

## ORIENTAMENTI

---

**CIRO SANTORIELLO**

### **L'inutilizzabilità presa sul serio**

Prendendo spunto da una recente decisione della Cassazione in tema di sequestro di *devices* e successiva ispezione informatica, l'autore riflette sulle conseguenze della dichiarazione di inutilizzabilità di un dato probatorio evidenziando come tale sanzione impedisca di ammettere prove intese a riprodurre in altra forma il contenuto di una precedente prova assunta in difformità alla relativa disciplina.

*Unusability taken seriously*

*Taking inspiration from a recent decision of the court of cassation on the subject of seizure of devices and subsequent computer inspection, the author reflects on the consequences of the declaration of unusability of a piece of evidence, highlighting how such a sanction prevents the admission of evidence intended to reproduce in another form the content of a previous piece of evidence taken in breach of the relevant legislation.*

**SOMMARIO:** 1. Le condizioni di legittimità della conoscenza giudiziale. - 2. La sanzione dell'inutilizzabilità. - 3. Modalità e condizioni per l'operatività della disciplina in tema di inutilizzabilità. - 4. Quali possibilità di utilizzo della prova viziata. 5. L'inutilizzabilità come sanzione radicale. - 6. Contro l'utilizzo "euristico" della prova viziata. - 6.1. segue: *Male captum, bene retentum*: una eccezione che conferma la regola. - 7. Spunti per una soluzione di compromesso: salvaguardia della continuità investigativa e riaffermazione delle regole di legittima acquisizione delle prove.

1. *Le condizioni di legittimità della conoscenza giudiziale.* Nel nostro sistema processuale è presente un limite generale di utilizzabilità dei dati conoscitivi acquisiti nel corso del giudizio, coerentemente con «una concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche, ma i modi di produzione della verità»<sup>1</sup>. Il sapere del giudice - così come risultante dall'acquisizione dei dati cognitivi portati dalle prove - deve dunque formarsi in ossequio ad un ben determinato metodo legale probatorio che attraverso il presidio di limiti conoscitivi intende tutelare il singolo dalle degenerazioni decisorie sempre possibili qualora si decida di lasciare il soggetto inquirente e l'organo nell'ambito del processo penale liberi nell'esercizio della loro potestà cognitiva; ne consegue che la qualificazione di un processo penale come "giusto", secondo la definizione che ne fornisce la Carta costituzionale, è subordinata (non al raggiungimento di un determinato risultato cognitivo, bensì) alla circostanza che la fase istruttoria dello stesso si svolga determinati criteri epistemologici che garantiscano ad un tempo l'attendibilità delle con-

---

<sup>1</sup> DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano 2008, 15.

clusioni e la tutela della posizione dell'accusato<sup>2</sup>: come è stato detto con sintesi insuperabile, «il metodo con cui si indaga [costituisce] di per sé un valore perché - purificando il materiale della decisione - restringe il campo in cui si esercita l'arbitrio del giudice»<sup>3</sup>.

2. *La sanzione dell'inutilizzabilità.* Proprio in ragione del fatto che l'acquisizione di un elemento conoscitivo è valida solo se conseguente al rispetto del sistema probatorio espressione dei principi costituzionali che governano lo svolgimento del processo penale<sup>4</sup>, nel nuovo codice di procedura si è scelto - consacrando la prevalenza (o quantomeno equivalenza) della metodologia di istruttoria processuale rispetto al risultato finale espresso in sede di decisione<sup>5</sup> di qualificare *ex art. 191 c.p.p.* come inutilizzabili le prove ac-

---

<sup>2</sup> La considerazione che la disciplina codicistica in tema di dinamiche probatorie sia dettata sulla base di un'ideologia di fondo, in conformità alla quale vengono introdotte le regole cui si deve adeguare un sapere legittimo... 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" (DINACCI, *L'inutilizzabilità ed il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2, 1), è indiscussa in dottrina.

In proposito, senza pretesa di completezza anche in ragione della nota condivisione di tale riflessione, GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1993; ID., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli 1992; NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 650.

Si veda anche GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 59, secondo cui «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"...; 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».

Nel senso che fra le condizioni di ammissione e valutazione di un dato probatorio rientrano non solo le modalità di ricerca della prova, ma anche la legittimazione del pubblico ministero ad investigare laddove il legislatore subordina lo svolgimento dell'attività inquirente a determinate condizioni, cfr. GAFFO, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. Dir.*, II agg., Milano 1998, 734.

<sup>3</sup> NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 26.

<sup>4</sup> BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli 1990, 108.

<sup>5</sup> Su tale rapporto fra la metodologia della istruttoria processuale e la accettabilità, per la collettività, dell'esito finale della decisione, cfr. RIVELLO, *Verità e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1230;

quisite in difformità rispetto alla relativa disciplina<sup>6</sup>, “rende[ndo così] incontrovertibile che i divieti probatori stabiliti dalla legge costruiscono veri e propri “sbarramenti” di fronte ai quali il giudice deve fermarsi nell’accertamento del fatto, con la conseguenza della perdita del dato probatorio in caso di violazione del precetto normativo”<sup>7</sup>.

Diversamente da quanto previsto dal codice del 1930 - che non conosceva espresse regole di esclusione della prova, riconnettendo alla violazione della relativa normativa la sola nullità dell’atto istruttorio, con conseguente (solo eventuale) successiva nullità della decisione finale -, il citato art. 191 c.p.p. impedisce espressamente il ricorso alle cosiddette “prove vietate”, senza che debba attendersi per ottenere tale risultato la pronuncia di nullità della sentenza che su quei dati cognitivi epistemologici illegittimamente acquisiti venga ad essere fondata. Infatti, nell’affermare che “le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”, l’art. 191 c.p.p. introduce un divieto normativo che “si caratterizza per l’ampiezza del suo ambito d’azione tanto sotto il profilo dei casi, quanto sotto le diverse prospettive degli effetti[, posto che] il comma 2 dell’art. 191 stabilisce che «l’inutilizzabilità è rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento»<sup>8</sup>, così che la sanzione dell’inutilizzabilità colpisce ogni risultato probatorio “scaturente dalla condotta processuale inosservante, [volendosi] prevenire, con la minaccia della loro assoluta vanificazione, acquisizioni probatorie illegittime”<sup>9</sup>.

---

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.

<sup>6</sup> Nel senso che “l’inutilizzabilità assume il ruolo di indice di sistema ... espressione di un comando giuridico che pone la legalità della prova ad elemento presupposto del legittimo accertamento”, DINACCI, *L’inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 4.

<sup>7</sup> PAPAGNO, *L’interpretazione del giudice penale fra regole probatorie e regole decisorie*, Milano 2009, 86.

<sup>8</sup> DINACCI, *L’inutilizzabilità*, cit., 40.

