

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

L'inutilizzabilità e il *male captum bene retentum*: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*

Il tema dell'invalidità derivata del vizio probatorio non può essere affrontato adagiandosi su orientamenti sedimentati. Occorre prendere consapevolezza che con l'art.191 c.p.p. si è fornito un indice ermeneutico del tutto incompatibile con il *male captum bene retentum*. Il rilievo deriva dalla semplice constatazione che dall'inutilizzabilità, quale vizio funzionale, deriva un divieto d'uso con conseguente impossibilità di ricavare dall'atto viziato momenti conoscitivi.

*Non-usability and male captum bene retentum:
old superstitions and new awareness*

The topic of the derivative invalidity of the evidentiary vice cannot be tackled by resting on sedimented guidelines. It is necessary to be aware that Article 191 of the Code of Criminal Procedure has provided a hermeneutic index that is completely incompatible with the *male captum bene retentum*. The remark derives from the simple observation that from the non-usability, as a functional defect, derives a prohibition of use with the consequent impossibility of deriving cognitive moments from the vitiated act.

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica - 2. L'inutilizzabilità quale vizio funzionale - 3. Le implicazioni costituzionali - 4. L'unitarietà del vizio - 5. Le ipotesi speciali del divieto d'uso quale mera specificazione della disciplina generale- 6. Inconciliabilità tra preclusioni valutative e *male captum bene retentum* - 7. Forme derivate del vizio ed inefficienza conoscitiva- 8. Sequestro e perquisizione tra antiche cristallizzazioni e recenti approdi- 9. Il presidio da prova incostituzionale - 10. Le deludenti scelte della c.d. riforma Cartabia - 11. Conclusioni.

1. *Premessa metodologica*. Qualsiasi osservatore dei fenomeni processuali che si trovi ad analizzare le dinamiche probatorie deve prendere atto che l'attuale disciplina codicistica svela una precisa ideologia di fondo. La prova, infatti, non viene disciplinata solo nei suoi aspetti regolamentari, quasi come fosse una mera e burocratica tecnica di accertamento ma, al contrario, attraverso la relativa disciplina vengono introdotte le regole a cui si deve adeguare un sapere legittimo. La decisione, quindi, deve essere "osservante" delle forme di accertamento; e ciò non solo per pervenire ad un risultato processuale spendibile ma anche perché quelle forme sono state ritenute dal legislatore le più idonee a garantire un giudizio di verosimiglianza.

*Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di CATALANO e FERRUA

¹ In genere sul tema della nascita dei sistemi normativi e degli obblighi che questi ultimi generano cfr. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, 7.

In sostanza, i modi conoscitivi assolvono ad una funzione euristica e nel contempo esprimono il rifiuto di un sistema probatorio «onnivoro nel quale solo entro spazi piuttosto angusti può ipotizzarsi l'accoglimento di una concezione della prova fondata sulla valorizzazione del criterio di acquisizione della stessa»². Di qui l'accoglimento di una concezione dialettica secondo cui l'acquisizione di un dato conoscitivo è valida solo in un determinato ambito rilevando a tal fine «le modalità di formazione, i soggetti che potranno intervenire, la qualità giurisdizionale della procedura»³. Emerge, quindi, la consapevolezza che la procedura ed il sistema probatorio non costituiscono uno strumento neutro, indipendente dai valori⁴, al contrario, risultano espressione dei principi costituzionali in quanto riflettono in modo immediato le scelte ideologiche del legislatore⁵.

In tale prospettiva l'introduzione, quale categoria generale, dell'inutilizzabilità della prova "acquisita" in presenza di divieti di legge assume un preciso valore ideologico. Con la scelta di campo legislativa si approda a precise opzioni di etica della legalità. Si prende contezza che il sapere giudiziale non è illimitato e deve sottostare alle regole "acquisitive". Ne discende una rimeditazione del rapporto individuo - autorità⁶ insito in ogni contesa processuale di natura pubblica⁷. E tale rapporto viene disciplinato dalla regola processuale che asurge in tal modo anche ad una funzione di limite del potere a tutela

² Così MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 46.

³ In tal senso NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 11.

⁴ Sul punto cfr. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, 184; si vedano altresì le acute considerazioni di GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 522 e 523, secondo il quale, storicamente parlando, per quasi due millenni il campo del dominio della verità è stato conteso fra la logica e l'etica. Pertanto il problema tecnico del processo sul tema della prova sfocia nel problema etico nel senso che il problema della verità non riguarda solo la conoscenza del fatto controverso ma anche la condotta delle parti.

⁵ Così esattamente BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 108.

⁶ Sul tema, sia pure analizzato in relazione alla libertà personale, si rimanda ad AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 323.

⁷ Spesso le attività processuali legittime si distinguono dagli atti illeciti solo per il rispetto delle forme. Queste, infatti, costituiscono fonti attributive di un potere ed in mancanza delle stesse quella stessa attività può addirittura costituire reato. Sul tema si rimanda a NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi"?*, in *Crit. dir.*, 1994, 67, dove si afferma che «è davvero ineccepibile l'apparente provocazione con cui il mio insegnante iniziò il suo corso universitario, lì per lì turbando non poco noi studenti: ciò che distingue la violenza del bandito o del giustiziere da quella del poliziotto è la divisa».

dell'individuo. Ma con specifico riferimento al tema probatorio emerge come i modi del sapere contano almeno quanto il risultato a cui conducono⁸. E sul punto non è un caso che le opzioni normative riconoscano come “giusta” la decisione nella misura in cui la medesima si fonda su momenti conoscitivi legittimamente fruibili in sede processuale⁹. Ne discende che l'inutilizzabilità assume il ruolo di “indice di sistema”; pertanto ogni questione concernente la valutazione di un risultato probatorio non può essere risolta sulla base di pregressi criteri interpretativi dovendo gli stessi adeguarsi al mutato quadro di disciplina espressione di un comando giuridico che pone la legalità della prova ad elemento presupposto del legittimo accertamento¹⁰.

2. *L'inutilizzabilità quale vizio funzionale.* Nella delineata prospettiva, qualsiasi approccio tendente a valutare gli effetti dell'inutilizzabilità deve partire dalla consapevolezza che si è di fronte ad un vizio funzionale che per sua natura si sottrae agli elementi identificativi tipici delle invalidità.

L'art. 191 c.p.p., infatti, inserisce nel sistema un divieto d'uso del risultato conoscitivo acquisito in presenza di un divieto di legge. Si è al cospetto di una fattispecie caratterizzata da una vasta capacità di incidenza che la rende insofferente ad ogni forma di inquadramento dogmatico¹¹. Basti pensare che le note dell'inefficacia e dell'imperfezione non sempre definiscono la varietà delle evenienze del divieto d'uso in quanto il medesimo talvolta si sottrae alle catalogazioni in discorso «componendo costruzioni nelle quali, in ordine apparentemente contraddittorio, convivono elementi di segno diverso all'insegna di una compatibilità artificiale ma non stridente»¹². Ed è proprio la poliedricità degli aspetti che caratterizza un istituto adattabile ad una molteplice-

⁸ Sul punto si rimanda a CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, Milano, 1966, 220, dove si specifica che «giudicare un nostro simile è impresa terribile che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè il modo in cui agisce conta più del risultato. Si possono immaginare un processo dal quale, comunque le cose vadano, la civiltà riesce umiliata ed un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori».

⁹ Consente tale affermazione non solo l'art. 191 c.p.p. ma anche l'art. 526 del medesimo codice laddove prescrive che «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite».

¹⁰ Per una tale impostazione sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 15.

¹¹ Nel senso prospettato, si rimanda alle acute considerazioni di GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 1.

¹² Così ancora, GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 3.

cità di situazioni ad evidenziarne la pluralità delle ipotesi allo stesso riconducibili.

L'opzione legislativa di prevedere una specifica sanzione a tutela della legalità della prova e della legittimità del sapere giudiziale evidenzia la volontà di superare la tradizionale schematizzazione "validità-invalidità" dell'atto processuale, sostituendosi ad essa quella relativa alla conformità o non conformità allo schema legale e così ricomprendendosi in quest'ultima sia l'invalidità che l'inutilizzabilità. Essa, infatti, non si limita ad affiancarsi alla prima ma la supera ponendo in essere uno specifico strumento di garanzia in forza del quale l'atto, con i dati conoscitivi che veicola, non può assumere alcun ruolo nell'ambito dell'accertamento. Ne discende quindi una diversa struttura della sanzione in forza della quale l'esigenza della legalità della prova assume un ruolo preponderante nell'acquisita consapevolezza dell'inadeguato presidio garantito dalla nullità¹³. A differenza di questa, l'atto inutilizzabile non consente di "conservare" effetti primari o di realizzare "fattispecie sostitutive"¹⁴; lo stesso è improduttivo di ogni forma di conoscenza e si pone in termini di incompatibilità con il principio di conservazione degli atti giuridici imperfetti.

Non è quindi un caso che, nell'introdurre l'inutilizzabilità della prova, il legislatore abbia inteso prevedere una disciplina a parte che non si confonda con l'invalidità. Ed in effetti, salvo quanto si specificherà in seguito¹⁵, il divieto d'uso può riguardare anche un atto che, almeno nella sua genesi, non risulta difforme dallo schema legale e che, ciononostante, non può essere utilizzato in certe circostanze ed a certi fini¹⁶.

Il contenitore dell'atto inutilizzabile comprende sia la trasgressione di un divieto che l'inosservanza di un limite¹⁷; in esso, quindi, convivono le evenienze dell'atto imperfetto talora idoneo a produrre effetti¹⁸ con l'atto perfetto ma

¹³ Sul tema sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 42.

¹⁴ Sul punto si rimanda ai sempre attuali insegnamenti di CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, rist., 1972, 34.

¹⁵ V. infra § 4.

¹⁶ Si pensi alle evenienze di un atto valido che non può essere utilizzato in certe fasi o con riferimento a certi soggetti.

¹⁷ Per una profonda analisi dei rapporti tra potere e limite costituenti un'endiadi solo per la povertà del linguaggio, cfr. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 642.

¹⁸ Si consideri l'art. 360, comma 5, c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità, agli effetti del giudizio, dei risultati dell'accertamento tecnico non ripetibile espletato nonostante l'insussistenza di una situazione di indifferibilità, ovvero in presenza di una riserva di promuovere l'incidente probatorio formulata dalla perso-

ininfluente¹⁹. A tali ipotesi si aggiungono le situazioni facenti capo ad atti perfetti ma utilizzabili in via relativa²⁰ o ad atti perfetti ma sottoposti ad un limite di utilizzabilità ricavato altrove²¹, o ancora ad atti la cui imperfezione può essere stabilita solo in via successiva in forza di una valutazione giudiziale²² che sancisca il limite di utilizzabilità²³.

