di prevenzione negativa attraverso una legislazione emergenziale e un diritto giurisprudenziale - che mira al controllo sociale - hanno determinato il mutamento della funzione del processo penale da accertamento del fatto in funzione prevalentemente dissuasiva.

The criminal trial's deterrent function in the relativism of the balancing techniques

The progressive reinforcement of negative prevention's purposes through emergency legislation and case law - which aims to social control - have determined the change of the criminal process' function from the determination of the fact to a prevalent deterrent function.

SOMMARIO: 1. La dissuasività come orientamento politico criminale europeo. - 2. Il progressivo rafforzamento di finalità di prevenzione negativa. - 3. Forme e valori in un sistema multilivello dei diritti. - 4. L'avallo della Corte costituzionale all'orientamento delle Sezioni unite in tema inutilizzabilità degli atti. - 4.1. La *querelle* sul brocardo *male captum bene retentum*. - 5. La tesi di Nobili. - 5.1. La vocazione politico costituzionale dell'art. 191 c.p.p. - 6. Una soluzione costituzionalmente obbligata: la tutela dei diritti di libertà. - 7. Le tecniche di bilanciamento.

1. *La dissuasività come orientamento politico criminale europeo.* «L'abuso dell'*iter* procedurale, quale surrogato sanzionatorio e la preminenza, in tal senso, del pubblico ministero e dei suoi atti iniziali; l'impossibilità che - in contesti del genere - s'affermasse davvero un codice tutto postulato e imperniato, invece, sulla “influenza” delle indagini preliminari; rapporti invertiti con il diritto sostanziale; indirizzi attuali verso una formazione esterna del conoscere giudiziale. [...]. E poi l'altra delle due grandi trasformazioni: la caduta della legge, come centro, valore, perno dell'insieme; il progressivo trapassare del sistema penale - un tempo impero della legge, per l'appunto - a supremazie diverse dei poteri del magistrato, con avvicinamento a modi di gestione ed a caratteri di stampo amministrativo. È una linea avanzata fino alla punta estrema di teorizzazioni giurisprudenziali: cercare, proprio dentro e nonostante la chiara formula di uno dei due principi che compongono l'articolo 101, co. 2, della Costituzione (l'altro si incarna nella parola “soltanto”), terreno e supporti per l'affermazione inusitata e rovesciata, ossia per mutare quella soggezione alle norme giuridiche - che ancora resta a disegnare il nostro assetto istituzionale - in possibile supremazia della magistratura penale anche rispetto ad esse»¹.

*Lo scritto è in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del ciclo seminariale *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobili*, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, (27 marzo-29 maggio 2019).

Nel 1998 con questo passo, rinvenuto nella premessa, si presentava il libro *Scenari e trasformazioni del processo penale* di Massimo Nobile, un'opera che segnala un fenomeno di gattopardismo nel diritto processuale penale: tutto cambia perché nulla cambi!

Mi spiego meglio.

Nell'esperienza giuridica postmoderna si riafferma un'antica visione: una penalità di sistema in cui il processo è asservito ad una spettacolarizzazione degli scopi repressivi; una magistratura che 'governa' le trasformazioni sotto l'urgenza delle circostanze nella sola prospettiva deterrente; una legislazione improntata all'emergenzialità attraverso forme e contenuti illiberali². Ne consegue l'alterazione del naturale rapporto tra accertamento e pena, che genera un processo con funzione dissuasiva. Con riferimento ad esso parlare di arretramento della legalità è certamente riduttivo: il fenomeno è più complesso.

La trasformazione di istituti sostanziali e/o processuali in strumenti sanzionatori atipici (es. sospensione della prescrizione) ha frantumato il legame tra giurisdizionalità e legalità. La dinamica e la struttura del processo hanno perso di centralità; hanno assunto profili secondari, per privilegiare meccanismi autosufficienti di controllo sociale, capaci di tenere sotto pressione l'individuo e la collettività. Il progressivo rafforzamento di finalità di prevenzione negativa è, ulteriormente, confermata dall'aggressività delle indagini; a prevalere è l'interesse pubblico alla non dispersione della prova, anche al prezzo del sacrificio della presunzione di non colpevolezza e dei diritti di libertà: l'imputato è 'prigioniero' di una giustizia non troppo latamente autoritaria.

Massimo Nobile ci aveva messo in guardia dal pericoloso inneggiare al libero convincimento³, dal rappresentarlo come una gelosa prerogativa dell'insopprimibile libertà di coscienza del giudice, qualora non si abbiano idee ben chiare e precise sul contraddittorio come principio, metodo e forma insostituibile dell'esperienza processualpenalistica. Si tratta di precondizioni refrattarie ad ogni sorta di strumentalità rispetto ad un fine esterno: qualunque esso sia. E ciò vale anche per lo *ius singulare* della postmodernità, che passa da un fine ad un altro, intraprendendo percorsi accidentati. Eppure, giurisdizione e processo ricevono giustificazione e contenuto dall'unico scopo per cui esistono: l'accertamento di un fatto penalmente rilevante.

¹ NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, X.

² RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, *passim*; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, *passim*.

³ NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento negli ultimi trent'anni"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71; ID., *Il principio del libero convincimento*, Milano 1974, *passim*.

La problematicità dello scenario è acuita dalla risonanza mediatica dei fatti di cronaca, che scatenano la reazione dell'opinione pubblica: quest'ultima chiede di punire in nome della sicurezza in senso ampio, biasimando le istituzioni incapaci di reagire, con la politica che promette costantemente punizioni esemplari. Un sentire diffuso, che è stato tradotto, dal populismo politico/penale⁴, in domanda di 'vendetta', anche sulla spinta delle fonti normative sovranazionali, proiettate verso un'azione di contrasto in nome dell'efficientismo/immediatismo⁵.

In tale contesto, la magistratura è sollecitata ad una sovraesposizione, essendo investita di maggiori poteri; e qualora la sovraesposizione si traducesse nello svuotamento delle garanzie procedurali, non si potrebbe evitare la conseguenza della perdita di legittimità della stessa azione della magistratura; in tal caso, nemmeno il plauso dell'opinione pubblica sarebbe in grado di oscurare il *vulnus* all'inviolabilità dei diritti fondamentali. Il problema del consenso non va disgiunto da quello dei valori; e se lo fosse, sarebbe un consenso viziato.

La trasformazione degli assetti ordinamentali e la crisi del principio di legalità, inteso nei termini fissati dagli stilemi classici dello stato di diritto, richiedono che il processo sia conformato a quei principi che lo rendono giusto, a quei principi, cioè, che gli attribuiscono un valore in sé, impedendo che possa essere deviato verso scopi extraprocessuali.

È soprattutto la funzione attribuita, nel contesto europeo, alla pena a discostarsi dalle opzioni proprie di un sistema penale integrato, che possa dirsi espressione di una concreta unità tra stato di diritto e stato sociale: vale a dire, tra le tradizioni nobili del pensiero politico europeo "forte". Nel silenzio dei Trattati e delle stesse Carte dei diritti europee manca un referente teleologico vincolante, fondamentale per la costruzione dell'intero sistema degli interventi penali europei.

In materia, Sergio Moccia⁶ rimarca la profonda differenza tra la ben articolata e complessa disciplina costituzionale italiana, da una parte, e la semplicistica, inappagante soluzione 'dissuasiva', che connota la normativa europea. E molteplici sono le implicazioni. Si riconosce, cioè, che le prescrizioni relative alla necessaria "non sproporzione" della pena rispetto al reato (art. 49, co. 3, Car-

⁴ DONINI, *Populismo penale e ruolo del giudice*, in www.sistemapenale.it.

⁵ Sul tema sia consentito il rinvio al nostro, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 102 e ss.

⁶ MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 921.

ta dei diritti) e al divieto di trattamenti inumani o degradanti (artt. 3 Cedu e 4 Carta dei diritti) siano compatibili, in astratto, con la teoria retributiva e con la prevenzione speciale negativa. E ciò per chi reputa che la proporzione tra pena e reato possa essere interpretata, anche considerando il dato della pericolosità soggettiva dell'autore del reato, rispetto alla quale la "pena" può atteggiarsi come forma deterrente e/o neutralizzante. Non vi è traccia, però, del riconoscimento del concetto di rieducazione, inteso quale offerta di reinserimento sociale, che costituisce la pietra angolare di un sistema penale, corrispondente ai principi personalistici e solidaristici dello stato sociale di diritto e, dunque, della nostra Costituzione.

Il vuoto dei fini ha aperto un inaccettabile spazio di supplenza per la giurisprudenza della Corte di giustizia e per il diritto secondario dell'Unione, che ha consentito l'imposizione agli Stati membri di obblighi di criminalizzazione relativi a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

Nella prospettiva di una mera deterrenza, s'inquadrano l'imposizione di minimi di massimi edittali particolarmente elevati, il ricorso eccessivo alla detenzione e l'esasperata anticipazione della tutela penale, che caratterizzano provvedimenti normativi europei di respiro corto. Da qui l'affievolimento di quei principi della comune tradizione illuministica e solidaristica, richiamati nell'importante assunto dell'art. 6 comma 3 del Trattato sull'Unione europea, che si propone quale norma di riferimento in grado di consentire alle Corti costituzionali interne di correggere eventuali abbassamenti - ad opera di interventi normativi europei - dello standard delle garanzie stabilite dal diritto nazionale.

D'altra parte, fino a quando l'ordinamento sovranazionale eleva il livello di tutela dei diritti fondamentali può risultare auspicabile - a certe condizioni - la disattesa della normativa interna; non certamente il contrario: ad imporlo è lo stato di diritto!

2. Il progressivo rafforzamento di finalità di prevenzione negativa. Eppure, l'opzione nel senso della prevenzione intimidativo-deterrente, pienamente conforme al tipo di politica criminale paraemergenziale adottata dall'Unione europea, condiziona il processo con una forza, a dir poco, pervasiva, insinuandosi nella sedimentazione di regole, talvolta, parallele, talaltra, sovrapposte, in cui i cambiamenti non cancellano il vecchio, ma convivono accanto ad esso, lentamente sovrastandolo.