<sup>9</sup> PIERRO, *Una nuova specie*, cit., 151. Nello stesso senso PAPAGNO, *L’interpretazione*, cit., 125; CESARI, *L’isolamento del testimone prima dell’esame: spunti di riflessione sull’istituto dell’inutilizzabilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, 689; DINACCI, *L’inutilizzabilità*, cit., 23.

Nel senso che “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”, DINACCI, *L’inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 6.

3. *Modalità e condizioni per l'operatività della disciplina in tema di inutilizzabilità.* A fronte dell'apparente chiarezza del dato normativo, tuttavia, dubbi si affacciano con riferimento alle modalità ed alle condizioni in presenza delle quali può operare la previsione di cui al citato art. 191 c.p.p.

Una prima questione investe la possibilità di applicare la sanzione dell'inutilizzabilità - non solo ogni qualvolta in sede processuale venga fatto ricorso a prove vietate in assoluto, ma anche - laddove si sia proceduto all'assunzione della prova con modalità diverse da quelle previste dalle disposizioni codicistiche di riferimento. Da parte di alcuni, infatti, si sostiene che, poiché non tutte le disposizioni codicistiche in materia di prova prevedono un divieto di utilizzo del dato epistemologico ottenuto in virtù di procedure difformi dal dettato normativo, la sanzione prevista dal citato art. 191 potrebbe rilevare solo in caso di inosservanza di regole probatorie specificatamente dirette ad impedire che un ben determinato elemento cognitivo venga a fondare decisione giudiziale<sup>10</sup>.

Tuttavia, questa posizione non considera come la stessa lettera dell'art. 191 c.p.p. riferisce il divieto di utilizzo da parte del giudice anche alle prove acquisite, cioè alle prove già ammesse, rispetto alle quali dunque una valutazione di conformità alla disciplina codicistica ha ragione di porsi - non con riferimento alla possibilità di un loro astratto utilizzo in sede di decisione, profilo que-

---

Per una sottolineatura dell'operatività dell'art. 191 c.p.p. anche in sede di indagini preliminari, GAITO, *Procedibilità*, cit., 750, secondo cui "qualora, in sede di controllo incidentale nel corso della fase delle indagini preliminari, manchi certezza documentata sull'esistenza o validità dei requisiti di forma e di sostanza tassativamente fissati dall'art. 346 c.p.p. (possibile sopravvenienza della condizione di procedibilità; necessità, pertinenza, urgenza, tipicità e tassatività dei mezzi di prova; procedura dell'incidente probatorio), non è dato affermare la ritualità degli atti compiuti nel procedimento iniziato nonostante la mancanza della condizione richiesta: la conformità a legge è condizione di validità del mezzo accertativo, sicché ove questa conformità non sia positivamente verificata o verificabile, ne risultano preclusi utilizzo, acquisizione ed apprezzamento «allo stato degli atti»".

<sup>10</sup> Dovendosi tale sanzione riferire alla sola prova vietata per una sua oggettiva ed ineliminabile illegittimità, in forza della quale si pone in maniera assolutamente difforme rispetto al sistema probatorio: Cass., Sez. I, 21 febbraio 1997, Mirino, in *Cass. Pen.*, 1998, 2419; Cass., Sez. III, 30 aprile 1999, Leone, *ivi*, 2000, 2723; Cass., Sez. III, 12 febbraio 1999, Cammarata, Rv. 213165.

In dottrina, nel senso del testo, SCILLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 203; CARELLO, *Le sanzioni della nullità e dell'inutilizzabilità e la tutela del diritto alla prova: prime osservazioni*, in *Crit. Dir.*, 1989, II, 113; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, cit., 242.

sto che per l'appunto atiene al momento dell'ammissione della prova, quanto - in relazione alle modalità con cui le stesse sono state acquisite e portate all'esame del giudice perché ne deliberi l'ammissione. In secondo luogo, non pare sussistere la necessità - richiamata invece dai sostenitori della tesi che si critica - di delimitare l'ambito di azione della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p. onde evitare un'indiscriminata applicazione della disposizione codicistica in presenza di qualsiasi violazione della disciplina in tema di prova<sup>11</sup>; come correttamente evidenziato, la locuzione "divieti di legge" che compare nel citato art. 191 "trova una sua definizione con riferimento ai requisiti della singola norma su cui si troverà ad agire, ... [essendo] la specificazione del «divieto di legge» ricavabile dalle regole dettate a presidio della singola prova o del mezzo di prova"<sup>12</sup>, per cui con l'utilizzo della suddetta espressione il legislatore ha voluto conferire alla disposizione una ampiezza operativa, dovendo la stessa trovare applicazione ogni qualvolta si constati la mancanza delle condizioni o dei presupposti di operatività della fattispecie probatoria<sup>13</sup>.

D'altronde, è questa la conclusione cui sono giunte le sezioni unite quando hanno affermato che "l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. opera su un duplice piano: come divieto di acquisizione e come divieto d'uso della prova, e sotto il primo profilo l'inutilizzabilità impedisce l'ammissione e l'assunzione del mezzo di prova colpito dal divieto"<sup>14</sup>. La sanzione in discorso, quindi, se colpisce la prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, deve essere riferita anche al dato cognitivo che venga in possesso del giudice dopo il ricorso ad "un procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale, [come accade] tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non sono dissociabili dai presupposti

---

<sup>11</sup> Secondo quanto sostenuto da CONTI, *Nullità ed inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforme*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1651; ID., *Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 57.

<sup>12</sup> DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 52.

<sup>13</sup> PIERRO, *Una nuova specie*, cit., 145; NOBILI, *Divieti*, cit., 647.

In giurisprudenza, Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, in *Cass. Pen.*, 1999, 645.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, n. 38845, in *Cass. Pen.*, 1998, 1951. Nello stesso senso, Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, *ivi*, 1999, 112.

normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo ed acquisitivo dell'atto"<sup>15</sup>.

4. *Quali possibilità di utilizzo della prova viziata.* Più complessa la questione inerente alla sfera di operatività dell'istituto dell'inutilizzabilità con riferimento alla possibilità di escludere dall'orizzonte conoscitivo del processo dati cognitivi acquisiti mediante procedimento o mezzi di ricerca della prova di per sé legittimi, ma posti in essere proprio sulla scorta di quanto "suggerito" all'inquirente dal contenuto di un mezzo di prova in precedenza acquisito in violazione di divieti di legge<sup>16</sup>. Si pensi, ad esempio, ad informazioni tratte da un interrogatorio viziato e poi utilizzate per disporre pedinamenti e controlli satellitari tramite gps o ad intercettazioni su utenze individuate quali "bersaglio investigativo" grazie a precedenti operazioni di ascolto effettuate in violazione degli artt. 266 ss. c.p.p. o a dichiarazioni testimoniali assunte sulla base di elementi indiziari forniti dallo stesso indagato in violazione dell'art. 63 c.p.p. o ancora - e si tratta, come è noto, della circostanza che si riscontra con maggiore frequenza - al sequestro operato su beni rinvenuti a seguito di una perquisizione disposta in assenza dei necessari presupposti o effettuata in modo illegittimo.

