

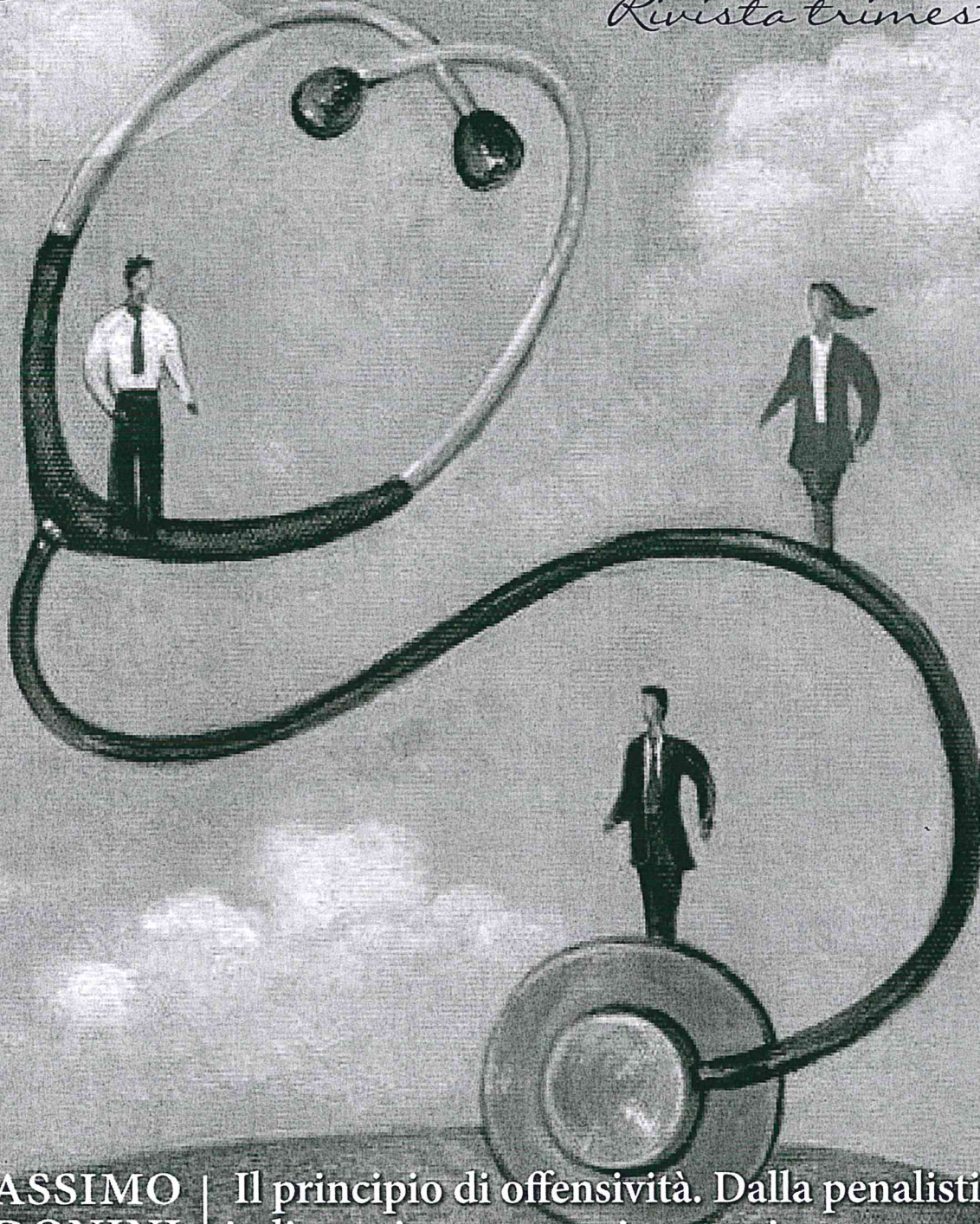
# 4/2013



## DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

CODICE ISSN 2240-7618

*Rivista trimestrale*



**MASSIMO  
DONINI**

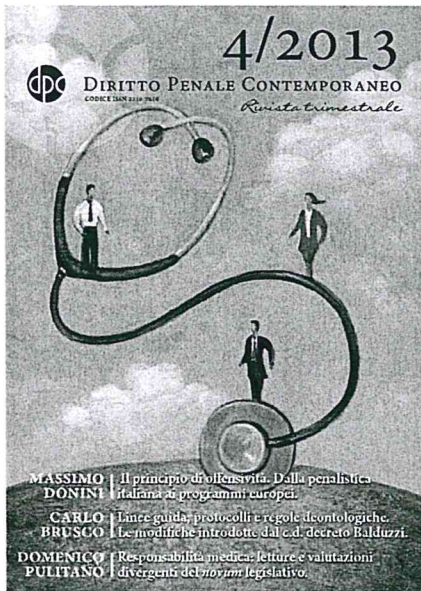
Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei.

**CARLO  
BRUSCO**

Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi.

**DOMENICO  
PULITANO**

Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del *novum* legislativo.



#### EDITORE

Luca Santa Maria

#### DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Viganò

#### VICE DIRETTORI

Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo,  
Luca Luparia

#### COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Dolcini, Novella Galantini,  
Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia  
Buzzelli, Elena Maria Catalano,  
Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio  
D'Arcangelo, Angela Della Bella, Gian  
Paolo Demuro, Antonio Gullo, Stefano  
Manacorda, Vittorio Manes, Luca  
Masera, Anna Maria Maugeri, Oliviero  
Mazza, Alessandro Melchionda,  
Chantal Meloni, Claudia Pecorella,  
Marco Pelissero, Gioacchino Romeo,  
Markus Rübenstahl, Francesca  
Ruggieri, Domenico Pulitano, Marco  
Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis,  
Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Alfio  
Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo  
Vizzardi

#### SEGRETERIA DI REDAZIONE

Anna Liscidini, Alberto Aimi, Susanna  
Arcieri, Ignacio Castillo Val, Irene  
Gittardi, Marco Montanari, Tommaso  
Trinchera, Alessandra Verri, Stefano  
Zirulia



## DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO - RIVISTA TRIMESTRALE è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.



#### PEER REVIEW

*La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.*

*Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.*

#### ELENCO DEI REVISORI

*Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani.*

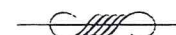