In questo contesto di trasformazioni, la legittima esigenza di ragionevole accelerazione dei tempi processuali assume il valore di un bisogno primario da

soddisfare, anche a scapito dei diritti fondamentali; nuove disposizioni aprono al pubblico ministero un incontrollato spazio istruttorio, che acuisce lo squilibrio tra accusa e difesa, ampliando la discrezionalità politica della decisione giudiziaria, nel senso che le norme costituzionali possono essere un intralcio all'accertamento della verità materiale, di cui, invece, devono costituire una condizione di funzionalità.

Si assiste ad un progressivo rafforzamento delle finalità dissuasive, accentuando la 'violenza' delle indagini. Da qui l'ampliamento del ricorso a strumenti processuali come il captatore informatico⁷, sulla base di un'indebita equiparazione tra le fattispecie di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblicazione, attraverso una disciplina eccezionale, che si caratterizza per presupposti applicativi meno stringenti rispetto a quelli ordinari, previsti per i reati comuni.

Il *trend* è quello dell'espansione di moduli eccezionali, che introducono regimi procedimentali di tipo investigativo e probatorio, differenziati sulla base del titolo di reato, rompendo in tal modo l'unità della successione teleologica degli atti. E pensare che il fattore di rottura è la sola qualificazione giuridica del fatto ad opera del pubblico ministero.

Altra esemplificazione si rintraccia nella previsione delle operazioni sotto copertura nell'ambito di indagini per delitti contro la pubblica amministrazione, spesso a base monosoggettiva⁸. Il rischio è che la condotta di istigazione o, comunque, di provocazione sia la sola idonea a far emergere il fenomeno corruttivo, rischio che, da un lato, manifesta il nervo scoperto dell'omesso chiaro distinguo tra l'agente sotto copertura e l'agente provocatore; e, dall'altro, l'esigenza di rafforzare l'effettività del controllo dell'autorità giudiziaria sulle operazioni di polizia.

Mi sembra questa la rappresentazione - purtroppo normativa! - di un processo con istruzione del pubblico ministero.

Un chiaro inconscio inquisitorio è sotteso pure alle modifiche apportate in tema di patteggiamento⁹, che mascherano una soluzione politica di giustizia contrattata, volta a premiare la collaborazione dell'imputato e la restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato. Subordinare, poi, l'efficacia dell'accordo all'esonero dalle pene accessorie, previste dall'art. 317-*bis* c.p.,

⁷ CAMALDO, *Il doppio binario in tema di intercettazioni di comunicazioni tra presenti*, *La cd. legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di Iasevoli, Bari, 2019, 179.

⁸ CASSIBBA, *L'espansione delle operazioni sotto copertura*, in *La cd. legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, cit., 199.

⁹ MENNA-PAGLIANO, *Le innovazioni in tema di patteggiamento*, in *La cd. legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, cit., 233.

ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale, significa porre la premessa per sperequazioni trattamentali, specialmente, in considerazione dell'indeterminatezza dei criteri, che dovrebbero orientare il pubblico ministero a prestare il consenso alla richiesta di pena concordata ed il giudice ad accoglierla. Questi due soggetti processuali diventano gli 'arbitri' di orientamenti ultralegali di politica criminale, in contrasto con la *ratio* del principio di determinatezza/tassatività della sanzione e con le stesse esigenze di prevenzione generale, non negativa.

L'accelerazione dei tempi processuali attraverso moduli anticognitivi se non accortamente utilizzata, rafforza il carattere inquisitorio nell'esercizio della funzione, prestandosi a celebrare scopi di dissuasione. La giustizia per essere pronta corre il rischio di essere vana; la prospettiva della sola prontezza la espone al rischio di non essere giustizia; tanto più se la struttura del processo è, tendenzialmente, organizzata in funzione di difesa sociale, anticipando il momento sanzionatorio alle prime battute del procedimento, rispetto all'esito dell'accertamento definitivo di responsabilità.

In buona sostanza, la tecnica legislativa del doppio binario¹⁰ arretra la presunzione di non colpevolezza, sia come regola di trattamento in cui confluiscono mezzi e prassi investigative, sia come regola di innocenza che guida i giudizi, anche di natura cautelare, determinando il corto circuito tra uguaglianza ed equità: entrambe in rapporto di presupposizione con il processo giusto.

3. *Forme e valori in un sistema multilivello dei diritti.* Quanto al diritto giurisprudenziale, esso si inserisce nel contesto europeo, inizialmente come capacità di tenere insieme concezioni e pratiche contrapposte, facendo sì che il loro incontro non si esaurisca in una sterile e paralizzante elisione di opposti; tuttavia, l'esigenza di evitare l'annullamento reciproco delle istanze in gioco, ha poi portato a combinazioni che hanno dato la stura alla flessibilità più duttile.

Per questa via, la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono divenute il manifesto di una società che cambia, di una politica di governo che cambia, nella tensione eccessivamente frettolosa di adeguarsi ai mutamenti. Con la conseguenza che l'ordine processuale si è sfaldato in un'apparente armonia di linee ed interpretazioni, dove tutto appare fermo e ricomposto attraverso l'elasticità dei concetti. Sicché nella valutazione di un caso l'applicazione letterale della disposizione può cedere il posto ad una chiave di

¹⁰ RICCIO, *Ragionando sul doppio binario*, in questa *Rivista online*, 2017, 3.

lettura più elastica, maggiormente aderente agli interessi e ai valori in gioco; parametri che mettono alla prova in modo esplicito e diretto un *ius* imprigionato nel suo passato sulla base di una razionalità concreta. Da qui, non soltanto i singoli strappi al codice, ma addirittura il rischio della sua dissoluzione in una desuetudine sempre più appariscente: ad esso pare affiancarsi un'altra tipologia di processo¹¹.

Resta da valutare se, allo stato attuale, sia sempre possibile un contemperamento tra scienza giuridica ed esigenze di giustizia del caso concreto, in quanto se la disponibilità di alcune situazioni soggettive protette si presta ad una tipologia di dottrina giuridica secondo cui è possibile che la sostanza, a prescindere dalla forma, sia di per sé sufficiente a raggiungere lo scopo ultimo del diritto, altrettanto, non può ritenersi per quelle situazioni in cui la non disponibilità delle situazioni soggettive protette, per la loro rilevanza, necessitino di una tutela maggiore rispetto a quelle di una giustizia sostanziale. Il problema è, dunque, verificare se la forma protegga quelle libertà e quei diritti fondamentali, che vengono definiti inviolabili dalla nostra Costituzione, e non, invece, svuotare di significato la forma per manipolare la sostanza in direzione efficientistica.

Penso a quelle istanze della postmodernità a sostegno di una necessaria deformalizzazione e flessibilità del controllo penale nella visione 'pragmatica' di un processo come luogo di inutili lungaggini, di ostacoli all'efficienza e alla ricerca della verità materiale. Addirittura, sembra che la prima locuzione serva a celare la seconda, per nascondere un vizio culturale che continua a serpeggiare nella legislazione, nella giurisdizione e, talvolta, trovando accoglimento all'interno della dottrina.

L'esemplificazione più pregnante si coglie proprio nell'empirismo giurisprudenziale e nel simbolismo di un legislatore poco accorto, che tende l'orecchio ad un'opinione pubblica, che si muove sull'onda delle più diverse emozioni, ma lontano dallo spirito fatto proprio dalla Costituzione.

Eppure, in democrazia, si è obbligati anche di fronte a manifestazioni di criminalità grave al rispetto dei principi di legalità, determinatezza/tassatività; di personalità della responsabilità penale; di proporzione e ragionevolezza; di sussidiarietà; di offensività; di materialità; di tutela della dignità umana; nonché di 'naturalità' del giudice; di presunzione di non colpevolezza; di inviolabilità dei diritti della difesa e dei diritti di libertà; di soggezione alla legge; di obbligo della motivazione; di obbligatorietà dell'azione penale; di assunzione

¹¹ In argomento si segnala MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, *passim*.

della prova in contraddittorio.

Questi principi sono la componente assiologica ‘forte’ della nostra tradizione costituzionale, non a caso, quest’ultima locuzione è ricorrente all’interno del pluralismo delle fonti: nell’art. 6, par. 3, TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona; in altra accezione, nell’art. 4, par. 2, TUE, e con specifico riferimento all’«identità nazionale» degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»; nell’art. 67, par. 1, TFUE, che individua l’area di rispetto dei «diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri»¹².

Su questo versante, Carte e Corti cooperano e ‘competono’, secondo schemi non assestati e, perciò, conflittuali, nell’osservanza del vincolo posto dall’art. 6 par. 3 TUE secondo cui «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali»¹³.

L’espressione «tradizioni costituzionali comuni» assume un significato politico pregnante come impegno dell’Unione a costruire l’identità europea, avendo consapevolezza di quali siano i controlimiti della nuova ‘appartenenza’¹⁴. Da qui il criterio di orientamento per l’attività di integrazione/mediazione o di disapplicazione delle norme interne, secondo cui il diritto dell’Unione e le sentenze della Corte di giustizia non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale¹⁵. A ciò si aggiunga che l’intreccio di influenze tra Carte e, quindi, tra Corti è condizionato dalla Carta dei diritti dell’Unione europea, che è «pa-

¹² AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 80; GIANNITI, *Problemmatiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Gianniti, Bologna 2013, 218 ss.; TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, *passim*; GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014, 299.

¹³ CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei «nuovi diritti»*, in *Quaderni cost.*, 2009, 565; DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010, *passim*; PINELLI, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 495; CARBONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012, 6; MASARONE, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ind. pen.*, 2017, 603.

¹⁴ LA ROCCA-GAITO, *Il “controlimite della tutela dei diritti processuali dell’imputato: visioni evolutive delle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *questa Rivista on line*, 2019, 2.