Quel che sembra venire in rilievo non è tanto la corrispondenza dell'atto alla fattispecie astratta, ma la proiezione d'uso che di quell'atto si intende fare. In sostanza, sembra potersi affermare che la distinzione tra invalidità ed inutilizzabilità risiede nella focalizzazione del momento statico e dinamico della garanzia. Mentre l'invalidità presidia il ricorrere dei presupposti legali necessari per la realizzazione dell'atto secondo i parametri dello schema legale per esso previsto, l'inutilizzabilità garantisce che nel momento dinamico del procedimento, costituito dalla progressione verso l'accertamento, sia interdetta la valutazione di quelle risultanze che non siano rispondenti «ai parametri normativi necessari per essere riconosciuti utili ai fini della formazione della decisione rispetto alla quale essi si atteggiano come mezzi a scopo»²⁴. Del resto, la valenza dell'inutilizzabilità non può essere circoscritta ritenendola vizio tipico della prova e non dell'atto, posto che i limiti d'uso non sono riferibili solo alla prova in sé ma anche ai suoi risultati trasferiti in un atto in ordine al quale pure è da ritenersi operativo il limite di valutazione.

Sul punto occorre, però, una specificazione²⁵. Se è vero che l'atto inutilizzabile può non attenere alla mancata corrispondenza alla fattispecie astratta, è del

na sottoposta ad indagini. Sul tema, v. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 241; VOENA, *Attività investigative ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, 47.

¹⁹ Basti pensare ai limiti di utilizzo dibattimentale dell'atto d'indagine ripetibile. Sul punto cfr. NOBILI, *Il regime di utilizzabilità degli atti a natura probatoria*, in *Contributi allo studio del nuovo processo penale*, MELCHIONDA (a cura di), Rimini, 1989, 109; FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, I, Torino, 1990, 79.

²⁰ Si pensi, senza pretese di completezza, agli artt. 26, 63, 350, 403, 430, 513, comma 1, c.p.p.

²¹ Il riferimento è all'art. 729, comma 1, c.p.p. laddove prevede che se lo Stato estero pone «condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni».

²² Cfr. art. 42, comma 2, c.p.p.

²³ Sul tema, per ulteriori approfondimenti, si rimanda a GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 20.

²⁴ Così NORMANDO, in DALIA - NORMANDO, *Nullità degli atti processuali*, II, (*Dir. proc. pen.*), in *Enc. giur.*, Roma, XXI, 1990, 24.

²⁵ Il riferimento non è solo al rapporto che può instaurarsi tra prova e sentenza, ma anche alla possibilità che quest'ultima, ai sensi degli artt. 238 *bis*, 651, 652, 653, 654 c.p.p. possa divenire autonomo elemento conoscitivo apprezzabile nella realtà giudiziaria. Simile discorso può realizzarsi anche con riferimento

pari vero che nulla esclude l'individuazione di un atto inutilizzabile avuto riguardo alla sua difformità dallo schema legale previsto per un particolare tipo di prova.

In sostanza, quel che deve cogliersi è che il divieto d'uso dell'atto probatorio agisce ad "ampio spettro", riguardando sia le difformità legali genetiche, sia le difformità delle proiezioni di utilizzo del dato conoscitivo.

Questa, del resto, è la naturale conseguenza delle caratteristiche del procedimento probatorio²⁶. Nel momento in cui si pone a presidio dello stesso una sanzione di garanzia, la medesima deve tutelare non solo il momento genetico della formazione della prova, ma anche quello acquisitivo e valutativo.

Pertanto l'inutilizzabilità, a differenza dell'invalidità, non si caratterizza solo per la tutela del rapporto perfezione-efficacia²⁷, arrivando a presidiare la legalità dell'accertamento giudiziale.

Basti pensare all'art. 526 c.p.p.. In quella sede, il divieto d'uso si pone quale sanzione procedimentale che colpisce non solo gli atti probatori bensì, soprattutto, il loro contenuto conoscitivo.

Si realizza, così, una categoria di vizio dell'atto diversa dall'invalidità. Infatti, a fianco della tradizionale sanzione espulsiva di quest'ultima ed in particolare della nullità, se ne aggiunge una di natura interdittiva²⁸.

Mentre l'atto invalido, dichiarato tale, viene eliminato dalla sequenza del procedimento, l'atto inutilizzabile continua ad esistere ma viene collocato in uno stato di paralisi che ne garantisce l'improduttività di ogni effetto conoscitivo, fatte salve, ovviamente, le eccezioni determinate dalla "disponibilità" del diritto alla formazione della prova. Sul punto però occorre essere chiari: la prova consensuale non può fungere da sanatoria di un vizio insanabile. Qui la disponibilità è evocata non per rendere fruibile un atto inutilizzabile ma per consentirne l'apporto conoscitivo a favore dell'imputato. La soluzione trae origine non solo da coordinate di sistema che valorizzano la funzione di ga-

alla disciplina della trasmigrazione di prove da altro procedimento. Conclusione, questa, accentuata dall'operatività di quella disciplina, sia pure con minime varianti individuate dall'art. 78 disp. att. c.p.p., anche avuto riguardo ai procedimenti stranieri.

²⁶ Sull'argomento cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 52; con riferimento alla nozione di procedimento in genere, cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, rist., 1982, 124.

²⁷ Sulla dinamica delle possibili correlazioni tra perfezione ed efficacia del fatto giuridico processuale, cfr. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 19.

²⁸ In tal senso, ancora, NORMANDO, in DALIA - NORMANDO, *Nullità degli atti processuali*, II, (*Dir. proc. pen.*), cit., 24.

ranza dell'inutilizzabilità ma anche da precise opzioni normative anche di natura costituzionale. Per convincersene si pensi all'art. 111 comma 4 Cost. laddove prescrive che solo «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Regola normativa ribadita anche dall'art. 526 comma 1 bis c.p.p. a riprova del fatto che il legislatore non esclude la fruibilità del dato conoscitivo illegittimo se utile a dimostrare l'innocenza²⁹.

3. *Le implicazioni costituzionali.* Piaccia o no, l'art. 191 c.p.p. introduce un limite di conoscenza che origina dal recepimento di una concezione legalistica delle condizioni di legittimità dell'intero procedimento probatorio. L'introduzione di un divieto generale di utilizzabilità dei dati conoscitivi svela l'acquisizione di una concezione del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche, ma i modi di produzione della verità³⁰. Il fine del processo, infatti, non è soltanto la scoperta del vero o la difesa della società, ma è anche e soprattutto il fatto che la lotta contro il crimine sia condotta «in un certo modo, secondo un certo rito, con l'osservanza di certe regole»³¹.

E non è inutile segnalare come l'opzione ideologica sia imposta anche dalla consapevolezza che essa costituisce un valore in quanto in grado di tutelare da degenerazioni decisorie attraverso il presidio di limiti conoscitivi per il giudi-

²⁹ Sull'argomento v. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 170, laddove desume l'efficacia *in utilis* delle prove invalide - sia ammissibili ma erroneamente acquisite sia inammissibili - dal principio generale cristallizzato nell'art. 152 c.p.p. abrogato. Si tratterebbe, in tal caso, non tanto di un divieto probatorio «quanto di una regola legale decisoria che vieta al giudice d'assumere certe acquisizioni a premessa di una condanna; in tal modo, si attenuerebbe la contraddizione insita nella figura di una prova inammissibile e, tuttavia, processualmente rilevante, sia pure in *bonam partem*». Sia pure attraverso diversi percorsi argomentativi, il principio è stato ribadito in sede giurisprudenziale. Si è infatti riconosciuto che «la sanzione della inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. è posta a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove a carico illegittimamente acquisite contro divieti di legge; ne consegue che tale inutilizzabilità non può essere ritenuta al fine di ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa che, invece, deve essere considerato e discusso secondo i canoni logico razionali propri del processo». Così Cass., Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 17694 in *Cass. pen.*, 2018, 4302; Id., Sez. V, 25 giugno 2021, n. 32465; Id., Sez. IV, 26 novembre 1996, Usai, in *Cass. pen.*, 1998, 2420; cfr. Id., Sez. un., 09 ottobre 1996, Carpanelli, *ivi*, 1997, 2428.

³⁰ Sul tema si rimanda a DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Studi in onore di Giuliano Vassalli, cit., 221.

³¹ Così NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 24.

ce³². Si è quindi al cospetto di una precisa scelta in forza della quale all'etica del risultato si sostituisce quella della legalità dell'accertamento³³. Soluzione questa imposta anche dal mutato assetto costituzionale. L'art. 111 Cost. infatti eleva a rango costituzionale non il solo contraddittorio tra le parti in genere ma «il contraddittorio nella formazione della prova». Ne è ulteriore dimostrazione il fatto che l'art. 111, comma 2, Cost. riconosce alla parte la facoltà «di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa...».

Non può immaginarsi che il costituente abbia voluto assegnare al contraddittorio nella formazione della prova un ruolo così rilevante ai fini della realizzazione del giusto processo per poi non tutelare la legalità della prova su cui si svolge il contraddittorio. In tale prospettiva è da ritenere che la legalità della

³² Sul valore delle forme processuali con particolare riferimento al metodo probatorio v. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, III, Prato, 1886, 215, dove si precisa che la prova è sempre un atto legittimo tanto nell'ipotesi di prova legale quanto in quella di prova libera o "morale". Nel primo caso si tratterà di atto legittimo nella sostanza e nella forma, nel secondo di un atto legittimo nella forma e razionale nella sostanza.

³³ Sul punto si rimanda ancora a CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in *Ideologia del processo penale*, cit., 220.