---

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, in *Cass. Pen.*, 1996, 3268, con nota di VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima*.

Da alcuni viene altresì rilevato 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 sistema. Questo ha riformato il regime della prova come un insieme coerente di valori e quindi l'interpretazione delle singole norme deve sempre essere ricondotta all'unità formale e sostanziale del sistema. 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 sistema" (DINACCI, *L'inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 13).

Nel senso che l'operazione acquisitiva nell'ambito del procedimento probatorio si pone in un momento successivo alla loro ammissione, dovendosi tutelare la legalità della prova durante tutto l'arco del relativo procedimento, si vedano anche PAPAGNO, *L'interpretazione*, cit., 125; GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino 2006, 74; BENE, *L'art. 191 c.p.p. ed i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. Pen.*, 1994, 121.

<sup>16</sup> Di potenziale inutilizzabilità "euristica" (contrapposta a quella probatoria) del dato epistemologico acquisito in violazione dei divieti di legge parla NAPPI, *A proposito della cosiddetta inutilizzabilità derivata*, in *Cass. Pen.*, 2018, 304.

In proposito, la tesi decisamente prevalente è nel senso di escludere la possibilità che l'inutilizzabilità possa comunicarsi, in modo analogo a quanto prevede per le nullità l'art. 185 c.p.p. A fronte di tesi dottrinarie – anch'esse peraltro minoritarie – che propugnano il ricorso alla categoria della cosiddetta inutilizzabilità “derivata”, per cui l'illegittimità della prova precedente si trasmetterebbe a quelle successive, determinandone l'estromissione dal quadro conoscitivo del giudizio<sup>17</sup>, la giurisprudenza in modo assolutamente unanime<sup>18</sup> esclude ogni possibilità di estendere in via analogica il principio di cui all'art. 185 c.p.p., sottolineando la tassatività dei divieti probatori di cui all'art. 191 c.p.p. ed evidenziando come le differenze fra gli istituti dell'inutilizzabilità e della nullità impediscano di ritenere operante in relazione al primo il disposto di cui all'art. 189 c.p.p.<sup>19</sup> La teoria sottostante questa conclusione ritiene che si possa parlare di inutilizzabilità solo con riferimento ad atti che vanno a costituire il presupposto di una successiva decisione, la cui motivazione – prevista come obbligatoria dalla legge – faccia per l'appunto riferimento all'atto probatorio viziato nel senso che il contenuto dello stesso viene posto a fondamento della relativa argomentazione giustificativa; il ricorso ad un mezzo di ricerca della prova è, di contro, un atto che non richiede, per la sua legittima adozio-

<sup>17</sup> BASSO, *Commento all'art. 252 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 731; COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1158; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 253; MONTAGNA, *Il “male captum bene retentum” è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1126; SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 216; PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano 2012, 286; VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità assoluta delle prove nel nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 998.

<sup>18</sup> Ed in verità anche la Corte costituzionale: cfr. Corte cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost.*, 2001, 2821; Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, in *Arch. pen. web*, 2019, secondo cui “è inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'inutilizzabilità probatoria degli esiti della perquisizione illegittima”.

<sup>19</sup> Con riferimento all'ipotesi della perquisizione illegittima e al successivo sequestro, escludendosi che la perquisizione illegittima dia luogo all'inutilizzabilità probatoria del conseguente sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, dopo Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, Rv. 204643, l'orientamento non è stato più contraddetto: Cass., Sez. II, 10 gennaio 2020, n. 16065, Rv. 278996; Cass., Sez. II, 23 dicembre 2016 (dep. 2017), n. 15784, Rv. 15784.

Per un esame della riflessione della dottrina su tale giurisprudenza, GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 84; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 535; POTETTI, *Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 660.

ne, di essere giustificato alla luce di conoscenze pregresse nella disponibilità degli inquirenti per cui non si ha ragione di sostenere che il vizio di una prova precedente acquisita possa trasmettersi ad attività investigative successive, anche se si tratta di intese a provare lo stesso fatto rappresentato dalla prova inutilizzabile. D'altronde, «consistendo l'inutilizzabilità nella impossibilità giuridica da parte del giudice di servirsi ai fini del proprio convincimento della prova di un determinato fatto in quanto assunta in violazione di specifico divieto, questa non colpisce il fatto come rappresentazione della realtà ma il mezzo attraverso il quale il fatto viene documentato; di conseguenza, tale fatto può costituire oggetto di una successiva prova assunta nelle forme di legge»<sup>20</sup>.

Sarebbe diverso - e non sono mancate voci dottrinali favorevoli a una lettura estensiva di tal sorta<sup>21</sup> - se l'art. 191 c.p.p. facesse invece riferimento alle prove «scoperte o raccolte» in violazione di legge, poiché vi rientrerebbero tutti i casi in cui la prova discenda da atti illegittimi, inclusa, ad esempio e sempre volendo fare riferimento alla circostanza di maggiore rilievo, una perquisizione eseguita al di fuori dei presupposti normativamente stabiliti. Di contro, alla luce dell'attuale formulazione del dato normativo, sono inutilizzabili solo le prove oggetto di divieto previsto da norme di natura processuale, come, ad esempio, le deposizioni testimoniali relative alla moralità dell'imputato o alle voci correnti nel pubblico, nonché le dichiarazioni ottenute mediante tortura; in tal senso, infatti, deporrebbe il concetto stesso di «prova acquisita», da interpretare alla luce del suo significato tecnico di atto esecutivo del provvedimento ammissivo della prova costituenda, ovvero di atto che consente l'ingresso nel giudizio della prova preconstituita<sup>22</sup>.

Infine, anche ammettendosi l'esistenza di una qualche forma di dipendenza fra due elementi probatori, laddove si potesse verificare nel concreto l'esistenza di un qualche nesso, di una tipologia di collegamento fra le prove

<sup>20</sup> Cass., Sez. I, 19 settembre 1997, n. 10575, Rv. 224856.

<sup>21</sup> CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1789; PANZAVOLTA, *Contributo allo studio*, cit., 286; PEYRON, *Invaldità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 615; VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità assoluta delle prove nel nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 998.