¹⁵ Corte cost., ord., n. 24 del 2017, cit. Per una sintesi sulla vicenda Taricco, CUPELLI, *Il caso Taricco e il tormentato dialogo fra le Corti in materia penale*, in *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, a cura di Iasevoli, Napoli 2018, 74.

rametro obbligatorio di interpretazione degli atti dell'UE», sussistendo l'obbligo di «interpretazione conforme alla Carta» o «alla luce della Carta» per tutti i giudici degli Stati membri, al fine di fornire una protezione costituzionale minima dei diritti inviolabili¹⁶.

Ne discende che alla perdita del monopolio statale sui diritti dovrebbe conseguire «l'acquisizione, da parte del diritto sovranazionale, di logiche e contenuti chiaramente ispirati e modellati sul costituzionalismo statale»¹⁷. I diritti fondamentali, soltanto apparentemente, trovano rinnovata investitura, essendo l'originaria essenza e la capacità di resistere ad ogni forma di 'pluralistico affievolimento', entrambe derivate da altro pluralismo: quello costituzionale, di sicura ed affidabile derivazione liberal-solidaristica.

Quello che, a prima vista, appare certo è che, mediante l'azione dei giudici, si siano accentuati i rapporti di reciproca conoscenza tra sistemi politici e rispettivi ordinamenti giuridici, tuttavia, soltanto in ipotesi circoscritte è corretto parlare di dialogo fra Corti interne e Corti esterne.

Nella ricerca empirica delle modalità giuridiche di soluzione dei casi, i giudici e le loro decisioni costituiscono uno snodo determinante verso la creazione di uno spazio giuridico comune. È su questo che occorre riflettere, verificando se tale dialogo esista realmente. Ma non solo. È necessario che esso si basi sul metodo della comparazione; diversamente, il dialogo fra le Corti resta soltanto un luogo comune, a cui ci ha assuefatti la vulgata della globalizzazione.

Questo stato di cose ha come conseguenza l'instaurarsi di un difficile rapporto tra sistematica seriamente intesa e nuovi prodotti normativi; molto probabilmente perché la comparazione e il metodo comparativo rimangono sullo sfondo di un tendenziale avvicinamento tra culture giuridiche diverse, prima ancora, che tra sistemi giuridici diversi. Il vizio di metodo è da rinvenirsi nella propensione all'omologazione, con il risultato di un trasferimento di idee e di norme, avulse dalla specificità dei singoli modelli processuali. Si tratta anch'esso di un vizio metodologico, che ritorna nella circolarità del tempo.

Le complesse implicazioni della postmodernità chiamano in causa la nomofilachia a difesa dei diritti fondamentali¹⁸; l'interpretazione è il perno del processo di integrazione in un sistema multilivello, che ha un andamento giuri-

¹⁶ SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in *Riflessi della Carta europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in *Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 131.

¹⁷ D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Unione eur.*, 2014, 10.

¹⁸ Sulla nomofilachia come difesa dei diritti fondamentali, si rinvia al nostro *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, cit., 72.

sprudenziiale: il giudice può avvalersi delle varie possibilità di integrazione e delle diverse possibilità di combinazione tra i rispettivi contenuti ed orientamenti esegetici; può interpretare la legge in modo conforme a Costituzione; può sollevare una questione di legittimità costituzionale; può applicare direttamente il diritto dell'Unione europea; può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione e sulla validità del diritto europeo.

L'accentuarsi dei processi di permeabilità dei sistemi giuridici nazionali rinviene nella giurisprudenza e nel lavoro costruttivo delle Corti, uno dei suoi motori fondamentali; per questa ragione occorre tener ben presente l'indice differenziale tra l'esercizio di un potere giurisdizionale di tipo integrativo e/o di tipo creativo. E se il primo può essere ricomposto nella logica dei diritti, rimanendo all'interno della democrazia costituzionale, il secondo, viceversa, si pone in contrasto con l'art. 101, co. 2, Cost., l'art. 111, co. 1, Cost., sia pure nell'accezione di sintesi inclusiva della legalità costituzionale ed europea, con la prima compatibile. Ma non solo: esso si pone in contrasto con il principio di stretta legalità di cui all'art. 25, co. 1, Cost.

Nonostante la connotazione lapalissiana di questi rilievi, altra e diversa è la costatazione: il diritto giurisprudenziale è divenuto il più potente strumento di controllo sociale che, attraverso la *vis* creativa, ha modificato le finalità, la giustificazione e le forme del processo. La tensione alla plasmabilità ed alla liquidità delle forme è avvenuta, elevando a criteri di riferimento l'offensività e il pregiudizio effettivo, in sostituzione del principio del *giusto processo regolato dalla legge* (art. 111, co. 1, Cost.).

Per questa via, opzioni di politica criminale sono state riversate nel processo, con risultati di notevolissimo rilievo: si è pervenuti all'erosione delle garanzie a tutela dei diritti fondamentali con operazioni intrasistemiche, cioè, attraverso relazioni tra concetti e categorie, armonizzati sulla base di un deludente criterio teleologico: *quello del fine giustifica i mezzi!*

Da qui la permeabilità del diritto processuale penale ad influssi, poco compatibili con tradizioni ordinamentali sudoccidentali da stato di diritto.

Ad oggi, tra i tanti, l'effetto visibile è l'inadeguatezza delle procedure - così come "rimaneggiate" - a costituire spazi d'impronta accusatoria. La sensazione è che gli incerti confini dell'interpretazione creativa favoriscano il percorso involutivo della legalità: un percorso che affida la legalità al potere giudiziario.

4. *L'avallo della Corte costituzionale all'orientamento delle Sezioni unite in tema inutilizzabilità degli atti.* Stando così le cose, non sorprende affatto l'affievolimento della funzione del giudice delle leggi come garante sostanziale

dell'ordine costituzionale, che è la conseguenza finale di una questione che ha origini parecchio più complesse. Il riferimento è alla recente pronuncia¹⁹, inerente al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p., sollevato con riferimento agli artt. 3, 13, 14 e 117, co. 1, Cost. e quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu 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».

Secondo la Corte, il *petitum* formulato dal giudice rimettente è inammissibile perché fondato su una richiesta fortemente 'manipolativa', pretendendo di desumere l'automatica inutilizzabilità degli atti di sequestro, attraverso il trasferimento su di essi dei vizi, che affliggerebbero gli atti di perquisizione personale e domiciliare, dai quali si sono originati i sequestri. Già in altre occasioni, è stata dichiarata l'inammissibilità di questioni rispetto alle quali il rimettente chiedeva una pronuncia additiva, in materie rispetto alle quali, come quella processuale, è stata riconosciuta l'ampia discrezionalità del legislatore²⁰, nonostante la meritevolezza del *petitum*.

In questo contesto argomentativo, la pronuncia di "incompetenza" è presentata come esito obbligato sia di una procedura consueta, rispetto ad un *petitum* così articolato, e sia di orientamenti della Cassazione, che costituiscono diritto vivente. Con la conseguenza della rinuncia a qualunque decisione di merito e dell'operatività delle norme coinvolte in costanza di dubbi di costituzionalità. È come se il giudice delle leggi avesse abdicato alla propria funzione di controllo; da qui l'esigenza di farsi scudo con i precedenti giurisprudenziali, pur essendo consapevole che la dichiarazione di inammissibilità avrebbe sottratto definitivamente la questione alla propria cognizione. D'altra parte, i moniti rivolti al legislatore possono non avere alcun seguito.

È evidente che il giudice rimettente non puntava ad ottenere un'additiva di principio, cioè, a quella tecnica decisoria che si presta a conciliare i confini del sindacato di costituzionalità con l'ambito di esercizio della discrezionalità legislativa, perché ad essere in gioco - secondo il giudice rimettente - non è la discrezionalità legislativa, chiamata in causa dalla Corte come argomento 'pretestuoso' per non decidere.

¹⁹ Corte cost., n. 219 del 2019.

²⁰ Corte cost., n. 23 del 2016; Id., n. 277 del 2014.

E anche a voler ritenere diversamente, non si può costringere il legislatore ad attivarsi, ma gli si può imporre soltanto un vincolo positivo, pur lasciandogli ampio spazio di scelta in ordine alle concrete modalità di attuazione; qualora, però, il legislatore decidesse di intervenire non potrebbe disattendere l'indicazione della Corte, altrimenti violerebbe il precetto dell'efficacia vincolante immediata e generale di cui all'art. 136 Cost., trattandosi, comunque, di una decisione di accoglimento.

Vero è che il paradigma decisorio delle sentenze additive si presta all'osservanza dei confini, implicati dalla differenza dei ruoli: da un lato, la Corte con l'assunzione della necessaria decisione nel merito di accoglimento additivo a rime obbligate; dall'altro, il legislatore, chiamato ad attuare il principio aggiunto. Il nodo insoluto, però, resta la disponibilità del legislatore a collaborare. Ma non erano questi i termini della questione che il giudice delle leggi doveva definire. Essi attengono, invece, ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione; ed è stata proprio l'eccessiva prudenza della prima, a non voler turbare l'equilibrio di tali rapporti, che ha condotto ad una forma di denegata giustizia.

Ora, se lo scopo dell'ordinanza di rimessione è indicare alla Corte la materia su cui esercitare il proprio controllo, va pure detto che, nel caso di specie, è stata prospettata la direzione di una soluzione costituzionalmente obbligata, di cui il giudice delle leggi ha ritenuto di non doverne tenere conto. Fermo restando che il giudizio di costituzionalità si connota per l'ampia visione di insieme dei principi, per la libertà e per l'autonomia sulla conformità della legge impugnata alla Costituzione, il coinvolgimento giudiziale nella risoluzione della questione non va guardato con sfavore, bensì valorizzato mediante l'attrazione delle determinazioni del giudice *a quo* nell'alveo proprio del decidere della *quaestio legitimitatis*, al fine di una progressiva corresponsabilizzazione delle giurisdizioni coinvolte.

Con il duplice effetto, da un lato, di ridimensionare l'uso disinvolto del potere di sollevare questione di costituzionalità; dall'altro, di sollecitare una più corretta interpretazione delle leggi, contribuendo a delineare le ragioni di incostituzionalità sulle quali la Corte è chiamata ad emettere il definitivo giudizio. In quest'occasione, però, le argomentazioni del giudice comune, necessarie anche ad indicare i motivi del dissenso nei confronti del consolidato orientamento delle Sezioni unite, sono state del tutto trascurate.