Appare evidente che la pace sociale di un paese non può prescindere dalla legittimazione che i consociati riconoscono alla giustizia. E tale legittimazione non la si raggiunge solo attraverso l'adozione del "responso" ma anche e soprattutto attraverso il rispetto delle regole attraverso cui si perviene alla decisione. Qualunque gruppo organizzato, infatti, gestisce il conflitto tra il dovere di giudicare ed eventualmente punire comportamenti vietati e la consapevolezza dell'impossibilità di pervenire ad una verità assoluta attraverso le regole del sapere processuale che, sia pure nella loro diversità causata da molteplici e variegati contesti storici e culturali, esprimono comunque quello che viene ritenuto il modo migliore per avvicinarsi alla verità. Solo in tal modo la società civile accetta la decisione come "vera" e lo stesso destinatario della pronuncia, partecipando al modo di produzione della medesima, di fatto accetta se non il verdetto, almeno la regolarità delle forme che lo hanno prodotto. In tale direzione cfr. volendo DINACCI, *Segreto, informazione e processo equo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1251; sul tema v. pure le brillanti argomentazioni di GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 59, dove si precisa che «la credibilità e la funzione di "collante" culturale della giurisdizione poggiano su una circolarità virtuosa, che in termini elementari potrebbe essere così riassunta: il potere legislativo fissa le regole della convivenza e il procedimento per accertarne la violazione; un organo "terzo", a ciò preventivamente deputato per legge, applica le norme nel caso concreto; la collettività controlla il modo in cui si amministra giustizia in suo nome e lo valuta, in genere orientata dalla propria élite culturale, cioè dalla "sfera pubblica", intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica (Habermas, Pizzorno); se insoddisfatta, la collettività cambia - per il tramite dei suoi rappresentanti politici - le regole che fissano i comportamenti di tollerabile disvalore sociale o il procedimento per accertarne la commissione. Si riattiva così il moto circolare che esprime la vitalità democratica e civile di un Paese».

prova sia sotto il profilo genetico che funzionale risulti attratta nella tutela del contraddittorio che postula. Pertanto anche sotto questo differente profilo non può dubitarsi che il contraddittorio per la formazione della prova illegittima, ledendo uno dei “diritti fondamentali del cittadino”, comporta un’inutilizzabilità del risultato conoscitivo in quanto acquisito in violazione dei principi costituzionali.

Emerge, dunque, la necessità di una lettura ampia dell’art. 191 c.p.p. posto che esso è diretto a garantire «il rispetto della legalità della prova anche allorché il suo procedimento acquisitivo ha assunto non solo connotazioni diverse da quelle consentite, ma la difformità è rivelatrice di una lesione concreta o potenziale dei diritti soggettivi, oggetto di specifica tutela costituzionale»³⁴. L’inutilizzabilità si pone quindi come la trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto. Pertanto la rappresentazione «formale ed esplicativa [...] che la contrassegna sotto il profilo assiologico [...] è quella di giudizio di riprovazione per l’illegalità costituzionale della prova»³⁵.

Non è un caso, quindi, che l’art. 191 c.p.p. costruisca il vizio in termini “funzionali” comprendenti non solo la mera staticità dell’atto ma l’intero divenire del procedimento probatorio³⁶ pervenendo a precludere la sua funzione conoscitiva.

4. *L’unitarietà del vizio*. Né quest’ultima può atteggiarsi diversamente a seconda della causa che ha originato l’inutilizzabilità. Se è vero che può aversi inutilizzabilità tanto a fronte di un atto formato *contra legem*, quanto in relazione ad un atto regolarmente formato ma con i limiti di utilizzo in relazione ai soggetti od alla fase del procedimento, non pare discutibile che in ambedue le ipotesi si sia comunque in presenza di un divieto probatorio, da un lato,

³⁴ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139.

³⁵ Così PIERRO, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 165.

³⁶ In genere sulla nota della procedimentalità v. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 121 e ss., il quale la inquadra nella categoria della fattispecie complessa a formazione progressiva in cui i relativi atti sono in rapporto di implicazione e collegati l’uno all’altro in vista di un effetto. Quanto affermato conduce a precise conseguenze ove si consideri che l’art. 191 c.p.p. fa riferimento alle prove “acquisite” in presenza di un divieto di legge. Il riferimento al momento acquisitivo evidenzia la volontà di comprendere nella tutela del vizio l’intera dinamica probatoria. Pertanto il divieto di legge non sarà riferibile solo alla prova *ex se* ma anche e soprattutto ai modi acquisitivi della medesima, i quali, laddove illegittimi, ne precludono ogni momento valutativo.

conseguente alla violazione dello schema legale previsto per la formazione dell'atto probatorio e, dall'altro lato, di tipo funzionale o soggettivo.

La nozione di divieto, pertanto, non è esclusiva dell'atto probatorio formato *contra legem*, bensì anche di quello realizzato *secundum legem*. In sostanza, la previsione del divieto di legge, come è stato condiviso anche in sede giurisprudenziale³⁷, «rappresenta il *quid novi* dell'attuale sistema probatorio e modifica sensibilmente – rispetto al passato – il rapporto tra valutazione ed acquisizione dell'atto probatorio, ponendosi quale termine intermedio nel procedimento probatorio che interagisce con il momento di valutazione della prova»³⁸.

In tale prospettiva, l'utilizzabilità come delineata dal diritto positivo «è condizione legale per l'integrazione della fattispecie e per la determinazione delle relative conseguenze in vista del prodursi dell'effetto giuridico consistente nella legale ricostruzione del fatto storico del *thema decidendum*»³⁹.

Così, in mancanza della condizione di utilizzabilità, il fatto antecedente d'acquisizione, pur rimanendo idoneo, risulterebbe «paralizzato nella sua rilevanza probatoria affinché da potenziale diventi operante»⁴⁰.

Appare quindi del tutto fuorviante sul piano interpretativo la distinzione degli effetti della inutilizzabilità a seconda che derivi da un difetto di contraddittorio o da un vizio della prova⁴¹. Infatti, quel che conta è che sia stato violato un divieto di legge. E da qui non possono conseguire, in mancanza di una espressa previsione, diversi effetti a seconda della causa che ha dato origine alla inutilizzabilità. Sul punto gli atteggiamenti operativi tendenti a distinguere

³⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. pen.*, 1998, 1951; Id., Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi, in *Cass. pen.*, 1999, 112.

³⁸ Così BARGI, *L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di Cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 387.

³⁹ In tal senso ancora BARGI, *L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di Cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 387.

⁴⁰ Per tale precisazione, cfr. ulteriormente BARGI, *L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di Cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, cit., 393.

⁴¹ Per una prospettiva di metodo che accede ad una forte classificazione dei "tipi" d'inutilizzabilità cfr., sia pure con diversità di soluzioni interpretative, APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, 80 e CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 34.

tra inutilizzabilità fisiologica, patologica⁴² oppure relativa o assoluta⁴³ hanno l'esclusivo fine di eludere l'efficacia del vizio facendo divenire relativo ciò che l'ordinamento descrive come assoluto⁴⁴. Si tratta, all'evidenza, di una forgia giurisprudenziale di natura extranormativa che si risolve in un momento creativo del diritto non consentito dal principio di legalità processuale⁴⁵.

Quel che sembra sfuggire è l'imperatività del dato normativo che descrive il "divieto d'uso" comunque quale conseguenza di una patologia. Ed anzi, quando la medesima dovesse discendere da un *deficit* di contraddittorio tanto più deve essere considerata rilevante anche in ragione della copertura costituzionale della materia. Ne deriva che le varie cause di inutilizzabilità producono un effetto unitario e pertanto la previsione dell'art. 191 c.p.p. ne diventa la disciplina di riferimento. Il rilievo trova conferma nella semplice analisi dei rapporti intercorrenti tra gli artt. 191 e 526 c.p.p.. Basti considerare che l'art. 526 c.p.p., pur riferendosi ad ipotesi di *deficit* di contraddittorio, ha una portata operativa che non si differenzia da quella di cui all'art. 191 c.p.p. Quest'ultimo, infatti, è idoneo a coprire anche la violazione del contraddittorio e non pare possa limitarsi il campo d'azione dell'art. 526 c.p.p. alle violazioni probatorie verificatesi nel corso del dibattimento. Tale lettura potrebbe apparire autorizzata dalle stesse delimitazioni lessicali della norma che finalizzano il divieto ai fini della deliberazione. Tuttavia, è noto come il formarsi della decisione possa implicare anche l'utilizzo di atti realizzati nelle precedenti fasi del procedimento. Si pensi al regime della lettura ogniqualvolta lo

⁴² V. Sez. un., 21 giugno 2000 n. 16, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259.

⁴³ Cfr. tra le tante Cass., Sez. V, 26 settembre 2013, n. 8367, C., in *CED Cass. pen.*, 2014, rv. 259036, laddove si è precisato che «l'inosservanza del divieto di cui all'art. 149 disp. att. c.p.p. - per il quale il teste da escutere non deve comunicare con le parti - non comporta l'inutilizzabilità della testimonianza, ex art. 191 c.p.p., il quale concerne esclusivamente le prove illegittimamente acquisite. La violazione di una qualsiasi norma che detti regole per l'assunzione della prova può comportare una irregolarità che, avuto riguardo alla sua natura e gravità, può determinare la nullità assoluta o relativa, secondo il principio di tassatività, ex art. 177 c.p.p., conseguenza che, tuttavia, non può derivare dall'inosservanza del divieto di cui all'art. 149 disp. att. c.p.p., trattandosi di norma regolamentare cui non è collegata alcuna sanzione processuale».

⁴⁴ Emblematica in tale direzione è l'affermazione secondo cui «l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini non è rilevabile d'ufficio, ma soltanto su eccezione di parte immediatamente dopo il compimento dell'atto o nella prima occasione utile, con la conseguenza che non può essere dedotta per la prima volta nel giudizio di illegittimità». Così Cass., Sez. I, 1 febbraio 2019, n. 11168 in *CED Cass. pen.*, 2019, rv. 274996.

⁴⁵ Condivide tale impostazione PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 209, nota 21.

stesso consenta un “recupero”, ai fini di un qualsivoglia convincimento giudiziale⁴⁶, dei dati conoscitivi acquisiti in momenti antecedenti al dibattimento. In tale evenienza, nessuno dubita che l’art. 526 c.p.p. funga da sbarramento ad ogni tipo di utilizzo di atti probatori compiuti in violazione di un divieto di legge anche nelle fasi che precedono il dibattimento. Si delinea, in tal modo, un ruolo dell’art. 526 c.p.p. quale estrinsecazione operativa del divieto di cui all’art. 191 c.p.p. La conclusione si pone, peraltro, in linea con la volontà del legislatore. Quest’ultimo consapevolmente andava a modificare la corrispondente norma del progetto preliminare del 1978, che limitava il divieto di utilizzo alle prove diverse da quelle «acquisite al dibattimento»⁴⁷. A tale formulazione veniva aggiunto nel progetto preliminare al codice del 1988 l’avverbio “legittimamente”. Tale modifica veniva giustificata dalla relazione al progetto preliminare sul rilievo che «nella legge delega del 1987 la disciplina dell’inutilizzabilità degli atti al dibattimento è stata materialmente precisata ed ha, perciò, trovato una trattazione analitica e diffusa»; conseguentemente, il testo dell’attuale art. 526 c.p.p. «ha assunto una funzione di mero rinvio alle norme che disciplinano l’inutilizzabilità e l’acquisizione degli atti istruttori nel dibattimento. L’aggiunta dell’avverbio legittimamente completa la disciplina con un opportuno richiamo all’essenzialità delle forme in punto di prova»⁴⁸. Ma, quel che più illumina sulla volontà legislativa che si è perseguita con l’attuale formulazione dell’art. 526 c.p.p. è la relazione al progetto definitivo, laddove si è precisato essersi scelto di non operare alcun riferimento al concetto di nullità, posto che «la sanzione di inutilizzabilità era già delineata in via generale dall’art. 191 che rende sufficientemente chiaro il trattamento del vizio»⁴⁹. Si ha, quindi, *expressis verbis* la riprova di come l’inutilizzabilità del

⁴⁶ Dovranno includersi nella valutazione della legittimità dell’atto probatorio non solo le previsioni di lettura dibattimentale che consentono una piena fruibilità dell’atto di indagine (v. art. 500 comma 4, 511, 511 bis, 512, 512 bis, 513 comma 4 e in certe condizioni 513 comma 1 c.p.p.) ma anche quelle dichiarazioni lette ai soli fini di contestazione ed utilizzabili unicamente per valutare la “credibilità” del teste (art. 500, comma 2, 503 comma 4 e 238, comma 4, c.p.p.).