<sup>22</sup> In proposito, FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, 251.; SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 143; CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, 1192.

coinvolte, anche indipendentemente dall'accertamento di un legame dettato dalla legge<sup>23</sup> - come, ad esempio, quando fosse possibile sostenere che se le prove precedenti non fossero state assunte non vi sarebbe stata la successiva attività istruttoria da cui è derivata l'ulteriore acquisizione conoscitiva -, si evidenzia come la "nozione di atto «dipendente» (anche ammesso di poterla estendere alle prove) conserva un'identità ben definita...riferendosi a un rapporto di dipendenza al contempo causale e necessaria, logica e giuridica... circoscrivendo un'eventuale propagazione del vizio a fattispecie estremamente qualificate"<sup>24</sup>, per cui il legame fra le prove coinvolte, per essere rilevante ai fini della trasmissione del vizio, non potrebbe essere meramente fattuale ma dovrebbe «emergere a livello normativo»<sup>25</sup>, come ad esempio quello fra le registrazioni delle intercettazioni e la successiva perizia trascrittiva.

5. *L'inutilizzabilità come sanzione radicale.* Sono molteplici i profili di criticità che pare presentare la tesi maggioritaria che si è illustrata.

In primo luogo, la ricostruzione maggioritaria conferisce all'art. 191 c.p.p. una dimensione meramente tautologica giacché la stessa finisce per qualificare come inutilizzabili solo le prove acquisite in violazione di un divieto legislativo, le quali però sono già *ex se*, in virtù del divieto di ammissione non osservato, prove inammissibili, per le quali è esclusa in radice la possibilità di entrare a fare parte del bagaglio conoscitivo del giudice, senza che sia necessario prevederne l'inutilizzabilità in altra diversa e generale disposizione.

In secondo luogo, non convince nemmeno la lettera dell'art. 191 c.p.p. che imporrebbe di riferire la sanzione dell'inutilizzabilità alle sole prove ammesse

---

<sup>23</sup> DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 93; PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 114, che distingue fra «valutazione in astratto» e «valutazione in concreto» del nesso di dipendenza, e secondo cui l'art. 185 c.p.p. includerebbe non solo fenomeni di dipendenza «normativa», ma anche «logica», che riguarderebbe «l'influenza concreta che, sul piano dell'origine storica o del contenuto, un atto abbia esercitato su un atto successivo»; TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, 3953; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, cit., 253.

<sup>24</sup> CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. Pen. Cont.*, riv. Trim, 4/2013, 118.

<sup>25</sup> CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 796.

Nello stesso senso, FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 218.

in violazione di specifici divieti. Come già accennato in precedenza, la presenza nella disposizione codicistica di un richiamo alle prove “acquisite” in presenza di un divieto di legge “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”<sup>26</sup>.

6. *Contro l’utilizzo “euristico” della prova viziata.* A prescindere da queste considerazioni, tuttavia, la tesi che esclude la possibilità di qualificare come inutilizzabili anche atti a valenza dimostrativa che, pur non presentando profili di contrasto con prescrizioni normative, si pongono in qualche modo in rapporto di derivazione con precedenti atti di analogo significato probatorio, che invece sono stati assunti in violazione della disciplina in materia probatoria, presenta altri e più profondi profili di criticità. Per evidenziare tali aspetti è tuttavia necessario svolgere una riflessione generale circa le dinamiche investigative e probatorie che possono svilupparsi in sede di indagini e nell’ambito del processo penale – senza limitarsi a valorizzare invece singole previsioni, il cui contenuto, come vedremo, non può assurgere ad espressione di principi generali.

In proposito, occorre riconoscere che un dato epistemologico può avere una duplice dimensione. In primo luogo, l’elemento conoscitivo ricavabile dal mezzo di prova esperito può essere utilizzato quale prova ovvero quale fattore dimostrativo di una determinata circostanza rilevante nella ricostruzione dell’accaduto: Tizio, in sede di esame testimoniale, dichiara di aver visto Caio accoltellare Sempronio; Tizio dichiara che Caio, accusato di omicidio, era con lui al momento dell’omicidio e quindi ne fornisce un alibi. Tuttavia, il medesimo dato può avere anche una funzione che alcuni autori definiscono

---

<sup>26</sup> DINACCI, *L’inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 18, secondo cui “l’art. 191 c.p.p. costruisc[e] il vizio in termini “funzionali” comprendenti non solo la mera staticità dell’atto ma l’intero divenire del procedimento probatorio pervenendo a precludere la sua funzione conoscitiva”.

Medesime considerazioni sono svolte da GAITO, *Procedibilità*, cit., 753, con riferimento ad atti investigativi posti in essere in mancanza della necessaria condizione di procedibilità.

“euristica”<sup>27</sup> ovvero fornire elementi di fatto che non esauriscono la loro funzione nell’accrescere il bagaglio conoscitivo dell’inquirente o del giudicante ma che suggeriscono nuove ed ulteriori possibilità di approfondimento per ricostruire l’accaduto ovvero sollecitano l’acquisizione di altre prove utili per la conferma dell’accusa, come ad esempio tipicamente di verifica nel caso della cd. testimonianza *de relato*: Caio dichiara che Tizio gli ha detto di aver visto Sempronio sparare verso la vittima; per acquisire tale dato probatorio – Sempronio ha sparato –, il pubblico ministero, sulla scorta di quanto affermato da Caio, procede ad assumere la testimonianza di Tizio sulle medesime circostanze.

Che la sanzione dell’inutilizzabilità colpisca e vada riferita alla dimensione conoscitiva della prova è fin troppo ovvio. I problemi iniziano, come evidente da quanto fin qui affermato, quando si rifletta sull’attinenza fra l’art. 191 c.p.p. e la dimensione “euristica” della prova inutilizzabile.

Si è detto che l’orientamento prevalente è decisamente contrario ad una “propagazione” del vizio dal primo atto probatorio agli atti istruttori successivi posti in essere in virtù degli spunti investigativi tratti dal precedente inutilizzabile e ciò in quanto non si ritiene potersi rinvenire alcuna forma di collegamento rilevante fra gli atti ed i procedimenti a contenuto probatorio. Il concetto di “dipendenza”, infatti, richiede un «rapporto di presupposizione necessaria»<sup>28</sup> e quindi l’atto portatore del vizio può contagiare quelli successivi soltanto se ne costituisce «la premessa logica e giuridica»<sup>29</sup> o la determinante «ragione d’essere»<sup>30</sup>, dando luogo ad una «sequela dinamica necessaria»<sup>31</sup> la cui precisa realizzazione è condizione di validità dell’intero procedimento: di contro, fra le prove sussistono soltanto legami “occasionalmente” - per esemplificare, ad un interrogatorio non deve seguire inderogabilmente un confronto, così come un’intercettazione non necessariamente comporta l’esecuzione di

<sup>27</sup> NAPPI, *A proposito della cosiddetta*, cit., 3285.

<sup>28</sup> PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell’invalidità derivata*, cit., 110.

<sup>29</sup> MARABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 271.

<sup>30</sup> MAGLIOCCA, *Le nullità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, t. II, *Gli atti*, a cura di Dean, Torino, 2008, 412.