Non è stata, quindi, accolta l'offerta di collaborazione da parte del giudice comune, in virtù di un potenziale conflitto di competenza fra Corte costituzionale e legislatore. Era questa, invece, l'occasione per una decisione di ac-

coglimento, imposta dal rispetto dei principi costituzionali, sostenuta e condivisa dal giudice comune: un'agile operazione di acquisizione di consenso alla base di un intervento additivo²¹, che avrebbe rafforzato la sua legittimazione proprio dinanzi al potere legislativo.

D'altra parte, con le pronunce di tipo additivo, la Corte non esercita una funzione legislativa, sostituendosi agli organi a questa costituzionalmente preposti, non crea essa liberamente la norma, ma si limita ad individuare quella ricavabile dai principi costituzionali, con la quale riempire immediatamente la lacuna che, altrimenti, resterebbe aperta²².

Così non è stato!

Il giudice, prima di sollevare le censure, ha adempiuto all'onere di verificare la praticabilità di un'interpretazione adeguatrice²³ ed ha riscontrato l'incompatibilità del diritto vivente con la Costituzione²⁴; diversamente, la Corte costituzionale ha confermato l'orientamento giurisprudenziale dominante²⁵. *Nulla quaestio* se fosse stata vera la premessa di partenza e, cioè, se l'orientamento consolidato della Corte di cassazione fosse stato conforme alla nostra Costituzione, essendo quest'ultima la premessa giuridico-politica di ogni riflessione, punto di unificazione e di completamento delle dinamiche istituzionali e dei processi di trasformazione, data l'attitudine dei suoi principi a fare sistema.

Qui non si tratta dell'improprio tentativo di ottenere dalla Corte costituzionale l'avallo a favore di un'interpretazione contro un'altra interpretazione, dissimulando, in tal modo, un problema meramente interpretativo interno alla giurisdizione ordinaria della quale la Corte non può essere investita²⁶.

La posta in gioco è più alta ed ha un 'peso', dichiaratamente, politico. Si tratta di eliminare mediante il sindacato costituzionale la norma viziata, così come vive nella consolidata giurisprudenza di legittimità, cioè, come risultato di

²¹ MODUGNO-CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519.

²² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 407-408.

²³ L'onere di verificare la praticabilità di un'interpretazione adeguatrice prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale si origina dalle pronunce Corte cost., n. 356 del 1966 e sent. n. 319 del 2000.

²⁴ «Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge». Così, Corte cost., n. 239 del 2009.

²⁵ Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Mass. Uff.*, n. 204643.

²⁶ A fronte della mancanza di un precedente giurisprudenziale, costituente diritto vivente, e della mancata dimostrazione di tale circostanza, il giudizio incidentale risulta, infatti, «utilizzato in modo assolutamente distorto» Corte cost., ord., n. 363 del 2010.

un'operazione di bilanciamento, di origine pretoria, tra i diritti fondamentali e il fine della ricerca della verità materiale.

4.1. *La querelle sul brocardo male captum bene retentum.* Nella pronuncia di inammissibilità del giudice delle leggi²⁷ si rinviene lo sforzo di concettualizzazione in ordine ad un profilo di teoria generale del processo, implicante lo spostamento dell'attenzione sull'invalidità derivata secondo cui «derivando il divieto probatorio e la conseguente sanzione dell'inutilizzabilità da un'espressa previsione della legge, qualsiasi estensione di tale regime ad atti diversi da quelli cui si riferisce il divieto non potrebbe che essere frutto di una, altrettanto espressa, previsione legislativa. Del resto è ricorrente, in giurisprudenza, l'affermazione secondo la quale tale principio, valido per le nullità, non si applica in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite»²⁸. Da questo passaggio testuale appare evidente che ad essere rifiutata è l'agevole constatazione che la Costituzione sia legge fondamentale e, come tale, possa contenere divieti probatori, addirittura, di rango superiore; questa che sembra una mera disattenzione, di fatto non lo è, conducendo addirittura alla negazione della configurabilità di una vera e propria concatenazione funzionale tra atti processuali propulsivi ed atti di acquisizione probatoria, sì da escludere che l'invalidità dei primi possa conseguenzialmente riverberarsi sui secondi.

Inoltre, è del tutto trascurata l'ipotesi che vi possano essere talune tipologie di atti, che soltanto all'esterno appaiono eterogenee, svelando, viceversa, al loro interno un'omogeneità funzionale: «sicché quella concatenazione, che non dovrebbe potersi esplicitare *ab externo* tra due atti di natura diversa, appartenenti rispettivamente all'una e all'altra, ben può vedersi instaurata, invece, nell'ambito ed all'interno di ciascuna di esse, fra atti della medesima natura»²⁹. È ciò che accade quando il sequestro sia necessitato dalla scoperta della cosa risultante da una perquisizione, l'interdipendenza dei tre eventi (ricerca-invenzione-apprensione) è di tipo funzionale e non meramente cronologica.

La sensazione è che il giudice delle leggi si sia limitato ad avallare la ricostruzione delle Sezioni unite, non riconoscendo in essa la visione di retroguardia che riporta in vita antichi residui del sistema probatorio, delineato dal codice del 1930. Di essi si era sicuramente liberato il processo moderno, eppure og-

²⁷ Corte cost., n. 219 del 2019.

²⁸ Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2019, Cosentino, in *Mass. Uff.*, n. 275029,

²⁹ COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1558-1559.

gi rivivono con una *vis* predominante all'interno dell'esperienza giuridica postmoderna, nonostante la Costituzione autorizzi un'interpretazione in chiave di inutilizzabilità delle prove 'abusivamente' raccolte.

Nella raccolta di scritti *Tre studi sulle prove penali* di Franco Cordero si rintracciano i prodromi dell'attuale posizione delle Sezioni unite, ma è noto a tutti che la teoria della prova illecita era calibrata sul modello processuale dell'epoca, di tipo inquisitorio. Il distinguo tra prove illecite, conseguenti alla difformità dell'atto dal modello legale del procedimento ammissivo, e prove illegittime, riguardanti il procedimento acquisitivo, animò la speculazione teorica degli anni '60-70' dello scorso secolo, quando la mancanza di autonomia concettuale della sanzione per i vizi della prova spingeva la dottrina ad indagare la strumentalità interna al rapporto fra fonte di prova e prova.

Al riguardo, l'insigne giurista osservava che «tra i vari frammenti del contesto istruttorio intercorre un semplice nesso psicologico [...]; l'equivoco sta nel postulare tra le singole iniziative probatorie quel rapporto di dipendenza giuridica, sul quale si basa la nozione del procedimento»³⁰. Di conseguenza, «il sequestro e l'acquisizione della prova, se rappresentano, in termini storici, un *posterius* rispetto all'atto del perquisire, non ne dipendono giuridicamente»³¹. L'argomento a sostegno era rinvenuto nella mancanza di una previsione secondo cui «le cose pertinenti al reato sono passibili di sequestro, a condizione che la ricerca sia compiuta secondo le date regole»³². Il dato sarebbe sufficiente ad annullare «il nesso tra il contegno illecito del perquirente e la disposizione della prova nel processo»³³, dal momento che «la condotta illecita del funzionario è un precedente storico irrilevante ai fini del nostro problema».

La raffinata ricostruzione corderiana continua a condizionare il dibattito giurisprudenziale; ne costituisce una pregnante esemplificazione la posizione delle Sezioni unite³⁴, che, a ben vedere, nell'impostazione non si discosta da una risalente pronuncia del 1958 secondo cui «la perquisizione illegale se può configurare un illecito penale o disciplinare a carico del pubblico ufficiale che vi abbia proceduto, non impedisce in difetto di un'un'espressa disposizione di legge che commini la nullità degli atti dipendenti dalla perquisizione, gli effetti giuridici dell'atto di coercizione reale nei suoi riflessi probatori, sia nei suoi riflessi sostanziali dipendenti dall'assicurazione al processo di determinate

³⁰ CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 171.

³¹ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 127.

³² CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 123.

³³ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 127.

³⁴ Cass., Sez. II, 28 gennaio 1958, in *Giust. pen.*, 1958, III, c.790.

cose». L'assunto esegetico escludeva la possibilità di ipotizzare una dipendenza in senso giuridico tra il *quomodo* della ricerca e l'apprensione della *res*, così rinvenuta, degradando la successione delle attività ad una mera sequela causale.

La storicizzazione del contesto svela i condizionamenti della teorizzazione autoritaria del convincimento libero secondo cui la libertà del giudice si sostanziava in uno spirito, destinato a manifestarsi in un'esperata interpretazione del principio della difesa sociale e nel ripudio della funzione garantista delle forme del metodo probatorio³⁵.

Sempre con riferimento alla previgente esperienza giuridica, Giuseppe Riccio nel sagace studio su *Le perquisizioni nel codice di procedura penale* dimostrava che dalla legittimità del perquisire, in quanto precedente logico-funzionale, dipendeva l'attribuzione della legittimazione ovvero della titolarità del potere di sequestrare; in tal modo, la mancanza di quel presupposto logico-funzionale diveniva la causa dell'inesistenza dell'atto e, quindi, dell'inutilizzabilità della prova. La perquisizione dava vita ad una successione teleologica di atti che conduceva all'apprensione della cosa scoperta, su cui era apposto il vincolo. «Se manca il potere di perquisire manca il presupposto dell'apprensione che travolge il vincolo posto sulla cosa».

In definitiva, l'atto di apprensione era inesistente qualora la perquisizione fosse stata compiuta fuori dei casi di flagranza o dell'evasione o senza il fondato motivo di sospetto dell'occultamento della prova, da valutare *ex ante*. Per questa via, Egli perveniva ad affermare che «sono questi i presupposti in presenza dei quali è concesso violare la persona o il suo domicilio. Se mancano l'attività è illecita e l'atto che ne deriva è inesistente, il quale perciò non produce effetti». E già con riferimento a quel modello processuale, il Maestro descriveva l'esercizio della giurisdizione come attività di controllo estesa al procedimento probatorio nella sua interezza, comprensivo del provvedimento ammissivo della prova e dell'atto di istruzione probatoria, col quale al primo veniva data esecuzione. Da questa prospettiva appariva evidente che il giudice non potesse avvalersi di elementi cognitivi, derivanti da un comportamento "abusivo", trattandosi di prove ammessa in divieto di legge.