⁴⁷ «Con l’articolo 498 si è voluta fissare una limitazione del materiale probatorio utilizzabile ai fini della deliberazione; il giudice non può porre a fondamento della sentenza prove raccolte fuori dal dibattimento. Si è inteso in tal modo sradicare la prassi attuale che consente di fondare la decisione su atti istruttori di cui non è stata data lettura nel dibattimento. Il divieto di utilizzare prove acquisite *contra legem* discende dall’art. 182». Così la *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in CONSO - GREVI - NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 425.

⁴⁸ Così *Relazione al progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, 61.

⁴⁹ In tal senso *Relazione al testo definitivo del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, 181.

dato probatorio si caratterizzi per una *reductio ad unum* nella previsione generale dell'art. 191 c.p.p.

Emerge quindi come l'indebito ed artificiale frazionamento di una categoria che il legislatore vuole "unitaria" conduca ad una relativizzazione di un vizio contemplato come assoluto. Così facendo, però, si lavora al di fuori dell'oggettività della norma giuridica e si disperde quella necessaria esigenza di certezza del diritto ancora più avvertita nella misura in cui si controverte su di una norma di garanzia.

Ciò che sembra sfuggire è la consapevolezza che con la previsione di una categoria generale di inutilizzabilità dei risultati conoscitivi proveniente da esperimenti probatori acquisiti in presenza di un divieto di legge si sia data la stura ad una vera rifondazione del diritto alla prova che ha completamente ribaltato, sul punto, i riferimenti ideologici e culturali del sistema⁵⁰. Questo ha riformato il regime della prova come un insieme coerente di valori⁵¹ e quindi l'interpretazione delle singole norme deve sempre essere ricondotta all'unità formale e sostanziale del sistema⁵². Disancorando il dato normativo dalla totalità degli interessi giuridici di cui fa parte, lo stesso risulterebbe indecifrabile in quanto i valori espressi dalle singole norme confluiscono nella sintesi complessiva dei valori fondamentali dell'ordinamento; è necessario, in altre parole, decifrare i codici ermeneutici che assicurano la comprensione dei significati interni di un sistema⁵³.

⁵⁰ Sui modelli culturali sottesi all'attuale codice di rito penale cfr., per tutti, DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in *Il nuovo processo penale: dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, 19; RICCIO, *Introduzione allo studio dei diritti procedurali nel processo penale*, in Appendice II a RICCIO - DE CARO - MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 228, il quale osserva, giustamente, che «la riforma del codice di procedura penale [...] muove dalla constatazione di una complessiva disarmonia tra il codice di procedura penale firmato da Rocco nel 1930 e la nostra Costituzione» e che «[...] lo scarto tra codice del 1930 e garanzie dell'individuo ha prodotto uno sforzo costante per eliminare il divario tra legalità, legittimità e giustizia nel processo penale».

⁵¹ Sul tema cfr. le acute considerazioni di PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 72.

⁵² La stretta implicazione tra proposizioni normative e sistema è da tempo sottolineata dalla dottrina. Cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 457; FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia del diritto)*, ivi, Milano, XXX, 1980, 639; MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 678.

Per la distinzione, di matrice strutturalista, tra sistema interno e sistema esterno, v. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, 38 e 113; MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984, 214.

⁵³ Sull'argomento cfr. ECO, *La struttura assente*, Milano, 1980, 15; TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 42, nota 61.

5. *Le ipotesi speciali del divieto d'uso quale mera specificazione della disciplina generale.* Osservanti di tale criterio metodologico occorre farsi carico di quelle opzioni normative in cui il legislatore, nel dichiarare l'inutilizzabilità di un risultato conoscitivo, si premura espressamente di specificarne la portata.

Il riferimento è all'art. 103, comma 7, c.p.p. dove espressamente l'inutilizzabilità viene collegata ai "risultati"; all'art. 202, comma 5, c.p.p. in cui si prevede il divieto di utilizzazione anche "indiretta" dei risultati illegittimamente acquisiti⁵⁴; all'art. 359 *bis*, comma 3, dove si precisa che l'inutilizzabilità attiene alle "informazioni acquisite"; all'art. 729, comma 3, c.p.p. dove si esplicita che «non possono essere utilizzate le dichiarazioni aventi ad oggetto il contenuto di atti inutilizzabili» ed infine all'art. 191, comma 2 *bis*, c.p.p. laddove si prevede che le dichiarazioni o le informazioni ottenute «mediante il delitto di tortura non sono utilizzabili salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

Va subito segnalato come in tale ultima evenienza si sia al cospetto di fonti conoscitive erogate da un soggetto a cui si è azzerata ogni consapevolezza volontarietà dell'atto; situazione questa che va ben oltre il limite della libertà di autodeterminazione espressamente tutelato a pena di inutilizzabilità dell'art. 188 c.p.p. In effetti la coartazione psichica assoluta che deriva da un atto di tortura conduce a ragionare in termini di inesistenza giuridica⁵⁵. Ed è proprio tale

⁵⁴ Secondo Corte cost. 10 aprile 1998, n. 410 mentre l'opposizione del segreto non impedisce al pubblico ministero di indagare «sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso», ha invece «l'effetto di inibire alla autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti da segreto». Inoltre, il «divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti dal segreto di Stato sia in via diretta, per fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, in quanto le eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziata dalla illegittimità della loro origine» (Corte cost., 16 dicembre 1998 n. 410 su cui BONZANO, *Il segreto di stato nel processo penale*, Padova, 2010, 107 e ss). Sul tema, v. anche Corte cost., 16 dicembre 1998, n. 110 e Corte cost., 3 aprile 2009, n. 106. In ordine a Corte cost., 13 febbraio 2014, n. 24, v. BONZANO, *La Consulta alza il "sipario nero": alla ribalta la deprecabile confusione normativa tra prova e fatto*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1.

⁵⁵ È noto come l'inesistenza quale figura spuria si delinea attraverso componenti convenzionali. Ed infatti scontata una sorta di ipertrofia del concetto, l'idea che l'atto inesistente può solo sagomarsi approssimativamente ne tradisce il carattere empirico dell'analisi gnoseologica [in tale direzione CORDERO, *L'"inesistenza" della decisione giudiziaria (rilevi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 602]. Per una ricostruzione dell'atto inesistente fondata su quella «zona di irregolarità che resta fuori dall'ambito di efficacia delle sanatorie» cfr. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, 743; su tale scia si è puntualizzato che l'ambito di operatività dell'inesistenza debba trovare un parametro di sbarramento nella disciplina della

consapevolezza che ha indotto, evidentemente, il legislatore a salvaguardare un'efficacia probatoria solo per dimostrare la responsabilità per il reato di tortura. In sostanza mutuando il linguaggio del giudice delle leggi si è in presenza di «un massimo di illegalità dell'atto probatorio [...] a cui deve corrispondere una equivalente estensione dell'area di inutilizzabilità processuale»⁵⁶.

Ma, a prescindere dalla specificità dell'evenienza analizzata, non pare che l'opzione normativa di specificare solo in alcuni casi anche gli effetti sul piano conoscitivo di quanto acquisito attraverso una prova illegittima possa condurre a ritenere che la previsione di “specie” evidenzi una volontà di non garantire gli stessi effetti quando non espressamente contemplati.

Sul punto occorre essere chiari. L'art. 191 c.p.p. introduce nell'ordinamento una previsione generale valevole ogniqualvolta l'atto probatorio sia acquisito in presenza di un divieto di legge. E non pare inutile ribadire come la previsione generale in discorso si caratterizzi per la sua natura di vizio funzionale che inibisce qualsiasi apporto conoscitivo derivante dall'atto probatorio viziato. Ne deriva che l'impossibilità di porre il “sapere” da esso promanante a fondamento di un provvedimento o a giustificazione di un ulteriore atto probatorio costituisce l'effetto naturale del vizio⁵⁷. Il fatto, poi, che tale effetto sia stato in alcune occasioni precisato nulla toglie all'efficacia della previsione generale di cui all'art. 191 c.p.p.. A ben vedere sul piano della tecnica legislativa si è in presenza della mera specificazione di un principio generale che introduce una categoria sanzionatoria unitaria non distinguibile negli effetti a se-

nullità ed inutilizzabilità e che tale indagine debba essere condotta con metodo deduttivo e cioè attraverso l'analisi del sistema dei principi che informano le singole fattispecie processuali v. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 340; CORDERO, *L'inesistenza della decisione giudiziaria*, cit., 611.

⁵⁶ Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219.

⁵⁷ Sul punto si deve rilevare come l'assetto giurisprudenziale anche a fronte di un atto risultato inutilizzabile si ostini ad affermare la possibilità di “riciclarlo” quale notizia di reato (Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2019 n. 5782). In particolare si è ritenuto che un'intercettazione inutilizzabile possa essere posta a fondamento di una diversa richiesta di intercettazione (Così Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2015, F. e altri, in *CED*, 2016, rv. 266496; Id., Sez. II, 7 dicembre 2011, in *Guida dir.*, 2012, 15, 77). Ora pure a prescindere dalle indicate risposte operative non pare controvertibile che utilizzare un risultato conoscitivo inutilizzabile significa non rispettare l'obbligo del divieto d'uso. Inoltre, anche il riferimento alla notizia di reato assume particolare valore ove si consideri la sua delineazione normativa all'esito della c.d. riforma Cartabia individuata in quella notizia che contiene «la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice». In sostanza, si alza lo standard conoscitivo richiesto per potere individuarsi una notizia di reato ed appare evidente come tutto ciò non possa essere dimostrato o ritenuto, allo stato, sussistente attraverso un momento conoscitivo illegittimo.

conda dei casi. Del resto anche dal punto di vista lessicale affermare l'inutilizzabilità dei "risultati", delle "informazioni", degli "esiti" e delle "dichiarazioni" nulla toglie e nulla aggiunge alla previsione generale del "divieto d'uso" del risultato probatorio illegittimamente acquisito.