<sup>31</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1192. Nello stesso senso NOBILI, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 310.

un'ispezione né una testimonianza deve essere seguita da una nuova audizione<sup>32</sup> - poiché «tra i vari frammenti del contesto istruttorio intercorre un semplice nesso psicologico [...]; l'equivoco sta nel postulare tra le singole iniziative probatorie quel rapporto di dipendenza giuridica, sul quale si basa la nozione del procedimento»<sup>33</sup>. Inoltre, si sottolinea come l'inutilizzabilità, pur se sanzione riferita ad atti a natura probatoria, è fenomeno che esplica le sue conseguenze sulla decisione adottata sulla scorta del contenuto epistemologico della prova censurabile nel senso che «la prova inutilizzabile ... non può essere posta a fondamento dell'argomentazione giustificativa di una decisione»; nella misura in cui la scelta relativa allo svolgimento di attività istruttoria non richiede alcuna giustificazione argomentativa «si esclude che l'inutilizzabilità possa comunicarsi, a norma dell'art. 185 c.p.p., ad atti successivi, la cui eventuale motivazione non fa riferimento, nemmeno implicito, alla prova inutilizzabile»<sup>34</sup>.

A conferma di queste considerazioni viene poi sottolineato come quando il legislatore abbia inteso conferire al vizio dell'inutilizzabilità una dimensione ulteriore, intesa a precludere una rilevanza dell'atto viziato anche in termini di spunti per lo svolgimento di ulteriori attività investigative, lo abbia sancito espressamente, come può riscontrarsi leggendo l'art. 202 c.p.p. che inibisce all'autorità giudiziaria ogni forma di utilizzazione - per l'appunto anche indiretta - delle notizie coperte dal segreto di Stato, non solo quindi ai fini delle determinazioni contenute in una qualsiasi decisione giurisdizionale ma anche ai fini di ulteriori scelte investigative o istruttorie che dalle notizie inutilizzabili traggano informazione<sup>35</sup>, facendo comunque salva la possibilità per l'autorità giudiziaria «di procedere in base a elementi auto-

---

<sup>32</sup> LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1129; NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 645; CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata*, cit., 129.

<sup>33</sup> CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 171.

<sup>34</sup> NAPPI, *A proposito*, cit., 3047, da cui è tratta anche la citazione precedente.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., n. 110 del 1998, secondo cui il divieto di cui al testo «riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta vizzate dall'illegittimità della loro origine.

nomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti da segreto» (art. 202, comma 7).

6.1. *segue: Male captum, bene retemptum: una eccezione che conferma la regola.* In realtà, la rilevanza degli argomenti sopra esposti ci pare ben lungi dall'essere decisiva.

In primo luogo, va osservato come il codice contenga diversi elementi che sembrano deporre nel senso di una inutilizzabilità, per così dire, assoluta, da riferire cioè tanto all'uso decisorio che a quella che abbiamo indicato come potenzialità "euristica" della prova viziata. Si pensi, ad esempio a quanto prevedono gli artt. 240 e 333 c.p.p. secondo cui i cd. anonimi «non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato» o l'art. 729, co. 1 *ter*, c.p.p. in tema di atti assunti per rogatoria. Tenendo in considerazioni tali previsioni, dunque, l'art. 202, co. 7, c.p.p., anziché essere un'eccezione, rappresenta null'altro che una specificazione di un principio generale, specificazione per l'appunto presente anche in altre disposizioni del codice di procedura come i menzionati artt. 240, 333 ecc.

Inoltre, a prescindere da quanto ricavabile da singole disposizioni, elementi a favore di una applicazione "a tutto campo" dell'art. 191 c.p.p. possono ricavarsi dalla *Relazione al Progetto preliminare* del codice di procedura penale. In tale documento, infatti, nelle diverse parti in cui si esaminano le conseguenze e gli effetti della sanzione dell'inutilizzabilità - assumendo a riferimento non solo l'art. 191 c.p.p., ma anche, ad esempio, le ipotesi previste dagli artt. 271 o 343, co. 4 c.p.p. - si legge che «i risultati della prova non sono in alcun modo utilizzabili in ogni stato e grado del procedimento, quale che sia il comportamento della parte interessata» o che «per le intercettazioni illegittime è stata mantenuta, nell'art. 271, l'inutilizzabilità a qualsiasi fine, accompagnata dalla distruzione della relativa documentazione»<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Secondo DINACCI, *L'inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 12, "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». Si ha, quindi, *expressis verbis* la riprova di come

Non solo. L'argomento visto in precedenza, secondo cui la presenza nel codice di procedura penale di norme - in particolare l'art 202, co. 7 c.p.p. - che sanciscono espressamente ogni forma di utilizzo, anche indiretto ed ai fini investigativi, dimostrerebbe come di regola il legislatore consente la possibilità di trarre spunti inquirenti dal dato probatorio acquisito in modo illegittimo, salvo appunto che non lo vieti espressamente, può essere facilmente ribaltato nel suo opposto, stante la presenza nel codice di disposizioni in cui il legislatore, per far salvo l'uso investigativo, ha ritenuto di doverlo espressamente specificare - si pensi, ad esempio all'art. 350, co. 5, in tema di dichiarazioni spontanee dell'indagato o l'art. 226, co. 5 disp. att., c.p.p. in tema di intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni - così da indurre una conclusione in senso opposto a quella ora vista ovvero l'inutilizzabilità copre tutto il quadro dei possibili effetti e cognizioni ricavabili dalla prova viziata, salvo che il legislatore non consenta si faccia alla stessa ricorso a fini investigativi<sup>37</sup>.

Nemmeno ci pare possa richiamarsi, a sostegno della tesi che si critica l'ormai tetragona impostazione giurisprudenziale relativa ai rapporti fra perquisizione illegittima e successivo sequestro di cose pertinenti al reato. Diversi autori, infatti, sostengono che la giurisprudenza - sopra richiamata - secondo cui eventuali vizi che concernono la ricerca della cosa non investono il successivo provvedimento ablatorio deve considerarsi quale conferma del fatto che l'inutilizzabilità incide esclusivamente sul «metabolismo decisorio», limitandosi ad investire solo «le prove di cui il giudice non può tenere conto»<sup>38</sup>.

Tali affermazioni, tuttavia, non considerano la rilevanza che rivestono, nell'ipotesi considerata, le specifiche previsioni codicistiche di cui agli artt. 103 e 343 da un lato, e di cui agli artt. 252 e 253 c.p.p. dall'altro. I primi due articoli, infatti, vietano esplicitamente di procedere a sequestro - e quindi l'inutilizzabilità dei dati cognitivi ricavabili dagli stessi - negli uffici dei difensori salvo che in presenza di determinate condizioni o nei confronti di parla-

---

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

<sup>37</sup> CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata*, cit., 115.