Nel rigorismo processuale le imperfezioni non espressamente riconducibili all'interno del sistema delle nullità, si risolvono in mere irregolarità, come tali non incidenti sull'efficacia dell'atto. Tuttavia, il discorso cambia se il vizio riguarda il potere di compiere l'atto. Da qui la teoria secondo cui «un atto

³⁵ Sugli effetti della teorizzazione autoritaria del convincimento libero, NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 225.

compiuto da soggetto non legittimato o da questo fuori delle ipotesi specificamente indicate non potrà assurgere a giuridica esistenza: la situazione di carenza di legittimazione, in entrambi i casi, si risolve in mancanza di potere»³⁶. L'assunto era esteso alle perquisizioni compiute da soggetto non legittimato o fuori dei presupposti tassativamente stabiliti dalla legge: situazioni in cui a mancare era il potere di compiere l'atto. «Il potere perquirente, infatti, funziona come presupposto, cioè come antecedente cronologico e funzionale dell'atto acquisitivo in carenza del quale l'atto non assurgerà a giuridica esistenza»³⁷.

Dal canto suo, Cordero sosteneva che la qualifica di inesistente non potesse riferirsi alla perquisizione, perché «non si addice alla condotta considerata come puro strumento di causazione del fatto», ma essendo un'operazione finalizzata alla scoperta e all'apprensione di una cosa, poteva essere definita lecita o illecita, non valida o invalida. Riccio superava l'obiezione osservando che ad essere 'inesistente' non fosse l'attività perquirente, ma l'atto che da essa promanava, come risultato di un'attività di ricerca compiuta in carenza di potere, cioè, illecitamente: la qualifica di invalidità era riferita all'atto di apprensione della prova³⁸.

In buona sostanza, se il presupposto fosse stato illecito, l'atto di acquisizione probatoria era inesistente: non potendosi ricorrere alle nullità, perché tassative, né all'inutilizzabilità perché categoria allora meramente naturalistica³⁹. Sul punto altra autorevole dottrina⁴⁰ riconduceva il discorso a considerazioni di ordine sostanziale, strettamente aderenti al bisogno di tutela dei diritti fondamentali, ponendo in secondo piano la ricerca di regole di esclusione probatoria, desumibili da singole norme costituzionali. Più specificamente, si affermava che «la ragione del divieto all'impiego processuale delle prove ottenute in violazione di quei diritti va ricercata non tanto nella circostanza che le corrispondenti norme costituzionali dichiarino privi di ogni effetto gli atti che abbiano condotto alla loro illegale acquisizione [...] quanto nella stessa proclamazione costituzionale dei diritti in parola», che sarebbe vanificata laddove i risultati con rilevanza probatoria, derivanti da attività poste in essere in violazione di quei diritti, «potessero servire alla formazione del convincimento giudiziale *contra reum*».

³⁶ RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 153 e ss.

³⁷ RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 154

³⁸ RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 157

³⁹ RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 181.

⁴⁰ Così, GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1974, 317.

5. *La tesi di Nobili.* La *querelle* è continuata sotto la vigenza del codice di rito del 1989, nonostante che ad essere mutati fossero il modello, le fasi, le strutture; nonostante che l'art. 2 della l. n. 81 del 1987, espressamente sancisse che il «codice di procedura penale attua i principi della Costituzione e si adegua alle norme delle convenzioni internazionali, ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale». Eppure, tutto cambia perché nulla cambi!

Non è un caso che stiamo parlando di una pronuncia della Corte costituzionale⁴¹ che ripropone l'assunto esegetico secondo cui «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", sulla falsariga di quanto è previsto invece, nel campo delle nullità, dall'art. 185, co. 1, c.p.p., a norma del quale "la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo"».

Assunto, peraltro, smentito dalla rigorosa lettura delle norme processuali offerta da Massimo Nobili, che scopre le interrelazioni tra le disposizioni in tema di nullità, rinvenendo anche regole concernenti le prove.

Mi sia consentito, al riguardo, riportare le sue magistrali osservazioni.

L'art. 185, co. 4, c.p.p. stabilisce che la disposizione del comma 3 non si applica alle nullità concernenti le prove. Se mai ne avessimo avuto bisogno, incontreremmo qui la conferma testuale che questa categoria delle nullità riguarda anche le prove. Il co. 3 concerne il principio di regressione, ovvero ossia quel particolare effetto di una declaratoria di nullità fissata in questi termini: la dichiarazione di nullità comporta la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito. C'è quindi un problema di rapporti fra stati del procedimento e gradi. Ora ci limitiamo a rilevare che, come espressamente stabilisce il comma 4, questa disposizione sulla regressione non vale in materia di prove, il fatto però che fra i vari commi dell'art. 185, l'ultimo eccettui soltanto il comma 3, induce a concludere che gli altri valgono anche in materia di prove. Se il legislatore avesse inteso eccettuare qualche ulteriore parte di questa complessiva disposizione, a proposito delle prove avrebbe dovuto stabilire: disposizioni dei commi 1 e 3, oppure tutte le disposizioni dei commi precedenti non si applicano alle prove. Conclusione di questa prospettiva interpretativa: il comma 1

⁴¹ Corte cost., n. 219 del 2019; Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2019, Cosentino, cit.

si applica anche alle prove. Pertanto, anche in questa materia la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo. Vuol dire che si verifica pure qui un'inefficacia per così dire a catena delle nullità riguardanti le prove. Non è però sufficiente una successione di caratteri cronologico o temporale; necessita un rapporto di dipendenza⁴².

Se la tesi pone in discussione l'asserzione della Corte costituzionale, va anche segnalato che Egli considerava giuridicamente connessi solo gli atti che appartengono a «sequele dinamiche necessarie»⁴³, a «*ordo procedendi*»⁴⁴ legislativamente stabiliti, la cui precisa realizzazione è condizione di validità dell'intero procedimento⁴⁵; Egli utilizzava come esempio la richiesta di rinvio a giudizio e il decreto che dispone il giudizio: nel rito ordinario se non vi è la richiesta, non è possibile emettere validamente il decreto.

E se le prove, quindi, di regola, si connotano soltanto per nessi "occasional", non essendovi situazioni normative in cui ad un interrogatorio debba seguire necessariamente un confronto⁴⁶, Nobili perveniva poi ad ammettere l'eccezione costituita dal provvedimento di perquisizione-sequestro (decreto), che necessita di motivazione (artt. 247, co. 2, e 253 co. 1) a pena di nullità (art. 125, co. 3, c.p.p.). Qui l'atto iniziale è il presupposto giuridico dell'atto finale⁴⁷.

Ritorna la distinzione tra atti propulsivi e atti di acquisizione probatoria a carattere meramente eventuale. Se, infatti, rispetto alla prima categoria non vi è dubbio che la declaratoria di nullità investa gli atti consecutivi - che dovranno essere rinnovati a partire da quello viziato, perché l'atto invalido si pone come condicio sine qua non dell'esistenza e validità del successivo - altrettanto non può ritenersi per la seconda classificazione.

Gli atti di acquisizione probatoria, tendenzialmente, non appartengono al tessuto connettivo del procedere, presentandosi come avvenimenti autonomi, perciò la nullità di uno di essi non comporta l'invalidità di quelli successivi⁴⁸. Tuttavia, non si escludono situazioni particolari in cui anche rispetto a questi atti, ricorrendo il nesso funzionale, si può parlare di invalidità derivata; ciò

⁴² NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 159.

⁴³ CORDERO, *Procedura penale*, IX, Milano, 2012, 1192.

⁴⁴ NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 310.

⁴⁵ CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 79.

⁴⁶ NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 645.

⁴⁷ NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 311.

⁴⁸ CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2013, 112.

soprattutto a fronte di fattispecie in cui l'atto successivo trovi nell'atto previamente annullato la sua unica giustificazione e la sua causa essenziale⁴⁹. Si tratta di un'ipotesi in cui il legame di dipendenza si connota per la sussistenza di una relazione di causa ad effetto, tale da riverberarsi sul convincimento del giudice.

Per questa via, la prova inutilizzabile contamina le acquisizioni successive. L'itinerario tracciato è stato seguito, successivamente, da altra parte della dottrina⁵⁰, che ha riconosciuto il nesso funzionale tra perquisizione e sequestro probatorio e, quindi, è pervenuta ad estendere al sequestro dell'eventuale invalidità della perquisizione. D'altronde: è mutato il modello processuale di riferimento, in forza di un'ideologia che esalta il valore della legalità come regola primaria di orientamento nell'esercizio della funzione giurisdizionale e sono venuti meno i presupposti del distinguo tra le due categorie di prova illecita e di prova illegittima.

Eppure, la Corte costituzionale perviene ad altra e diversa conclusione, affermando che «se è vero quanto afferma il giudice a quo a proposito del fatto che le regole che stabiliscono divieti probatori riposano essenzialmente sulla esigenza di introdurre misure volte anche a disincentivare possibili “abusi” – è noto, al riguardo, che nei sistemi di *common law* la finalità prevalente delle *exclusionary rules* è proprio quella di *deterrence* – è altrettanto vero che un simile obiettivo viene in ogni modo perseguito dall'ordinamento attraverso la persecuzione diretta, in sede disciplinare o, se del caso, anche penale, della condotta “abusiva” che possa essere stata posta in essere dalla polizia giudiziaria, come d'altra parte, espressamente affermato in varie occasioni dalla giurisprudenza di legittimità»⁵¹. Si ripropone, quindi, la soluzione interpretativa che, nei contenuti, echeggia, nemmeno con toni troppo velati, l'orientamento espresso dalla Cassazione nel 1958.

5.1. *La vocazione politico costituzionale dell'art. 191 c.p.p.* Da qui l'interrogativo se la disposizione dell'art. 191, co. 1, c.p.p., atteso il tenore let-

⁴⁹ Volendo, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova 2008, 268.