L'esigenza di specificare l'operatività con riferimento ad alcune situazioni particolari trae origine dalla volontà di riaffermare il divieto conoscitivo anche in ragione della consapevolezza della vasta capacità di intervento dell'inutilizzabilità con la previsione di un «potenziale assoluto che la sua stessa demonizzazione evoca sul piano effettuale e che è intrinseco al principio di autosufficienza che lo connota»⁵⁸.

6. *Inconciliabilità tra preclusioni valutative e male captum bene retentum.* Con la consapevolezza che l'art. 191 c.p.p. introduce una categoria unitaria di vizio funzionale di natura assoluta la tematica degli effetti del vizio risulta di più semplice soluzione ed in particolare consente di risolvere agevolmente il rapporto che deve intercorrere tra perquisizione illegittima e sequestro; soluzione che deve partire dalla presa d'atto che le opzioni legislative in tema di legittimità del procedimento probatorio precludono l'atavico richiamo al criterio del *male captum bene retentum*. Infatti l'assolutezza dell'invalidità funzionale non consente recuperi conoscitivi che si fonderebbero su un risultato probatorio deprivato della sua capacità dimostrativa.

La considerazione rende evidenza di quanto sia superata la tesi secondo cui l'invalidità dell'atto non realizzerebbe alcuna propagazione all'atto probatorio successivo posto che il collegamento tra i due atti non sarebbe di dipendenza causale ma meramente psicologica⁵⁹. Qui non si tratta di ragionare in termini di propagazione della invalidità ma occorre farsi ragione del fatto che l'inutilizzabilità costituisce un diverso tipo di vizio il quale, per la sua autonomia rispetto alla invalidità e nullità, non può essere declinato con quegli indici

⁵⁸ Così correttamente GALANTINI, *L'art. 191 c.p.p. a confronto con l'inutilizzabilità derivata in un nuovo giudizio costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021, 6.

⁵⁹ Cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 141; Id., *Procedura penale*, Milano, 2001, 378. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605, in *CED*, rv. 282070; Id., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 32009, *ivi*, rv. 273641; Id., Sez. V, 20 novembre 2015, n. 12697, *ivi*, rv. 263031; Id., Sez. II, 29 novembre 2011, n. 44877, *ivi*, rv. 251361; Id., Sez. V, 11 marzo 2011, n. 21047, *ivi*, rv. 250415; Id., Sez. I, 2 marzo 2010, n. 16283, *ivi*, rv. 246657; Id., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, in *Cass. pen.*, 1996, 3272.

di sistema. Si è visto come il “divieto d’uso probatorio” costituisca la risultante di una scelta ideologica che pretende una tutela massima non di una qualsiasi conoscenza giudiziale ma di una legittima conoscenza giudiziale. Se questa è la prospettiva, già dal punto di vista delle linee di sistema apparirebbe non consentita una qualsivoglia ipotesi di recupero conoscitivo dell’atto inutilizzabile. In caso contrario si conierebbe un non autorizzato “reimpiego” sanante della prova illegittima che, non lo si dimentichi, è caratterizzata dall’insanabilità.

Se si abbandona tale linea di indirizzo l’inutilizzabilità viene trattata alla stregua di una nullità quando, come si è visto, la stessa non si limita ad affiancarsi a quella ma la supera. Occorre in sostanza prendere atto che il tema degli effetti dell’atto utilizzabile non può essere trattato nei rigorosi termini della derivazione causale degli atti processuali, non tanto perché tale principio non possa operare in presenza di certe condizioni con riferimento all’atto probatorio attinto dal “divieto d’uso”, quanto per il semplice motivo per cui la neutralizzazione funzionale di natura conoscitiva dell’atto probatorio inutilizzabile non è in grado di sprigionare alcuna efficienza causale. Si verte, in altre parole, in quell’ipotesi di inefficienza causale originaria che priva l’atto di qualsivoglia capacità dimostrativa, e ciò a prescindere dalla sua incapacità a porsi quale elemento propulsivo del procedimento.

Tale realtà è stata colta dalla ormai reiterata giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, collocando correttamente l’inutilizzabilità tra le regole di esclusione, ha riconosciuto come la medesima travalichi «il profilo del vizio dell’atto processuale [...] per incidere - attraverso l’autonomia della categoria [...] - non sull’atto processuale illecito in sé per sé considerato, ma direttamente sulla sua idoneità giuridica a svolgere funzioni di prova»⁶⁰. In particolare, sempre il giudice delle leggi, pur ritenendo non “trasmissibile” il vizio dell’atto inutilizzabile agli atti che dallo stesso dipendono, ha avuto modo di precisare che con l’art. 191 c.p.p., secondo cui le «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate, il legislatore [ha] inteso introdurre un meccanismo preclusivo che dissolvesse la stessa “idoneità” probatoria di atti vietati dalla legge, distinguendo nettamente tale fenomeno dai profili di inefficacia conseguenti alla violazione di una regola sancita a pena di nullità dell’atto»⁶¹.

⁶⁰ Cfr. Corte cost. n. 332 del 2001.

⁶¹ Così Corte cost. n. 116 del 2022; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 219 del 2019.

7. *Forme derivate del vizio ed inefficienza conoscitiva.* Secondo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, quindi, non è consentito percorrere sentieri diretti alla genesi di una figura di inutilizzabilità derivata. Ciò infatti condurrebbe a «confondere tra loro fenomeni - quali quelli della nullità e della inutilizzabilità - tutt'altro che sovrapponibili» al solo fine di trasferire nella disciplina della inutilizzabilità il «concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema della nullità»⁶². Ma ciò non significa che dall'atto inutilizzabile possano ricavarsi forme conoscitive capaci a pervenire ad ulteriori momenti di conoscenza. Per convincersene si pensi al rilievo secondo cui la prova acquisita in presenza di un divieto di legge introduce una «interdizione» conoscitiva che incide direttamente sull'«idoneità» probatoria degli atti vietati dalla legge⁶³.

In sostanza l'eliminazione dall'orizzonte conoscitivo è garantita da quel che è stato definito «lo stesso effetto intrinseco dell'inutilizzabilità che, coniugato al principio d'autosufficienza che connota la sanzione, si esprime in sintesi nel concetto di relazione sottostante alla fattispecie»⁶⁴. In altre parole, l'inutilizzabilità «non necessita di estensione, bastando l'illegittimità a funzionare da sbarramento all'atto cui inerisce senza che possa essere opposta l'insussistenza di un principio *ad hoc* ovvero la inapplicabilità di una regola prevista per la nullità»⁶⁵. Il rilievo rappresenta la corretta presa di coscienza della ragione giuridica sottesa alla sanzione nel suo profilo effettuale conseguente al vizio di natura funzionale. In altre parole, è il vizio originario della inutilizzabilità nella sua dimensione di divieto conoscitivo a risolvere il problema della c.d. propagazione del medesimo⁶⁶.

La conclusione, certamente condivisibile, necessita di una puntualizzazione. Se è vero che la prova inutilizzabile risulta priva di idoneità causale originaria a trasferire dati conoscitivi e se è altrettanto vero che l'invalidità derivata è categoria riservata alle nullità, non può negarsi che a seconda del rapporto di

⁶² In tal senso Corte cost. n. 332 del 2001.

⁶³ V. Corte cost. n. 116 del 2022; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 219 del 2019.

⁶⁴ Così correttamente GALANTINI, *Alla ricerca della inutilizzabilità derivata*, in *Sist. pen.*, 2021, 3, 158; Id., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 21.

⁶⁵ In tal senso ancora GALANTINI, *Alla ricerca della inutilizzabilità derivata*, cit., 159.

⁶⁶ Per tali considerazioni cfr. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013.

implicazione che sussiste tra un atto e l'altro possono derivare conseguenze di diversa natura.

In sostanza, pur volendo ragionare in termini di derivazione causale tra l'atto viziato e quello conseguente occorre rilevare come, laddove senza la prova inutilizzabile non sarebbe stata scoperta la prova successiva, risulta difficile affermare, a priori, la mancanza di ogni incidenza causale della prima sulla seconda⁶⁷. In tal senso, del resto, si è posta la stessa giurisprudenza, la quale ha dovuto riconoscere come il sequestro eseguito all'esito di una perquisizione illegittima «non è utilizzabile quale prova nel processo» salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, c.p.p.⁶⁸. Sul punto, a parte la contraddittorietà in cui incorre la decisione⁶⁹, si è affermato il principio secondo cui il collegamento sussistente tra un dato probatorio inutilizzabile e la conseguente prova che si acquisisce proprio grazie a quel dato probatorio non sempre è irrilevante per l'ordinamento. Ed infatti, indipendentemente dalla specificità dell'ipotesi sottoposta al concreto giudizio della Corte, non pare possa dubitarsi che quando l'acquisizione della prova è resa possibile dal risultato di una prova inutilizzabile, sarà inutilizzabile anch'essa⁷⁰. La conclusio-

⁶⁷ Sul tema, cfr. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità delle prove acquisite con il conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547; GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972, 192; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Digesto pen.*, VII, Torino, 1993, 253.

⁶⁸ Cass., Sez. un., 27.3.1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139.

⁶⁹ La contraddizione la si rileva nel richiamo alle ipotesi di cui all'art. 253, comma 1, c.p.p. Se infatti si afferma il principio secondo cui a fronte di una perquisizione illegittima il sequestro operato in esito alla stessa non è utilizzabile non può porsi come eccezione l'ipotesi in cui il sequestro attinga non solo il corpo del reato ma anche le cose pertinenti al reato. Ed infatti, così facendo, si è di fatto legittimato il sequestro pur a fronte di una perquisizione illegittima posto che non possono darsi modalità di apprensione della cosa laddove la stessa non rientri nella categoria indicata dall'art. 253, comma 1, c.p.p.. Nella medesima direzione cfr. pure Cass., Sez. II, 23 dicembre 2016, n.15784, rv. 269856, dove si è precisato che «l'illegittimità della perquisizione non invalida il conseguente sequestro, qualora vengano acquisite cose costituenti corpo di reato o a questo pertinenti, dovendosi considerare che il potere di sequestro non dipende dalle modalità con le quali le cose, oggettivamente sequestrabili, sono state reperite, ma è condizionato unicamente all'acquisibilità del bene e alla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema».