<sup>38</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 1192 (da cui è tratta anche la citazione precedente), secondo cui il diritto si disinteresserebbe della «ricerca dei segni del reato» e l'eventuale legame fra una prova inutilizzabile e quelle susseguenti troverebbe spazio solo nella mente degli inquirenti, come dimostrato dall'assenza di disposizioni, che vietino espressamente l'uso investigativo delle prove inutilizzabili.

mentari in caso di mancanza di autorizzazione a procedere, mentre gli artt. 252 e 253 c.p.p. ordinano il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato; è sulla scorta di tale dato normativo, che non ci pare presentarsi per nessuna altra ipotesi di consequenzialità logica fra mezzi di ricerca e/o mezzi di prova, che deve escludersi la possibilità di sancire l'inutilizzabilità delle cose rinvenute a seguito di perquisizione illegittima: se non si riscontra violazione degli artt. 103 e 343 c.p.p., il vizio che investe la perquisizione non influisce sulla validità del provvedimento ablatorio giusto l'obbligo di sequestro di cui ai menzionati artt. 252 e 253 c.p.p.<sup>39</sup>.

Inoltre, a confermare l'inattendibilità del procedimento di sequestro dalla censura che investe invece il decreto di perquisizione sta oggi la disciplina di cui all'art. 252-*bis* c.p.p. in tema di opposizione al provvedimento suddetto, opposizione non esperibile però quando sia stato disposto un sequestro, posto che in tali ipotesi il gravame dell'interessato avrà ad oggetto il provvedimento ablatorio. Si tratta, indiscutibilmente, della conferma a livello normativo del costante orientamento giurisprudenziale secondo cui l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione compiuto ad iniziativa della polizia giudiziaria non comporta effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato e sulla utilizzabilità del medesimo atto in funzione probatoria<sup>40</sup>, ma per l'appunto si tratta di un dato normativo isolato, giustificato dalle ragioni che si sono segnalate, e proprio in ragione della particolari motivazione sottostanti all'art. 252-*bis* c.p.p. non può rappresentare espressione di un principio generale.

---

<sup>39</sup> In questo senso CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata*, cit., 129 che richiama la differenza fra la disciplina delle intercettazioni e quella di perquisizione. Mentre con riferimento alle intercettazioni, in unico capo è regolata tanto la procedura relativa alla fase di ricerca della prova quanto quella che conduce all'acquisizione dei risultati della captazione e "il legislatore, proprio a coronamento della scelta di riunire ricerca e acquisizione, lega il rispetto della procedura di ricerca all'efficacia probatoria dei risultati acquisiti (art. 271 c.p.p.) [considerando] le due attività (ricerca e acquisizione) ... come un'unica fattispecie e i vizi della prima ricadono conseguentemente sulla seconda ... il rapporto fra perquisizione e sequestro è completamente differente: ricerca e acquisizione sono state disciplinate separatamente e nessuna disposizione simile all'art. 271 c.p.p.". Secondo l'autore, questa diversa configurazione degli istituti si spiega perché "mentre nel caso delle intercettazioni il legislatore ha voluto escludere dal procedimento dichiarazioni mal captate, si è invece deciso di acquisire comunque prove reali mal ricercate".

<sup>40</sup> Riconosce tale rilevanza dell'art. 252-bis c.p.p., DINACCI, *L'inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 29.

In conclusione, il dato normativo pare tutt'altro che decisivo nell'orientare l'ermeneutica dell'art. 191 c.p.p. nel senso che l'effetto dell'inutilizzabilità possa essere riduttivamente limitato al piano decisorio, inducendo di contro anche «a ritenere validamente sostenibile il ruolo dell'inutilizzabilità in fase preliminare in relazione anche a provvedimenti di natura non decisoria»<sup>41</sup>. Di conseguenza, l'aggettivazione di inutilizzabile starebbe ad indicare che la prova affetta da questo vizio non è utile al procedimento, ossia «non serve a nulla»<sup>42</sup> ed «il deterioramento della funzione conoscitiva, cui è sottoposta la prova invalida, è tanto profondo che essa non è più nemmeno capace di fornire informazioni atte al reperimento di elementi ulteriori»<sup>43</sup>.

Peraltro, una tale conclusione pare anche più coerente con quelle che sono le finalità della disciplina concernente l'ammissione e le modalità di acquisizione delle prove. È da ritenere, infatti, che «il divieto di acquisire una prova – perché in sé vietata (*an*), o perché formata attraverso modalità vietate (*quomodo*) – sottende il chiaro intento di ostacolarne l'uso durante il procedimen-

---

<sup>41</sup> GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 85.

Va detto peraltro che diversi autori ritengono che anche la non trasmissibilità del vizio di inutilizzabilità dalla perquisizione al successivo sequestro debba essere messo in discussione, alla luce «dello stretto rapporto 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 operare. 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» (DINACCI, *L'inutilizzabilità ed il male captum*, cit., 21). Nello stesso senso MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile*, cit., 1126.

<sup>42</sup> SCELLA, *Inutilizzabilità*, cit., 481.

In questo senso, ma in una prospettiva diversa e riferita essenzialmente alla fase delle indagini preliminari, GAITO, *Procedibilità*, cit., 745, secondo cui «l'operato del pubblico ministero il quale - invece di astenersi da qualsiasi iniziativa - proceda all'assunzione di elementi probatori in difetto dei prescritti requisiti si concreta in attività compiuta contra legem; con ovvie conseguenze invalidanti per gli atti d'iniziativa probatoria irrualmente compiuti, sotto il profilo dell'inammissibilità».

<sup>43</sup> CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata*, cit., 115.

Si veda anche GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 88, secondo cui «che l'inutilizzabilità appartenga come fenomeno alla logica della decisione e sia estranea alla 'ricerca dei segni del reato' appariva ed appare ora a maggior titolo affermazione non aderente alla struttura normativa dell'inutilizzabilità»; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, cit., 253 secondo cui tale vizio «non attiene soltanto al profilo decisorio, ma direttamente all'uso della prova vietata»; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità*, cit., 52; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 171.

to; ne viene proibita l'acquisizione a fini preventivi, per evitare che essa giunga nella disponibilità di chi potrebbe utilizzarla... non avrebbe quindi alcun senso colpire con l'inutilizzabilità la mera acquisizione di una prova vietata e poi tenere esenti da vizi le prove scoperte grazie al suo effettivo impiego: i divieti probatori risulterebbero privi di significato, in quanto alla vanificazione della loro *ratio* - la prova vietata è stata usata - non seguirebbe alcuna sanzione... se l'inutilizzabilità non incidesse sull'efficacia probatoria delle prove susseguenti, tale proibizione sarebbe del tutto vana"<sup>44</sup>.