⁵⁰ MAGI, *Atti di investigazione ed invalidità derivata*, in questa *Rivista*, 1992, 76; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 170-171; BENE, *L'art. 191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1996, 119; COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit., 1546; FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, in *Cass. pen.*, 1997, 1254; MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1251.

⁵¹ L'orientamento si rinviene in Cass., Sez. I, 25 maggio 2006, Proietti, in *Mass. Uff.*, n. 234672.

terale, descriva l'ambito di attività della sanzione con riguardo alle sole prove acquisite in violazione delle norme processuali o si estenda pure alle prove conseguenti ad attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti della persona, tutelati in via, non mediata, dalla Costituzione. La locuzione normativa divieti stabiliti dalla legge non agevola la soluzione⁵².

Un valido criterio metodologico è rinvenibile nella Relazione al Progetto preliminare del codice, in cui si riscontra sia il riferimento al regime normativo che esclude in via generale l'utilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno specifico divieto probatorio, sia alla sentenza del '73 della Corte costituzionale «che ha tratto dall'intero sistema garantistico della Costituzione un divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni telefoniche non consentite dalla legge»⁵³.

Ma non solo. Si ricorda che altre Sezioni unite⁵⁴ avevano affermato che «la categoria delle prove incostituzionali si è combinata con quella dell'inutilizzabilità, essendosi ritenuto, come del resto è stato prospettato anche in dottrina, che i divieti ai quali fa riferimento l'art. 191, co. 1, c.p.p. siano non solo quelli stabiliti dalle norme processuali, ma anche quelli rinvenibili in altri settori dell'ordinamento, e in primo luogo nella carta costituzionale»; pur dando conto dell'esistenza dell'opposto indirizzo interpretativo, secondo cui l'art. 191, nel prevedere l'inutilizzabilità delle c.d. prove vietate, presuppone l'esistenza di divieti che, attenendo ad atti del procedimento, non possono che derivare da norme processuali.

Quest'ultima asserzione va verificata alla luce del significato e del ruolo di primo piano delle norme processuali nell'idea del legislatore del 1989. Esse

⁵² SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, *passim*; GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 82-84; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 534-535.

⁵³ Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, supplemento ordinario n. 2, Serie generale-n.250, 61. L'assunto è stato ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 81 del 1993 secondo cui «non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino».

⁵⁴ Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Mass. Uff.*, n. 234270. A conclusioni analoghe erano già pervenute le Sezioni unite con le sentenze 16 maggio 1996, Sala, 13 luglio 1998, Gallieri e 23 febbraio 2000, D'Amuri, le quali, hanno fatto rientrare «nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le prove oggettivamente vietate, ma le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla legge, ed, a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. Ipotesi quest'ultima sussumibile nella previsione dell'art. 191 c.p.p., proprio perchè l'antigiuridicità di prove così formate od acquisite attiene alla lesione di diritti fondamentali, riconosciuti cioè come intangibili dalla Costituzione

non soltanto rientrano tra le norme di organizzazione inerenti alla forma di esercizio della funzione di *ius dicere*, ponendosi quale estrinsecazione di un potere, ma esplicano una funzione servente alla tutela dei diritti inviolabili della persona nel processo, mostrando la necessaria interazione di principi fondamentali e norme. Si vuole dire, cioè, che la norma processuale è il parametro di misura della legalità del comportamento e ad esso si riferisce, ora esplicitamente, ora sullo sfondo, con la predisposizione di schemi di comportamento. L'insieme dei presupposti e degli elementi richiesti per l'integrazione di un certo schema è costruito sul modello logico-potere-atto scopo, che descrive l'attribuzione del potere, la tipologia dell'atto e la funzione nella progressione processuale.

Sicché l'inutilizzabilità assume una valenza più ampia, divenendo la sanzione per gli atti probatori compiuti in difetto di potere o compiuti nell'inosservanza delle forme di acquisizione, in quanto entrambe le ipotesi sono riconducibili alla violazione delle regole sulla prova. A rivestire un'importanza essenziale è il momento di individuazione del divieto, al fine dell'operatività dell'art. 191 c.p.p., aspetto che sarebbe rimasto sullo sfondo, se l'ordinamento avesse previsto l'inutilizzabilità in maniera tassativa. Difatti, il legislatore non ricorre alla tecnica di previsione speciale, perché qui il vizio rientra nell'area di illegittimità dell'acquisizione codificata, in via generale, nell'art. 191 c.p.p. Su questo versante un utile contributo metodologico si coglie nella prospettiva sostanzialistica⁵⁵ di identificazione dei divieti probatori, valorizzando l'interesse sostanziale o processuale, tutelato dalla norma, che contiene le regole di modalità di costruzione della prova.

Il piano coinvolto è quello dell'interazione tra regole di esclusione e diritti inviolabili della persona, al fine di governare i punti di frizione che possono emergere nell'accertamento del fatto. Le osservazioni conducono all'equazione tra regole di esclusione e norme di garanzia, equazione che implica la proiezione funzionale dei divieti: ora di interessi endoprocessuali, ora di interessi extraprocessuali. Sicché i divieti – impliciti ed espliciti – sono posti in ragione di situazioni soggettive protette dalla Costituzione.

D'altra parte, secondo la dottrina più attenta⁵⁶, i divieti non sempre stanno nelle norme sulle singole prove, ma si possono rinvenire anche in disposizioni riferite ad atti generici, sia in rapporto al discusso problema del regime sanzionatorio applicabile nelle ipotesi di inosservanza delle regole attinenti al

⁵⁵ AMODIO, *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 97.

⁵⁶ GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 140.

modus procedendi. Con riferimento a questi casi vale il criterio generale dell'idoneità della nullità a colpire il vizio, salvo il caso di sussistenza di un divieto. Siffatta osservazione, unitamente alla considerazione che i divieti si strutturano in funzione dell'attitudine della prova a verificare il *thema probandum*, inducono a non aderire alla tesi secondo cui il riconoscimento delle regole di esclusione avvenga soltanto a mezzo di ordine formale⁵⁷.

Tuttavia, i percorsi coinvolti restano impervi anche per l'eterogenea identità della sanzione. A tale proposito, va posta in debito risalto la posizione di chi⁵⁸, autorevolmente, supera il distinguo tra inutilizzabilità fisiologica e patologica, cioè, pone in discussione la classificazione secondo cui nella prima categoria vanno collocati gli atti di indagine preliminare dei quali è fatto divieto di uso per il giudizio e, nella seconda, i mezzi di prova acquisiti in violazione di legge, ai sensi dell'art. 191, al fine di pervenire ad una maggiore specificazione dei tratti connotativi dell'inutilizzabilità.

La locuzione inutilizzabilità esprime un tipo di sanzione non una caratterizzazione degli atti; essa evoca, cioè, un vizio acquisitivo della prova, il cui contesto è variamente individuato, apparendo elastica la clausola prescrittiva relativa ai divieti di legge. Si discute, cioè, se essa debba essere riferita anche a leggi di natura sostanziale o soltanto di natura processuale, fino al punto che taluni autori insistono nel mantenere in vita la categoria delle prove illecite, quando la sanzione non copra atti inerenti a diritti costituzionali. Qui preme sottolineare che l'inutilizzabilità concerne il compimento di un atto a contenuto probatorio; essa cioè sanziona un atto probatorio viziato, con peculiare riferimento al suo modo acquisitivo.

Si può dire, anche sulla scorta della sua genesi (Corte cost. n. 34 del 1973), che la sanzione attinge alle forme di produzione della prova, che, essendo tipizzata, colloca i divieti di legge nell'alveo delle modalità acquisitive dell'atto. Se si condivide la premessa, non si possono trascurare i suoi condizionamenti, di cui l'equazione tra inutilizzabilità e vizio delle modalità di produzione dell'atto, è la manifestazione più pregnante: essa, se capovolta, dimostra che solo l'atto viziato può essere sanzionato con la inutilizzabilità.

In buona sostanza, soltanto una patologia può produrre l'inutilizzabilità dell'atto: e già da un profilo semantico risulta evidente che eguale qualificazione non possa essere conferita ad atti privi di natura probatoria e di vizio acquisitivo. L'errore della generica estensione della locuzione, a situazioni che

⁵⁷ GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 140. In tal senso già NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 50.

⁵⁸ RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 238.

non si risolvono nell'inosservanza delle forme di acquisizione, si rinviene pure nella nota pronuncia delle Sezioni unite⁵⁹, che sottrae alle parti il potere di disporre dell'invalidità assoluta dell'atto, cioè, di interferire con il giudizio di disvalore operato *ex ante* dall'ordinamento.

Nella sentenza si precisa che la natura di tipo abdicativa del giudizio abbreviato può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma non incide sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso non rileva l'inutilizzabilità fisiologica della prova, cioè, quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526, co. 1, c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p., in virtù del rilievo che l'atto assume attitudine probatoria per volontà delle parti. Neppure rilevano ipotesi di inutilizzabilità relativa, stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale.

Diversamente, è sottratto al potere dispositivo delle parti la categoria sanzionatoria della nullità assoluta e dell'inutilizzabilità patologica, inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem* la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito.

Sul terreno sistematico il default concettuale è ancora più grave: si conferisce valore probatorio alle indagini preliminari a cui è concesso di entrare nel giudizio secondo le modalità di aggiramento dell'inutilizzabilità fisiologica. Si perde di vista che le indagini preliminari, quali atti serventi all'esercizio dell'azione, sono estranei al giudizio ed acquistano attitudine probatoria solo per volere della parte e nei limiti che essa dispone (art. 438 e ss.), per accordo tra le parti (art. 431) o nelle occasioni di provata irripetibilità a causa della realizzazione dei casi di non dispersione previsti in Costituzione (art. 111, co. 5; artt. 500 e 513 c.p.p.); col pericolo, ricorrente in giurisprudenza, che l'inutilizzabilità fisiologica conceda al giudice l'uso di atti secondo spazi autoritativi *ultra petita*.