⁷⁰ L'affermazione trova conferma in quelle corrette decisioni in cui si rileva come a fronte di una perquisizione illegittima il vizio affligga il sequestro non da un punto di vista genetico, inteso come difformità dell'atto rispetto al modello legale, bensì sotto un profilo funzionale e cioè nel suo legame dinamico con il precedente atto di perquisizione. Tale patologia la si è ritenuta riconducibile all'art. 191 c.p.p. ed è del tutto irrilevante che non esista una norma di tenore analogo all'art. 185, comma 1, c.p.p. In tal senso, Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1994, 116; Id., Sez. V, 22 settembre 1995, Cavarero, *ivi*, 1996, 1545. Per un'adesione a tale profilo d'inutilizzabilità BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, 41; T. BENE, *L'art. 191 e i vizi del procedimento probatorio*,

ne deriva anche dal principio generale della seriazione causale che collega gli atti del procedimento⁷¹. Ed è proprio la consapevolezza del rapporto di implicazione che si genera tra alcune categorie di atti a rendere ragione ulteriormente dell'impossibilità di coniare un sapere giudiziale fondato su un dato conoscitivo caratterizzato da inefficienza causale originaria e, quindi, incapace a produrre qualsivoglia tipo di effetti.

8. *Sequestro e perquisizione tra antiche cristallizzazioni e recenti approdi*. Quanto qui affermato è in grado di generare dirette conseguenze in tema di sequestro preceduto da una perquisizione illegittima. Come si è visto, in tale materia la giurisprudenza ha ritenuto, sia pure non senza contraddizioni⁷², la legittimità del sequestro del «corpo del reato (o delle cose) a questo pertinenti» in quanto in presenza di un atto dovuto ai sensi dell'art. 253, comma 1, c.p.p.⁷³. Sul punto non può prescindersi dalla constatazione dello stretto rap-

in *Cass. pen.*, 1994, 120; volendo DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 317; con riferimento al previgente codice cfr. BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione dei reati*, Milano, 1978, 276; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, 181. Successivamente, però, si registra un'inversione di tendenza essendosi rilevato che «la regola fissata dall'art. 185, comma 1, c.p.p., secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti successivi che dipendono da quello dichiarato nullo, non trova applicazione in materia di inutilizzabilità; quest'ultima sanzione processuale, infatti, rimane circoscritta alle prove illegittimamente acquisite e non incide in alcun modo sulle altre risultanze probatorie ancorché collegate a quelle inutilizzabili, rispondendo alla *ratio* legislativa del *vitiatur sed non vitiat*». Così *Cass.*, Sez. II, 24 gennaio 1996, Agostino, in *Giur. it.*, 1998, 558. Negli stessi termini, cfr. *Cass.*, Sez. VI, 30 aprile 2019, n. 4119, in *CED Cass.*, rv. 27819; *Id.*, Sez. V, 29 ottobre 2019, n. 44114, *ivi*, rv. 277432; *Id.*, Sez. VI, 22 ottobre 2019, n. 18125, *ivi*, rv. 279555; *Id.*, Sez. VI, 28 luglio 2020, n. 22790; *Id.*, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 9009, in *CED Cass.*, rv. 278563.

⁷¹ Nel campo giuridico ogni effetto presuppone un precedente storico in base all'implicazione costituita da una norma dalla quale si ricava quale sia il fatto e quale l'effetto. Sicché, qualora la norma fosse introdotta successivamente, il fatto, giuridicamente irrilevante in origine, diventerebbe rilevante collegandosi causalmente agli altri atti del procedimento. Ed è proprio in tale circostanza che si coglie l'essenza della causalità giuridica. Quest'ultima si differenzia da quella naturale per il suo carattere artificiale "arbitrariamente" determinato dalla legge: in sostanza, «mentre nel mondo naturale è il processo causale che determina il collegamento dei fenomeni, nel mondo giuridico, al contrario, è il collegamento arbitrario dei fenomeni che ne determina il processo causale e dà luogo alla valutazione giuridica». Così SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 4.

⁷² V. nota 69.

⁷³ Il principio risale alla pronuncia di Sez. un. 27 marzo 1996 n. 5021, Sala, in *CED Cass.* n. 204644; indirizzo seguito anche dalla giurisprudenza successiva cfr., tra le altre, *Cass.*, Sez. II, 29 marzo 2017 n. 15784, in *CED Cass.* n. 269856: «l'illegittimità della perquisizione non invalida il conseguente sequestro, qualora vengano acquisite cose costituenti corpo di reato o a questo pertinenti, dovendosi considerare che il potere di sequestro non dipende dalle modalità con le quali le cose, oggettivamente seque-

porto di relazione che caratterizza l'attività di perquisizione e il relativo sequestro; atti, questi, che vengono disciplinati come se fossero unitari e quindi caratterizzati da uno stretto nesso funzionale esistente tra loro oltre che da un'unicità di contesto causale e cronologico in cui i medesimi si trovano ad operare⁷⁴. La circostanza evidenzia come il problema degli effetti delle perquisizioni illegittime sul sequestro risulta accentuato proprio in ragione del nesso di interdipendenza che ricorre tra i due mezzi di ricerca della prova. Il rilievo, ragionando in termini di vizio derivato, depriverebbe il sequestro di una sua autonomia legale probatoria. Ma, come si è visto, la implicazione causale che connota gli atti in questione può essere rilevata nella misura in cui ad un atto probatoriamente inutilizzabile può conseguire solo una «inidoneità giuridica a svolgere le funzioni di prova»⁷⁵. Il rilievo era già stato anticipato dalla consapevolezza che l'illegittimità della perquisizione determina una carenza del potere istruttorio che si è consumato con l'atto di perquisizione⁷⁶.

Tale realtà è stata colta dalla Corte EDU laddove, nel pretendere un controllo effettivo del giudice in ordine alla legittimità della perquisizione, prevede che questi possa escludere «dal processo penale gli elementi di prova raccolti»⁷⁷. La decisione assume ulteriore valore ove si consideri che in quella sede la Corte europea ebbe ad affermare che le garanzie procedurali contemplate

strabili, sono state reperite, ma è condizionato unicamente all'acquisibilità del bene e alla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema»; Cass., Sez. II, 27 maggio 2020 n. 16065, in *CED Cass.* n. 278996 «l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione compiuto ad opera della polizia giudiziaria non comporta effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, che costituisce un atto dovuto a norma dell'art. 253, comma 1, cod. proc. pen.».

⁷⁴ Cass., Sez. V, 24 luglio 2017 n. 36724, in *CED Cass.* n. 270438.

⁷⁵ Così Corte cost., n. 116 del 2022; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 219 del 2019.

⁷⁶ In tal senso cfr. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 153 e 154 dove lavorando su di un tessuto normativo privo di una sanzione generale di garanzia quale quella contemplata dall'art. 191 c.p.p. si era rilevato come «l'atto compiuto da un soggetto non legittimato o [...] fuori dalle ipotesi specificamente indicate non pot(esse) assurgere a giuridica esistenza; la situazione di carenza di legittimazione, in entrambi i casi, si risolve in mancanza di potere» e pertanto il «potere perquirente [...] funziona come presupposto, cioè come antecedente cronologico e funzionale dell'atto acquisitivo in carenza del quale l'atto non assurgerà a giuridica esistenza».

⁷⁷ Corte EDU, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. 57278/11, dove si precisa che «la Corte rammenta 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 a un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti».

In quella sede la Corte EDU ha richiamato in senso conforme *Panarisi c. Italia*, 10 aprile 2007, n. 46794/99 §§ 76 e 77.; Id. *Trabajo Rueda c. Spagna*, 30 maggio 2017, n. 32600/12, § 37.

dalla legislazione italiana non risultavano sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate nelle indagini nell'ambito dell'attività di perquisizione⁷⁸.

Ora, al di là degli obblighi di interpretazione europeisticamente orientata⁷⁹, non pare possa contestarsi l'indicazione proveniente dalla giurisprudenza sovranazionale sul rilievo che il rapporto perquisizione e sequestro si scandisce su basi di autonomia. In sostanza, la perquisizione non veicola un contenuto conoscitivo e si porrebbe quale attività distinta dal sequestro che costituisce un mezzo di assicurazione della prova⁸⁰.

Ne conseguirebbe che non essendo la perquisizione una prova non potrebbe essere qualificata come inutilizzabile con conseguente ininfluenza sul momento di acquisizione della cosa⁸¹.

L'ipotesi ricostruttiva non sembra prendere in considerazione la specificità dei rapporti che intercorrono tra perquisizione e sequestro. Si è già detto come tra gli indicati mezzi di ricerca della prova sussistano relazioni tali da costituire un *unicum*, in particolare non deve perdersi di vista che la perquisizione si atteggia nei confronti del sequestro con un rapporto di strumentalità necessaria. Tale consapevolezza consente di affermare che la perquisizione concorre a formare i "modi acquisitivi" della *res*. E, sul punto, non deve dimenticarsi che l'art. 191 c.p.p. collega il vizio dell'atto alle "prove acquisite" in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. La circostanza rileva ulteriormente ove si consideri che secondo l'originaria opinione dei compilatori l'inutilizzabilità era stata concepita con riguardo al solo momento dell'ammissione della prova, men-

⁷⁸ Si precisa che la decisione europea è pervenuta alla condanna dello Stato italiano per non aver previsto un controllo giurisdizionale anche *ex post* sulla legittimità della perquisizione.

⁷⁹ In tema cfr. tra le altre Corte cost. n. 20 del 2019; Id., n. 63 del 2019, Id., n. 117 del 2019. Anche in sede nomofilattica si è precisato che «i principi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.), come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte europea, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione (convenzionalmente orientata) ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne», così Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Riv. dir. int.*, 2016, 4, 1261. In particolare in quella sede si è puntualizzato che la giurisprudenza consolidata dalla Corte europea costituisce "parametro interpretativo" delle norme interne. Sul tema in genere sia consentito il rinvio a DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

⁸⁰ In tale direzione SCAPARONE, *Procedura penale*, I, Torino, 2011, 373.

⁸¹ V. Cass., 13 febbraio 2004, M., in *Giur. it.*, 2005, 89. Sul tema del rapporto tra prove inutilizzabili e decisione, cfr. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 197.

tre «la nullità [sarebbe stata] riservata alla violazione delle forme degli atti»⁸². Tuttavia tale simmetria non fu confermata nel testo definitivo dove, non a caso, si rinvennero fattispecie normative in cui la sanzione dell'inutilizzabilità, od il correlativo precetto costruito come divieto, risultano dettati anche per le modalità di acquisizione-formazione della prova⁸³. Ed è in questo contesto che va apprezzato l'emendamento apportato all'art. 191 c.p.p. che ha sostituito all'originaria locuzione "prove ammesse" quella di "prove acquisite". Il riferimento all'acquisizione impone di considerare la formula come volutamente non restrittiva. Per convincersene è sufficiente porre mente alle caratteristiche del procedimento probatorio⁸⁴; questo, com'è noto, si compone di tre distinti momenti della progressione procedimentale⁸⁵ costituiti dall'ammissione, dall'acquisizione-formazione ed infine dalla valutazione. Ed allora, a fronte di una disciplina che prevede il divieto di utilizzo di un risultato conoscitivo, l'aver riferito tale divieto anche al momento acquisitivo non può che significare la volontà di coprire con l'inutilizzabilità ogni violazione dell'intero procedimento probatorio. Del resto, dal momento in cui la prova si inquadra in una dimensione di "procedimento" essa si compone unitariamente del mezzo, dello strumento e del veicolo di conoscenza. Quel che viene tutelato è l'intera procedura acquisitiva la cui violazione sfocia in un "divieto d'uso"⁸⁶. Ed è proprio quel che accade a fronte di una perquisizione illegittima in ragione del rapporto di "inevitabile strumentalità" che caratterizza la perquisi-

⁸² Cfr. *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, Roma, 1988, 61.