Di una tale criticità fornisce plastico esempio una recente decisione della Cassazione<sup>45</sup>. Nel caso di specie, un soggetto era tratto agli arresti domiciliari sulla scorta di elementi indiziari tratti dalla messaggistica presente nel suo telefono cellulare; di tali dati, il pubblico ministero era venuto in possesso a seguito di ispezione informatica sul *device* in precedenza sottoposto a sequestro, sequestro però in precedenza annullato dal tribunale del riesame per carenza di motivazione; la difesa censurava la condotta degli inquirenti giacché, una volta annullato il sequestro, l'effettuazione di una ispezione informatica, in assenza di un ulteriore provvedimento di sequestro, rappresentava una palese violazione del provvedimento del riesame che aveva ordinato la restituzione del cellulare, con conseguente inutilizzabilità "patologica" di tali elementi indiziari. In particolare, secondo la difesa, a fronte delle affermazioni del tribunale del riesame secondo cui si era in presenza di "un'ablazione del tutto sproporzionata e scollegata da una reale finalità probatoria esplicitata soltanto in maniera approssimativa [facendo trasparire] la sostanza di un sequestro meramente esplorativo", era evidente l'illegittimità di un provvedimento di "ispezione" con acquisizione integrale dei dati che si poneva in palese violazione del *dictum* dell'organo giurisdizionale e rendeva di fatto irrilevante la relativa decisione.

Come si vede, in questo caso la comminatoria della sanzione dell'inutilizzabilità dei dati ricavati mediante il sequestro avrebbe perso ogni efficacia qualora si fosse consentito la valutazione in sede probatoria di ele-

---

<sup>44</sup> CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata*, cit., 116.

<sup>45</sup> Cass., Sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180.

menti che il pubblico ministero aveva acquisito per il tramite di un mezzo di ricerca della prova diverso dal sequestro annullato (l'ispezione informatica) ma della cui esistenza e quindi della cui disponibilità era venuto a conoscenza ed in possesso solo grazie all'esecuzione dell'illegittimo provvedimento ablatorio. Si spiega così perché la Cassazione, nell'accogliere le censure difensive, parli di "una sequenza procedimentale connotata da tratti di anomalia", di "una violazione del provvedimento giurisdizionale, [di cui sono stati neutralizzati] gli effetti attraverso l'utilizzo - improprio - di un atto di ricerca della prova che era stato ritenuto, dal tribunale del riesame reale, nullo", dandosi così vita ad una "prova incostituzionale", la cui "patologia" deriva proprio dalla violazione del provvedimento giurisdizionale cui è conseguita una illegittima violazione della sfera di riservatezza al di fuori dei presupposti declinati dall'art. 15 Cost.... Nel momento in cui la competente autorità giudiziaria - ossia il Tribunale del riesame - ha accertato l'assenza di idonea motivazione a fondamento del sequestro probatorio operato dal pubblico ministero, disponendone l'annullamento e ordinando la restituzione dei beni appresi agli aventi diritto, è evidente che l'ulteriore compressione della sfera costituzionalmente tutelata, attuata tramite la ispezione informatica, si pone fuori dal rispetto del perimetro delle garanzie derivanti dall'art. 15 Cost."

*7. Spunti per una soluzione di compromesso: salvaguardia della continuità investigativa e riaffermazione delle regole di legittima acquisizione delle prove.* Pur ritenendo pienamente condivisibile la decisione della Cassazione sopra menzionata, riteniamo che la Suprema Corte avrebbe potuto far ricorso per giustificare la sua pronuncia ad un'ulteriore argomentazione, che forse meglio si presta a giustificare la posizione di chi reclama un maggior rigore nella definizione della sfera applicativa della sanzione dell'inutilizzabilità, impedendo un uso anche indiretto della prova viziata.

Va infatti riconosciuto che i sostenitori della tesi secondo cui il disposto di cui all'art. 191 c.p.p. opera solo con riferimento a provvedimenti di natura decisoria possono addurre a sostegno della loro posizione un significativo argomento ovvero le difficoltà pratiche che nascerebbero qualora si intendesse sostenere che la prova inutilizzabile non consente che alla stessa si faccia ri-

corso nemmeno a fini investigativi o per rinvenire altri elementi dimostrativi utili all'accusa. Pur volendosi superare le menzionate perplessità che insorgono quando si intenda ipotizzare una derivazione e una sequenzialità procedimentale rilevante per il diritto processuale fra atti a contenuto dimostrativo, in ogni caso, per asserire che il vizio di una prova possa "contaminare" anche quelle successive alla stessa collegate, occorre comunque riuscire a dimostrare che fra due elementi cognitivi posti a disposizione del giudice - il primo inutilizzabile e l'altro, acquisito successivamente e conforme al dettato normativo - sussista una qualche forma di "collegamento" determinata dalla circostanza che l'acquisizione dell'ulteriore dato probatorio sia stata in qualche modo indotta, suggerita, dalle risultanze del ricorso al mezzo di ricerca della prova esperito in precedenza e connotato da irregolarità e quindi inutilizzabile; in sostanza, l'inutilizzabilità, per venire correlata ad atti probatori successivi a quello viziato, richiede che si riesca a definire che i primi trovino nel secondo un loro presupposto logico nel senso di rappresentarne lo sviluppo investigativo.

Orbene, in alcuni casi dimostrare l'esistenza di quella che potremmo definire come "forma di continuità investigativa" fra i diversi accertamenti esperiti dall'inquirente è senz'altro agevole. Una tale circostanza, evidentemente, si rinviene in vicende come quelle oggetto della citata pronuncia n. 31180, dove il pubblico ministero intanto ha potuto procedere ad ispezione informatica di un telefono cellulare in quanto aveva il possesso di tale *device* in conseguenza di un sequestro posto in essere illecitamente; del pari, analoghe considerazioni - sia pure con le precisazioni che si diranno - possono svolgersi, ad esempio, nel caso di intercettazioni disposte su numeri telefonici emersi sulla base di una precedente intercettazione illegittima *ex art. 271 c.p.p.* quando le nuove operazioni di captazione sono state poste in essere subito dopo le prime e senza che sia stato posto nessun accertamento per individuare le nuove utenze da sottoporre ad ascolto.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che una tale valutazione è di regola assai più complessa ed anzi diremmo assolutamente discrezionale. Si pensi, ad esempio, all'audizione di un congiunto dell'indagato, inutilizzabile per violazione dell'art. 199 c.p.p., il quale indichi alcuni luoghi frequentati dall'accusato: se il pubblico ministero successivamente dispone la perquisi-

zione dei medesimi luoghi, potrà sostenersi che tale accertamento è stato suggerito dalla testimonianza inutilizzabile o invece occorre tenere che l'ispezione sui luoghi frequentati dall'indagato rappresenta l'ovvio ed il naturale svolgimento nelle attività investigative? Ancora, per rimanere a vicende analoghe a quelle oggetto della decisione cui si è fatto cenno e che ha fornito da spunto per questa riflessione, si immagini che in un processo per omicidio per il tramite dell'acquisizione illecita di messaggistica telefonica gli inquirenti accertino l'esistenza di rapporti fortemente conflittuali fra l'indagato e la vittima, dopo di che procedano ad interrogare su tale aspetto diversi testimoni: in questo caso, si dovrà ritenere che tali domande siano state suggerite dalla messaggistica acquisita in modo viziato o siano aspetti che il pubblico ministero comunque avrebbe approfondito durante l'assunzione delle sommarie informazioni?