Privilegiando, invece, la prospettiva dell'inutilizzabilità come trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori/principi costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto, si perviene all'individuazione della rap-

⁵⁹ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259.

presentazione formale ed esplicativa più idonea, che la contrassegna, sotto il profilo assiologico, come giudizio di riprovazione per l'illegalità della prova⁶⁰.

6. *Una soluzione costituzionalmente obbligata: la tutela dei diritti di libertà.* All'interno dell'ampio dibattito si colloca il tema specifico di cui trattiamo, ovvero il quesito enunciato nel dispositivo delle ordinanze di rimessione, posto alla base della questione 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 p.g. fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'A.G. con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività».

Gli equivoci sono determinati dall'apparente frattura tra gli artt. 191 e 271 e gli artt. 352 e 353 c.p.p., che parrebbe attestare, per un verso, la non un'uniformità di trattamento dei vizi del procedimento probatorio; e, per altro verso, l'irrilevanza delle interrelazioni funzionali – quindi, delle prove illecite – essendo previste autonome procedure di controllo (es. artt. 352 comma 4 e 355 c.p.p.).

Tuttavia, l'opzione semantica 'acquisite', rinvenibile nell'art. 191 c.p.p., consente di riferire l'inutilizzabilità al procedimento acquisitivo nella sua visione di insieme. Stando così le cose, la frattura perde di centralità, anche perché l'autonomia dei controlli su perquisizione e sequestro (artt. 352 e 355 c.p.p.) non rappresenta – come, invece, ritenuto da autorevole dottrina⁶¹ – un argomento sufficiente a svuotare di significato il nesso funzionale. Anzi, la garanzia del controllo sulla perquisizione (art. 352, co. 4, c.p.p.) conferma la connotazione essenziale dell'osservanza della regola acquisitiva, esaltando il valore del legame strumentale tra procedimento e suo risultato⁶².

Da qui l'interpretazione dell'art. 191 c.p.p. in chiave di sanzione generale sia per i vizi dell'*an* che per i vizi del *quomodo* della prova. La disciplina delle prove assume, quindi, una valenza sovraordinata; diviene una sintesi normati-

⁶⁰ In tal senso già ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 506; in tal senso, anche PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 170-171; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 254-259; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 91-96; PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano, 2012, 253-313.

⁶¹ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 132.

⁶² Così BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, cit., 121; FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, cit., 1254.

va di rango superiore; di conseguenza «può a pieno titolo definirsi incostituzionale, qualsiasi prova o mezzo di prova, le cui modalità di formazione, di acquisizione o di assunzione - a prescindere dalla qualificazione dell'illecito e indipendentemente dalla presenza di specifici divieti, enunciati nelle norme processuali ordinarie - siano comunque in contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio, che la Costituzione riconosce ed assicura ad ogni individuo, nell'ambito di quel processo equo e giusto»⁶³.

La Costituzione con la qualificazione di inviolabilità nelle situazioni di libertà e, in particolare, dell'inviolabilità della persona (art. 2 Cost.) manifesta l'esigenza di una tutela assoluta, che supera la specificità del contesto e si espande nell'ordinamento considerato nel suo complesso. L'abuso rispetto all'*an* e/o la deviazione, rispetto alle modalità previste, vanificano la tutela assoluta del diritto, ogni qual volta il libero convincimento del giudice si fonda su attività che ledono tale inviolabilità. Ne discende che la fonte del divieto probatorio non si esaurisce necessariamente nella norma processuale, potendo essere rinvenuta all'interno delle disposizioni costituzionali. Esse assumono forza pregnante in base all'osservazione che l'ammissibilità della prova si giudica secondo la legge comune e la validità della legge comune secondo la Costituzione, non in ragione del fatto che questa, in astratto non possa contenere norme precettive, perché, in concreto, così non è.

Per questa via, si riconosce la fonte della regola di esclusione delle prove illecite nella proclamazione costituzionale, prima in via generale (art. 2 Cost.), poi, in via specifica, (artt. 13, 14, 15 Cost.) di inviolabilità dei diritti fondamentali, la quale conferisce valore assoluto alla tutela. La regola, dunque, non deriverebbe da un espresso divieto probatorio rinvenibile nelle stesse, poiché essa - la regola - non presuppone che il divieto di utilizzazione sia posto, anche non espressamente, da queste norme costituzionali, ma «affonda le sue radici nella stessa consacrazione costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, intesa quale presidio contro le condotte illegali provenienti non solo dai privati, ma soprattutto dagli organi dello Stato»⁶⁴.

Dunque, la fonte della regola di esclusione della prova è da rinvenirsi nella norma costituzionale, che presidia l'inviolabilità del diritto, indipendentemente dalle scelte operate dal legislatore processuale in materia di inutilizzabilità delle prove. Da più ampia prospettiva, si riscontra che la contingenza politica,

⁶³ COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit., 1548.

⁶⁴ GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1974, 317.

da cui si originano le opzioni ordinamentali, non frena l'espansione dei diritti inviolabili. Ed è proprio con riferimento alla libertà della persona e alla libertà di domicilio, che emergono più forti le ragioni di inderogabilità della tutela, aprendo prospettive di incostituzionalità e, quindi, di inutilizzabilità di quel risultato probatorio, che si è formato attraverso la lesione di quei diritti di libertà.

L'osservazione della Grundnorm rivela che le garanzie dei diritti fondamentali dell'individuo non sono rimesse in via esclusiva al legislatore ordinario. Il che significa che «così esprimendosi (con la sentenza n. 34/73) la Corte (costituzionale) ha mostrato di fondare il proprio insegnamento, più che su specifiche regole di esclusione probatoria, desumibili da singole norme costituzionali, su considerazioni di ordine sostanziale connesse alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo»⁶⁵. Stando così le cose, l'incidente di costituzionalità, nella vicenda che ci occupa, denuncia il vizio della consolidata operazione di bilanciamento che si pone in contrasto, direttamente, con i parametri costituzionali lesi⁶⁶. Il giudice rimettente censura l'interpretazione dell'art. 191 c.p.p. ad opera della Corte di cassazione, perché incompatibile con i diritti di libertà di cui agli artt. 13 e 14 Cost., negando ad essi effettività.

Si ricorda che il diritto vivente è vincolante per il giudice comune nella sola ipotesi in cui la norma desunta dalla disposizione sia conforme ai parametri costituzionali e la relativa interpretazione sia idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale.

Il vincolo viene meno quando l'interpretazione consolidata è in contrasto con la Costituzione. Nell'ordinanza di rimessione si dà atto dell'indirizzo giurisprudenziale costituente diritto vivente, ma da esso deriva un'interpretazione censurabile, alla luce delle ragioni manifestate del dissenso. Esse tengono in debito conto la *ratio* sottesa all'art. 191 c.p.p., essendo questa una norma vol-

⁶⁵ GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, cit., 341.

⁶⁶ Con due ordinanze di tenore in larga misura analogo, del 3 ottobre 2017 (r. o. n. 14 del 2018) e del 12 dicembre 2017 (r. o. n. 93 del 2018), il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Lecce ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 13, 14 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 del codice di procedura penale, nella parte in cui - secondo l'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, assunta quale diritto vivente - «non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il 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».

ta a presidiare i diritti costituzionalmente garantiti, ricorrendo all'inutilizzabilità degli esiti probatori, come meccanismo di prevenzione delle violazioni di quei diritti strumentali all'acquisizione della prova.

I riverberi di rilievo costituzionale, espressi dall'art. 191 c.p.p., restano totalmente offuscati all'interno dell'attività interpretativa di bilanciamento messa a punto dalla Cassazione, con una tecnica argomentativa che parrebbe contenere uno sforzo di concettualizzazione (la tesi sull'invalidità derivata) e di affinamento di tale ragionamento giuridico, traducendosi, in realtà, nella riproposizione di una visione di retroguardia circa lo scopo del processo, identificato nel fine della ricerca della verità materiale.

Eppure, non vi è traccia, nel vigente codice di rito di una disposizione dello stesso tenore dell'art. 299 del codice del 1930 o dell'art. 190, co. 1, del codice del 1913, che legittimavano il giudice a compiere tutti gli atti necessari all'accertamento della verità materiale. L'assenza di una tale opzione legislativa attesta la volontà di eliminare un concetto rivelatosi storicamente pernicioso per la legalità processuale⁶⁷. Tuttavia, esso continua a condizionare l'atteggiamento culturale della giurisdizione, e non solo. Ne costituisce una chiara e pregnante esemplificazione l'assunto interpretativo delle Sezioni unite⁶⁸ secondo cui è valido il sequestro conseguente ad una perquisizione eseguita fuori dai casi e dai modi previsti dalla legge, qualora abbia ad oggetto il corpo del reato o cose pertinenti al reato, costituendo il sequestro un atto dovuto, ai sensi dell'art. 253, co. 1, c.p.p., che non potrebbe essere omesso dalla polizia giudiziaria a causa dell'abuso compiuto.

Abbiamo visto che molteplici sono gli argomenti di ordine testuale o sistematico dirimenti in senso contrario. Non a caso, il giudice rimettente aveva prospettato una soluzione costituzionalmente obbligata, ma la Corte ha ritenuto inammissibile la questione, perché procedendo ad un'eventuale declaratoria di incostituzionalità avrebbe - a suo dire - invaso la sfera riservata alle scelte del legislatore.

7. Le tecniche di bilanciamento. Eppure, affermare la validità probatoria di un atto, frutto di attività illecita, significa superare la valutazione della sua legittimità, mediante l'attribuzione di un significato 'autoritativo'. Il che fa apparire il diritto vivente avallato dalla Corte costituzionale: una forma illiberale di autoritarismo. Non è un fuor d'opera ricordarne le conseguenze, prima fra tutte, la ricerca della verità materiale ha per scopo la realizzazione della giustizia

⁶⁷ NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 1974, 41 ss.