⁸³ V. ad esempio gli artt. 271 comma 1; 350 comma 6; 251 comma 1 c.p.p.. Sul punto cfr. già in questi termini NOBILI, *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, CHIAVARIO (a cura di), II, Torino, 1991, 412.

⁸⁴ Sul tema cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 53.

⁸⁵ Sulle caratteristiche progressive del procedimento cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 131; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 11. Quest'ultimo autore identifica la nozione di collegamento causale degli atti con il concetto di vincolazione giuridica, affermando che è l'energia che sprigiona l'atto a determinare il collegamento causale con l'atto successivo del procedimento. Nel senso che il procedimento è una «combinazione di atti i cui effetti sono causalmente collegati» e che «non vi è un effetto unico ma un effetto finale» cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 425; negli stessi termini SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 19, ove si afferma che «l'attività nel processo è fonte di causalità giuridica nel senso che, attuandosi in virtù delle norme che la regolano, nella sua attuazione implica sempre una seriazione causale in quanto produce l'applicazione di nuove norme che si conformano all'attività svolta».

⁸⁶ In tale direzione Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit., 1951; Id., Sez. Un., 13 luglio 1998, Citaristi, cit., 355.

zione ed il sequestro; strumentalità che, nella dinamica funzionale degli atti, pone la perquisizione tra i “modi acquisitivi” della *res*, la cui violazione integra quel divieto di legge che rende operativa la preclusione conoscitiva di cui all’art. 191 c.p.p..

9. *Il presidio da prova incostituzionale.* A prescindere dalle considerazioni sin qui sviluppate, deve ribadirsi come il tema della legalità della prova assicurata dall’inutilizzabilità trovi diretto riferimento costituzionale nell’art. 111 Cost. il quale, garantendo una giusta decisione, costituisce l’elemento preposto a tutelare il corretto sviluppo della personalità umana presidiato dall’art. 2 Cost.; si verte quindi nel nocciolo duro dei valori costituzionali ed, anzi, pare potersi affermare che l’art. 191 c.p.p. si pone quale elemento di tutela dei principi generali dell’ordinamento⁸⁷ costituendo lo strumento processuale di presidio dell’invulnerabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione probatoria del fatto⁸⁸. Ad ogni modo, anche a prescindere da tali considerazioni, non pare controvertibile che l’inutilizzabilità dei risultati conseguiti ad una perquisizione illegittima si ponga sotto l’egida degli artt. 13 e 14 Cost.. La situazione induce a ragionare in termini di prova incostituzionale e cioè di quella prova raccolta con modalità lesive dei diritti costituzionali dell’individuo⁸⁹.

Il tema trae origine dall’emergere di una crisi della legalità processuale⁹⁰. Circonstanza, questa, che imponeva una rigida soluzione proprio con riferimento ai mezzi di ricerca della prova dove maggiormente i diritti individuali risultano sacrificati alla funzione gnoseologica del dato conoscitivo acquisito⁹¹.

⁸⁷ V. Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 21.

⁸⁸ In questa direzione PIERRO, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., 165; nella stessa prospettiva cfr. RUGGIERI, *Divieti probatori ed inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 65.

⁸⁹ La definizione è di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 341.

⁹⁰ In tal senso GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1993.

⁹¹ Sul tema cfr. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 64, laddove evidenzia la drammaticità del conflitto sotteso al tema delle prove incostituzionali nel processo penale. In tale contesto, infatti, l’interprete è chiamato a stabilire se una prova, forse anche decisiva, della colpevolezza dell’imputato debba essere ammessa nonostante l’illegittimità degli atti che hanno portato al suo rinve-

Non è un caso quindi che i primi accenni all'inutilizzabilità della prova incostituzionale siano emersi con riferimento ad un *corpus* normativo in cui la legalità dell'accertamento risultava affidato ad evanescenti sanzioni di nullità. L'insufficienza della capacità "reattiva" dell'ordinamento a fronte di abusi delle norme disciplinanti i mezzi di ricerca della prova induceva ad intravedere negli stessi profili sanzionatori non disciplinati⁹². In tale ottica di adeguamento si inserì la Corte costituzionale, la quale riteneva dapprima che la regola secondo la quale al giudice è consentito apprezzare in base alla sua esperienza il valore del materiale probatorio presupponga non trattarsi «di prove vietate dalla legge»⁹³; per poi precisare che «le attività compiute in dispregio di fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁹⁴. In particolare occorre rilevare come il custode delle leggi, con riferimento alle prove acquisite in violazione dei diritti fondamentali, ebbe ad esprimersi in termini di «inesistenza»⁹⁵ e ciò ad ulteriore conferma della volontà di precludere qualsiasi efficacia a quel dato conoscitivo. Il principio, nel corso degli anni, si è stratificato risultando ribadito, sia pur con una varietà d'impostazioni, da più decisioni del Giudice delle leggi⁹⁶, cui si è adeguato l'organo nomofilattico che, nella sua più alta compo-

nimento, o se, invece, la sfera di libertà del cittadino, anche colpevole, vada comunque rispettata dagli organi preposti alla tutela della legge. Si tratta insomma di attribuire un valore prioritario o «all'interesse pubblico alla repressione dei reati, oppure all'interesse, ugualmente pubblico, alla tutela delle libertà dei singoli contro ingiustificate invasioni da parte dei pubblici poteri».

⁹² Sull'argomento con specifico riferimento alla perquisizione compiuta al di fuori delle condizioni di legge e agli effetti che ne derivano in ordine al successivo sequestro cfr. G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 153.

⁹³ Cfr. Cost. sent. n. 175 del 1970.

⁹⁴ Cfr. Cost. sent. n. 34 del 1973.

⁹⁵ V. Corte cost. n. 120 del 1975.

⁹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 81 del 1993 in tema di sequestro di tabulati telefonici; Id. n. 238 del 1996 riguardo all'esigenza che si prevedano con legge "i casi e i modi" attraverso cui il giudice con operazioni peritali può disporre misure che limitino la libertà personale dell'indagato; Id. sent. n. 229 del 1998 relativa al sequestro degli appunti predisposti dall'indagato in vista dell'interrogatorio. Id. n. 135 del 2002 dove si è affermato che «l'ipotesi della videoregistrazione domiciliare che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 14 Cost. e quindi, in assenza di una disciplina legislativa, costituisce un'ipotesi di violazione del domicilio al di fuori dei casi previsti dalla legge, cioè una prova atipica, inammissibile perché incostituzionale». Nella medesima direzione in materia cfr. Id. n. 149 del 2008 dove si è precisato che «in mancanza di una norma che consenta o disciplini l'attività investigativa nel domicilio, soddisfacendo la doppia riserva di legge e di giurisdizione ex art. 14 c. 2 Cost., la ripresa domiciliare deve ritenersi "radicalmente vietata, proprio perché lesiva dell'inviolabilità del domicilio, sancita dal c. 1

sizione, dopo aver riconosciuto che l'art. 191 c.p.p. si applica anche alle prove incostituzionali perché assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, ha precisato come tali prove risultino colpite dall'inutilizzabilità «a prescindere dal fatto che la legge contenga divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario infatti che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali»⁹⁷. In sostanza, si estende la portata operativa dell'art. 191 c.p.p. a tutte le ipotesi le quali, ancorché non disciplinate, realizzino la violazione di un diritto costituzionalmente protetto. Quest'ultimo, quindi, integra quel divieto di legge che giustifica la reazione dell'ordinamento in termini di inutilizzabilità⁹⁸.

10. *Le deludenti scelte della c.d. riforma Cartabia.* Alla luce di quanto sin qui riferito, appaiono sorprendenti le opzioni ideologiche perseguite sul punto dalla c.d. riforma Cartabia. Quest'ultima, infatti, con la previsione dell'art. 252 *bis* c.p.p. ha introdotto un controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione; il fatto è che tale controllo è riservato solo a quelle perquisizioni a cui non ha fatto seguito alcun atto di sequestro. Si palesa così la volontà di salvaguardare la conservazione degli effetti di quest'ultimo anche a fronte di una perquisizione illegittima. E del resto in tale direzione si pone ulteriormente la disposizione normativa in discorso nella misura in cui, anche a fronte di una perquisizione dichiarata illegittima, non si prevede alcuna sanzione⁹⁹. Circostanza peculiare ove si consideri che in sede europea si era statuito che il giudice, a fronte di un controllo sull'atto di perquisizione, laddove ritenuto illegittimo, potesse escludere dal processo «gli elementi di prova raccolti»¹⁰⁰. Eppure quella riforma, *expressis verbis*, era diretta a recepire le prese di posizioni sovranazionali. Cosa che non può certamente ritenersi essere avvenuto

dello stesso art. 14 Cost.; mentre i risultati delle riprese effettuate in violazione del divieto rimarrebbero inutilizzabili»

⁹⁷ Così Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit.; Id., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465; Id., Sez. un., 24 settembre 1998, Gerina, cit.; Id., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri in *Cass. pen.*, 2000, 2595, 1419; negli stessi termini Id., Sez. un., 21 febbraio 2000, Tammaro, *ivi*, 2000, 3259, 1763;

⁹⁸ In tal senso Cass., Sez. un., 28.5.2003, Torcasio, cit..

⁹⁹ Nulla esclude in questi casi la generale operatività dell'art. 191 c.p.p. ma quel che si vuole segnalare è come l'intendimento del legislatore sia quello di sterilizzare il vizio funzionale del divieto di conoscenza.

¹⁰⁰ Cfr. Corte EDU, 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia, cit..

con la sola previsione di uno strumento di controllo in ordine alla legittimità della perquisizione che non è esitata in un sequestro.