Non vi è chi non veda come nelle situazioni indicate la risposta dipende da considerazioni assolutamente opinabili e non sia possibile pervenire ad una soluzione che si presenti - se non come pienamente condivisibile, quanto meno - come dotata di un margine di ragionevole prevedibilità. Da un lato, è innegabile che il pubblico ministero di regola trae suggerimenti investigativi da dati epistemologici inutilizzabili, non foss'altro per il fatto che ogni prova, *ex se*, è di regola latrice di contenuti che possono influenzare il futuro svolgimento delle indagini ma d'altro canto occorre riconoscere che, con assoluta frequenza, gli ulteriori accertamenti che possono ritenersi suggeriti dalla prova inutilizzabile rientrano altresì nell'ordinario svolgersi dell'attività inquirente sicché potrebbe sostenersi - per rimanere agli esempi precedenti - che si sarebbe comunque proceduto a perquisizione dei luoghi nella disponibilità dell'accusato o alla ricostruzione dei rapporti fra imputato e vittima o all'intercettazione di ulteriori utenze. In sostanza, se in alcuni rari casi, è indiscusso il rapporto di dipendenza fra prove inutilizzabili e nuovi accertamenti disposti in sede di indagini, nella assoluta maggioranza dei casi ???accertare e definire quale sia il legame fra una prova inutilizzabile e quelle susseguenti<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, cit., 253; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 42.

Di tali criticità, che derivano da una ricostruzione della nozione di inutilizzabilità come sanzione che impedisce un qualsiasi utilizzo della prova viziata, occorre a nostro parere farsi carico. A tale scopo, noi proponiamo un'ipotesi di lettura dell'art. 191 c.p.p. che, senza escludere *tout court*, il possibile utilizzo "euristico" della prova acquisita in modo illegittimo - senza cioè escludere che dalla stessa possano trarsi suggerimenti per lo sviluppo delle indagini ed ulteriori aggiornamenti - precisi e delimitati quando ci si trovi innanzi a tale ipotesi e quando invece la condotta degli inquirenti vada ad integrare una sostanziale elusione dell'istituto contemplato dal citato art. 191.

A tale scopo, ci pare si debba richiamare un'interessante osservazione formulata dalla Cassazione giusta la quale non può parlarsi di "propagazione" dell'inutilizzabilità ad atti probatori successivi al primo non conforme al dettato normativo in quanto, "consistendo l'inutilizzabilità nella impossibilità giuridica da parte del giudice di servirsi ai fini del proprio convincimento della prova di un determinato fatto in quanto assunta in violazione di specifico divieto, questa non colpisce il fatto come rappresentazione della realtà ma il mezzo attraverso il quale il fatto viene documentato; di conseguenza, tale fatto può costituire oggetto di una successiva prova assunta nelle forme di legge"<sup>47</sup>.

La riflessione della Cassazione riprende la distinzione, tipica del *common law*, fra *evidence* - termine che indica il mezzo o la fonte di prova ovvero ciò che serve e può essere impiegato per la conoscenza del fatto - e *proof*, che indica invece il risultato che deriva dall'acquisizione dei mezzi di prova e dalla loro valutazione, in sostanza la conseguita conoscenza sulla base dell'*evidence* disponibile<sup>48</sup>: quando l'*evidence* viene colpita da inutilizzabilità, nulla impedisce di pervenire al medesimo risultato di prova - ovvero *the proof* - per il tramite di un nuovo strumento probatorio. Orbene, questa ci sembra la chiave di volta per risolvere le criticità cui si è fatto cenno in precedenza: si può parlare di (consentito) utilizzo "euristico" o a fini investigativi della prova vizia-

---

Riconoscono tale difficoltà, ma ritengono comunque esperibile una tale verifica da parte del giudice, PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 292; CABIALE, *L'inutilizzabilità derivata*, cit., 117.

<sup>47</sup> Cass., Sez. I, 19 settembre 1997, n. 10575, Rv. 224856.

<sup>48</sup> DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano 2005, 1 ss.; SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Pisa 2012, 58.

ta solo quando è possibile rinvenire una distinzione e separazione concettuale ed operativa fra l'*evidence* non conforme al dato normativo ed il risultato epistemologico ottenuto sì da potersi ipotizzare che *the proof* perseguito dagli inquirenti può derivare anche per il tramite dell'utilizzo di altri e diversi strumenti probatori dei quali si può sostenere che non presentano alcun collegamento con il precedente atto viziato proprio perché la conoscenza del dato di realtà che si vuole accertare può derivare da una pluralità di strumenti conoscitivi e non solo dal ricorso al mezzo di prova qualificato come inutilizzabile. Come è stato detto in dottrina, non si è in presenza di uso "euristico" di una prova inutilizzabile quando si ammetta una prova intesa a riprodurre in altra forma una prova inutilizzabile<sup>49</sup>. In questo caso, infatti, "non si tratta di prendere spunto investigativo o istruttorio da una prova inutilizzabile, bensì di trasferirne in altro mezzo di prova confezionato *ad hoc* il contenuto di informazioni su un fatto incerto"<sup>50</sup>, come quando si chiamasse un appartenente alla polizia giudiziaria a riferire sul contenuto di intercettazioni non utilizzabili o si intendesse assumere a teste il consulente del pubblico ministero sul contenuto di accertamenti tecnici non ripetibili, inutilizzabili per violazione dell'art. 360 c.p.p.<sup>51</sup> ovvero si proceda ad ispezione (o perquisizione) di beni (o luoghi) di cui l'organo inquirente ha ottenuto la disponibilità in virtù di un provvedimento di sequestro poi annullato.

---

<sup>49</sup> GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., 64, che parla in questo caso di "inutilizzabilità alternativa", proprio per indicare che la sanzione può aver ad oggetto tanto la prova ab origine inutilizzabile quanto quella individuata dal pubblico ministero per sostituirla.

<sup>50</sup> NAPPI, *A proposito*, cit., 3049, secondo cui "le informazioni desumibili da una prova inutilizzabile possono essere occasione per identificare un possibile ulteriore testimone, per individuare un luogo da ispezionare o un oggetto da sequestrare, ma non possono divenire oggetto di un'altra prova sostitutiva di quella inutilizzabile".

<sup>51</sup> Come riconosciuto da Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, Rv. 246022.