⁶⁸ Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, cit.

sostanziale: una connaturale reciproca interdipendenza che non necessita di dimostrazioni⁶⁹. Ne discende che il giudice può indagare la verità dei fatti, senza alcun limite imposto dall'ordinamento; e una simile possibilità esiste solo se si abbraccia il modello di processo inquisitorio, in cui non esistono vincoli formali che si frappongano tra il giudice e l'accertamento del fatto. In quest'ottica, la libera valutazione delle prove è insofferente a qualsiasi limite, a qualsiasi ostacolo formale alla ricerca, tanto in ordine agli interessi di singoli, quanto a 'lacci' normativi. Ed è proprio l'identificazione del principio di verità materiale con quello del libero convincimento del giudice a postularne la assoluta libertà in tutto il settore delle prove.

Ora, in un modello processuale in cui il giudice era legittimato a compiere tutte le attività necessarie alla ricerca della verità materiale (art. 299 codice del 1930), l'operazione di bilanciamento tra ordine giuridico dell'accertamento e ricerca della verità materiale, poteva essere giustificata a favore della seconda, soltanto prima dell'entrata in vigore della Costituzione; oggi in un sistema multilivello dei diritti la stessa appare - francamente - obsoleta, irragionevole, e soprattutto in contrasto con la nostra Costituzione.

E non è un caso che la Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁰ abbia censurato una perquisizione compiuta senza alcun controllo giurisdizionale, specificando «di avere ammesso che, in alcune circostanze, il controllo della misura contraria all'articolo 8 effettuato dai giudici penali fornisce una riparazione adeguata per l'interessato, dal momento che il giudice procede ad un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti».

Ciò nonostante, la Corte costituzionale conferma il precedente giurisprudenziale della Corte di cassazione; ritenendo che esso sia giustificato dai dati normativi. A ben vedere, il vizio è proprio nell'attività di bilanciamento, in cui si sostanzia l'assunto interpretativo delle Sezioni unite.

È noto a tutti che con l'espressione bilanciamento o ponderazione⁷¹ si intende una tecnica argomentativa a cui si ricorre qualora vi sia una questione che non sia o non sembri direttamente regolata da una norma precisa.

Nella proiezione finalistica di riempire un vuoto, si tratta di una tecnica dalla

⁶⁹ TARUFFO, *La Prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 42.

⁷⁰ Corte EDU, 16 marzo 2017, *Modestou c. Grecia*; ma già Id., 10 aprile 2007, *Panarisi c. Italia*, n. 46794/99; Id., 30 maggio 2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, n. 32600/12. Da un punto di vista più ampio, in argomento, CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano-Padova, 2019, *passim*.

⁷¹ PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno resp.*, 3, 2003, 577.

natura bifronte, per un verso, sapienziale, in cui a prevalere è la componente equitativa delle esigenze che emergono nel caso concreto; e, per altro verso, formale che aspira, quanto meno, alla prevedibilità delle decisioni, emanate sulla base di norme generali e astratte. Se fosse veramente così, il bilanciamento sarebbe soltanto apparentemente incompatibile con la razionalità deduttiva propria del sillogismo giudiziale, rafforzando la propria legittimazione in una razionalità “sostanziale”, cioè, nella ricerca di un ordine oggettivo di valori, oppure in una razionalità scientifica o aritmetica a presidio della non arbitrarietà delle scelte.

L’esigenza di un’operazione di contemperamento si origina da una situazione di conflitto tra principi o diritti. Essa richiede che il conflitto sia tra diritti di pari rango, cioè, sia riconducibile a norme di pari dignità nell’ambito della gerarchia delle fonti di un ordinamento giuridico.

Ora, pur a voler ammettere, con riferimento all’operazione interpretativa compiuta dalle Sezioni unite, che la verità materiale abbia una rilevanza costituzionale, sia pure indiretta, attraverso il principio di non dispersione della prova, ben altra cosa è l’inviolabilità della libertà personale e della libertà domiciliare.

E se nel bilanciamento possono entrare anche gli interessi, ciò significa che vengono ponderate situazioni che non dovrebbero essere messe sullo stesso piano: i diritti o i principi costituzionali e gli interessi. Per questa via il rischio è duplice: da un lato, si espongono i diritti fondamentali a valutazioni di opportunità, dall’altro, gli stessi sono sottoposti a progressive erosioni, operate in via interpretativa. Ed è quello che è accaduto nel nostro caso: si è tutelato l’interesse, fuori dall’area di ammissibilità della limitazione, e sono stati sacrificati i diritti inviolabili.

A proposito delle diverse tecniche di ponderazione vi è chi parla di una gerarchia assiologica mobile⁷², in virtù del rilievo che il giudizio di valore si fonda sul caso concreto: quindi, bilanciare non vuol dire ponderare o trovare un punto di equilibrio, ma piuttosto comprimere un principio o un diritto a favore di un altro. Alla base di tale operazione vi sarebbe una duplice discrezionalità: la prevalenza di un diritto rispetto ad un altro a parere dell’interprete e la possibilità di rivedere tale ordine di preferenze per i casi futuri⁷³. La conseguenza non sarebbe evitabile neppure in una ricostruzione razionale del bilanciamento, esplicitando l’insieme delle caratteristiche rilevanti, in presenza

⁷² GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubb.*, 1998, 651-659

⁷³ MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un’intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 2005, 342-353

delle quali uno dei due principi in conflitto prevale sull'altro⁷⁴, enucleando, cioè, una regola di contemperamento, che sia suscettibile di generalizzazione⁷⁵.

A mio modesto avviso, il criterio, così individuato, ha l'effetto, soltanto in apparenza, di rendere tendenzialmente meno mobile l'esito della ponderazione e di dare ad essa la parvenza di un ragionamento procedurale⁷⁶.

Da qui il tentativo delle Corti volto ad individuare criteri che possano guidare preventivamente la soluzione di un conflitto tra diritti o principi, ma è proprio attraverso tale "affinamento", che si scorge l'operazione di politica giudiziaria, volta a limitare la sfera di tutela dell'inviolabilità dei diritti⁷⁷.

I rischi permangono anche all'interno di un bilanciamento definitorio, cioè, ricostruito come metodologia decisionale, sebbene esso si presti ad essere suscettibile di controllo e si presenti con margini, sufficientemente affidabili, di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Il problema si radica nell'oggetto dell'attività di ponderazione, che se coinvolge entità diverse non può che avere come epilogo uno sbilanciamento irragionevole.

Dunque, non è sufficiente a fungere da ago della bilancia l'identificazione di una regola che, fissate certe condizioni di applicazione, indichi la prevalenza dell'uno sull'altro o le modalità di coordinamento dell'esercizio di entrambi, perché resta il problema della mancanza di omogeneità tra gli elementi, che ne costituiscono l'oggetto.

La tecnica del bilanciamento definitorio⁷⁸, suscettibile di valere per i casi futuri, manifesta i vizi alla base della tecnica di bilanciamento *ad hoc*, quando si tratta di ponderare un diritto inviolabile con un interesse, sia pure a volerlo ritenere di rilevanza costituzionale.

La contraddizione non è superabile nemmeno ricorrendo alla concezione del bilanciamento come procedura razionale, teorizzata da Robert Alexy. Egli ricostruisce quest'operazione come parte dell'applicazione del più generale principio di proporzionalità alla luce dei corollari di adeguatezza, che comporta la verifica che un certo strumento, invasivo di un diritto fondamentale,

⁷⁴ ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna, 2012; ID., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, 131-144.

⁷⁵ BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62 e ss.

⁷⁶ Così, CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, a cura di Basciu, Milano, 2002, 101-142.

⁷⁷ MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 126.

⁷⁸ MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 18, 2002, 201-221.

sia adeguato o idoneo alla soddisfazione o protezione di un altro diritto fondamentale; della necessità, nel senso che la soddisfazione del diritto concorrente non possa essere realizzata con modalità alternative meno gravose; e della proporzionalità in senso stretto, cioè «quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di, o di interferenza con, un diritto, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro». Pur mancando in questa ricostruzione la visione unitaria del giudizio di bilanciamento, essa ha il pregio di presupporre l'omogenea entità degli elementi di ponderazione.

Va poi segnalato che nella letteratura costituzionalistica si parla anche di “delega di bilanciamento in concreto”⁷⁹: dove la delega a bilanciare caso per caso viene conferita dalla Corte costituzionale ai giudici comuni, indicando alcuni criteri di massima a cui dovrebbero ispirarsi.

È evidente, quindi, che siamo in un ambito in cui a dominare è il relativismo delle tecniche, relativismo tanto più pernicioso quando il conflitto ricorre tra entità disomogenee, come nella vicenda che ci occupa. Qui, il giudice non era chiamato a risolvere un'antinomia, perché il conflitto non riguardava due diritti inviolabili o un diritto ed un principio, bensì, da un lato, l'inviolabilità della libertà personale e del domicilio, e dall'altro, l'interesse alla verità materiale. Sicché ad essere mascherata sotto le spoglie della tecnica di bilanciamento vi era un'altra operazione, chiaramente, di tipo politico: affermare la visione efficientista o sostanziale della giustizia; e ciò è stato possibile grazie all'ampia discrezionalità, implicata dalla tecnica di ponderazione e all'uso che ne hanno fatto le Sezioni unite. «Ma a chi, se non alla Corte costituzionale, compete il potere di dire con chiarezza se le garanzie della libertà personale e del domicilio implicano o no, in caso di violazione, l'irrilevanza delle prove così ottenute?»⁸⁰. Appare evidente che la dichiarazione di inammissibilità sia stata la soluzione 'politica' più comoda.

Imboccata, però, la via dell'efficientismo si perde il senso del limite, direbbe Massimo Nobile. Degradata la persona ad oggetto, riaffiora il mito di una verità assoluta e correlativamente di uno sconfinato potere del giudice, rappresentato dal libero convincimento, come strumento essenziale alla realizzazione della pretesa punitiva dello stato. E quanto più ci si riferisce a un ideale processuale in cui soverchiante e preminente è l'interesse pubblico rispetto alla

⁷⁹ Cfr. BIN *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1992, 3574 ss.; SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3969-3972.

⁸⁰ FERRUA, *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1256.

tutela dei diritti del singolo, tanto più risulta potenziata la libertà del giudice, volta alla scoperta della verità materiale.
Dunque: tutto cambia perché nulla cambi!