Il rilievo assume ulteriore valore ove si consideri che l'obliterazione normativa sugli effetti sanzionatori conseguenti alla perquisizione illegittima viene "vestita" dall'espressa volontà dei *conditores* di non far conseguire alla illegittimità della perquisizione effetti invalidanti «sul decreto oggetto di opposizione» e «sui relativi risultati probatori»¹⁰¹. A parte l'antinomia di prevedere effetti invalidanti di risultati probatori conseguenti ad una perquisizione "negativa", preme evidenziare come la scelta legislativa venga giustificata sul rilievo secondo cui «appare del tutto evidente che il criterio della delega [...] non solo non consente ma addirittura espressamente preclud(e) qualsiasi intervento volto a modificare l'attuale configurazione»¹⁰².

Il rilievo induce ad alcune considerazioni. Se non è dubbio che la volontà del legislatore assuma uno specifico ruolo nell'interpretazione dell'enunciato normativo, occorre tuttavia considerare che la medesima non costituisce un testamento. Il testo di legge va interpretato per quello che è e non per quello che si voleva fosse. Ed allora non possono ignorarsi nell'ermeneusi sugli effetti della inutilizzabilità gli approdi della Corte costituzionale e della Corte EDU. In ambedue le sedi si sono offerti all'operatore del diritto criteri interpretativi che consentono ed anzi, forse, impongono, di pervenire a soluzioni del tutto opposte a quelle del legislatore. Si pensi al rilievo secondo cui l'inutilizzabilità è foriera di «un'inidoneità giuridica» del dato acquisito a «svolgere funzione di prova»¹⁰³ oppure alla previsione secondo cui il giudice sul controllo della legittimità della perquisizione possa escludere «dal processo penale gli elementi di prova raccolti»¹⁰⁴ ed infine all'inutilizzabilità da prova incostituzionale in relazione alla quale il giudice delle leggi, avuto riguardo alle intercettazioni, ha utilizzato il lessico «inesistenti»¹⁰⁵.

Singolare il fatto che di tutto ciò il riformatore non abbia dimostrato consapevolezza trincerandosi dietro un segno normativo a cui si annette un certo va-

¹⁰¹ Sul punto v. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, 100. Sull'argomento v. NOCERINO, *Il vaglio giurisdizionale delle perquisizioni "negative"*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, SPANGHER (a cura di), Pisa, 2022, 233.

¹⁰² Così ancora *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., 100.

¹⁰³ Corte cost. n. 219 del 2019; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 116 del 2022.

¹⁰⁴ Corte EDU, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, cit..

¹⁰⁵ V. Corte cost. n. 120 del 1975.

lore interpretativo sulla base dell'intenzione espressa dai *conditores*. Il problema è che risulta oggettivamente difficile superare i “segnali” enunciati dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU, i quali si pongono nell’ottica di una neutralità dimostrativa del risultato probatorio acquisito tramite una perquisizione illegittima. Soluzione questa la quale, però, ancorché condivisibile, si pone in conflitto con le prese di posizione del diritto vivente¹⁰⁶. Si delinea, così, in sede operativa, un momento di conflittualità esegetica che un buon legislatore avrebbe avuto il dovere di eliminare, soprattutto sulla base delle indicazioni espresse dal giudice delle leggi e dalla Corte dei diritti. Ne deriva che la novella costituisce una «truffa delle etichette»¹⁰⁷ esponendo l'imputato ad una, sia pure erronea, giurisprudenza che lo priva di un'effettiva protezione del suo diritto ad un giusto accertamento. Ed allora si verte in una di quelle situazioni in cui l'interprete deve dare fondo alle risorse ermeneutiche riscoprendo la portata precettiva del comando costituzionale cui si lega il valore di garanzia dell'inutilizzabilità la quale, producendo un'inidoneità del dato acquisito a costituire prova, elimina *ab origine* il risultato conoscitivo conseguito mediante l'atto colpito da divieto d'uso.

11. *Conclusioni*. I rilievi sin qui formulati dimostrano come pur a fronte di un modificato quadro normativo in cui si eleva il “divieto d'uso” per la prova illegittimamente acquisita a principio generale, si continui a pervenire a soluzioni di conservazione dell'esistente¹⁰⁸. E ciò accade tanto in sede operativa

¹⁰⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 10 giugno 2022, P., n. 33757; Cass., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605, in *CED Cass.*, rv. 282070; Cass., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 32009, *ivi*, rv. 273641; Cass., Sez. V, 20 novembre 2015, n. 12697, *ivi*, rv. 263031; Cass., Sez. II, 29 novembre 2011, n. 44877, *ivi*, rv. 251361; Cass., Sez. V, 11 marzo 2011, n. 21047, *ivi*, rv. 250415; Cass., Sez. I, 2 marzo 2010, n. 16283, *ivi*, rv. 246657; Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, in *Cass. pen.*, 1996, 2372 ss..

¹⁰⁷ L'espressione è di NOCERINO, *Il vaglio giurisdizionale delle perquisizioni “negative”*, cit., 241, dove si evidenziano ulteriori profili di inadeguatezza della disciplina per una effettiva tutela dei diritti dell'indagato.

¹⁰⁸ In tale direzione si pongono Cass., Sez. VI, 10 giugno 2022, n. 33757, Primitivo; Id., Sez. VI, 8 marzo 2023, n. 9846, in cui non a caso la decisione si fonda su una parziale percezione degli approdi della Corte costituzionale n. 332 del 2001. In quella sede, infatti, se è vero che il giudice delle leggi ha ribadito che il fenomeno della invalidità e quella della inutilizzabilità non sono tra loro sovrapponibili con difficoltà ermeneutiche di estendere a quest'ultima il vizio derivato, occorre considerare come la giurisprudenza della Corte costituzionale sia andata oltre tale schema argomentativo. Affermandosi, infatti, un principio di inidoneità probatoria degli atti vietati dalla legge si è sancita una neutralizzazione conoscitiva che si estrinseca in termini di inidoneità giuridica dell'atto a svolgere funzioni di prova (v. anche Corte cost. n. 116 del 2022; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 219 del 2019). Ed è su tali argomenti che l'ordine nomofilattico deve confrontare il proprio ragionamento. Sul punto, come anticipato nel testo,

quanto a livello di produzione normativa. La sensazione è che il tema venga approcciato con atteggiamenti vagamente superstiziosi, timorosi di prendere atto d'una volontà legislativa che, senza se e senza ma, ha posto la legalità del dato probatorio a fondamento del legittimo sapere giudiziale. Sull'argomento traspare un atteggiamento culturale di ostilità a forme di limitazioni del potere conoscitivo anche quando le medesime traggono origine da valori tutelati costituzionalmente. Quel che non sembra volersi accettare è che la funzione ripristinatoria della legalità della prova assegnata al divieto d'uso evidenzia come, nell'assetto codicistico, i rapporti tra giudice e legge siano caratterizzati da una prevalenza di quest'ultima sul momento conoscitivo. Si è in sostanza di fronte ad una scelta in forza della quale i limiti del sapere giudiziale sono espressione della volontà di non asservire l'attività del giudice alla realizzazione della pretesa punitiva dello Stato¹⁰⁹. E siccome la prova non può essere un fatto neutro, costituendo lo strumento conoscitivo che orienta la decisione, il relativo metodo processuale si pone come limite a quell'attività. Si perviene, in tal modo, ad una demarcazione della sfera di intervento dei fattori produttivi dell'esperienza giuridica.

Il potere conoscitivo e, quindi, valutativo del giudicante è delimitato da divieti legislativi diretti a purificare il materiale della decisione restringendo il campo in cui si esercita l'arbitrio del giudice. Ne consegue il rifiuto di ogni considerazione della prova con riferimento alla sola efficacia gnoseologica risultando, viceversa, fondamentale il "modo" con il quale la prova è stata formata ed acquisita. Pertanto, il metodo probatorio costituisce di per sé un valore preponderante rispetto al risultato conoscitivo acquisito. La circostanza è espressione di una specifica scelta ideologica in forza della quale il rito probatorio, lungi dal rappresentare un inutile formalismo, costituisce uno scopo da perseguire¹¹⁰. E ciò tanto più quando vengono in rilievo valori costituzionali come il giusto processo e la giusta decisione a cui è affidata la garanzia dello sviluppo

pare davvero un'alchimia impossibile quella di ricavare da un atto, incapace ad esprimere momenti conoscitivi, parziali momenti di sapere giudiziale finalizzati all'acquisizione di ulteriori conoscenze per il tramite di altri mezzi di prova o di ricerca della prova.

¹⁰⁹ Sul tema in genere si rinvia a VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 205, dove si ribadisce che il potere di punire appartiene ad una giurisdizione indipendente e, volendo attualizzare tale conclusione, oltre che ad una giurisdizione indipendente anche a quella osservante dei limiti di legalità della prova.

¹¹⁰ Si riafferma qui il valore contenutistico del formalismo quale «complemento inseparabile della libertà dell'individuo». Così MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, 1, Gallimard, 1995, 865.

della personalità dell'individuo. Non è un caso che la Corte costituzionale abbia rilevato come l'inutilizzabilità evidenzi l'inidoneità giuridica dell'atto a «svolgere funzione di prova»¹¹¹ e, del pari, la stessa Corte EDU si sia spinta ad affermare che il giudice, nel rilevare l'illegittimità della perquisizione, «se del caso esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti»¹¹². Al di là dei vincoli interpretativi che pongono i pronunciati in questione, si è in presenza di indici esegetici che colgono l'essenza dell'inutilizzabilità quale vizio generale, assoluto e funzionale. In ragione di ciò appare anacronistica quella forma di resistenza che tende a salvaguardare un risultato probatorio acquisito in modo illegittimo. Come correttamente si è rilevato, l'inutilizzabilità rientra non solo tra le «norme di organizzazione inerenti alla forma di esercizio della funzione di *ius dicere* ponendosi quale estrinsecazione di un potere, ma esplica) una funzione servente alla tutela dei diritti inviolabili della persona nel processo mostrando la necessaria interazione tra principi generali e norme»¹¹³. Bisogna allora avere il coraggio di non aver paura di abbandonare i vecchi schemi che non trovano più alcuna rispondenza nel tessuto normativo e costituzionale. Di qui l'esigenza di prendere atto che da un vizio che neutralizza il potere conoscitivo sarebbe arbitrario salvaguardare la fruibilità di momenti di conoscenza sulla base di anacronistici brocardi quali il *male captum bene retentum* che non ricevono riconoscimento nell'assento ordinamentale.

¹¹¹ Così Corte cost. n. 219 del 2019; Id., n. 252 del 2020; Id., n. 116 del 2022.

¹¹² V. Corte EDU, 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia, cit..

¹¹³ Così IASEVOLI, *La funzione "dissuasiva" del processo penale nel relativismo delle tecniche di bilanciamento*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, IASEVOLI (a cura di), Napoli, 2020, 350.