ANNO 2013, CODICE ISSN 2240-7618

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.

Sede legale: Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

Impaginazione automatica: [www.t-page.it](http://www.t-page.it)



Telefono: 02 8928 3000 | Fax: 02 8928 3026 | [redazione@penalecontemporaneo.it](mailto:redazione@penalecontemporaneo.it)

# Sommario

<b>EDITORIALE</b>	In questo numero DI FRANCESCO VIGANÒ	01
<b>DIRITTO PENALE E PRINCIPI COSTITUZIONALI</b>	Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei DI MASSIMO DONINI	04
	I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali DI GIOVANNI FLORA	44
<b>NUOVI CONTORNI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA?</b>	Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche intro- dotte dal c.d. decreto Balduzzi DI CARLO BRUSCO	51
	Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del <i>novum</i> legislativo DI DOMENICO PULITANÒ	73
	Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpreta- tive: alcune considerazioni DI PIER FRANCESCO POLI	86
	Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione DI ALESSANDRO ROIATI	99
<b>IL PROCESSO PENALE SOTTO OSSERVAZIONE</b>	L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esi- genze sostanziali DI ANDREA CABIALE	112

	Logica della prova, <i>statistical evidence</i> e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale DI ELENA MARIA CATALANO	132
	US Supreme Court, Jeremy Bentham e il <i>panopticon</i> genetico DI GIUSEPPE GENNARI	152
	La “vicenda Drassich” si ripropone come crocevia di questioni irrisolte DI SERENA QUATTROCOLO	161
L'OBBIETTIVO SU...	La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile DI RAÚL A. CARNEVALI	170
	La pena accessoria della decadenza dai <i>parental rights</i> e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso <i>M.D. and Others v. Malta</i> DI LARA FERLA	186
	Sull'applicabilità dell'articolo 640 co. 2 n. 1) c. p. alle società miste DI ELIANA GRECO	205
	Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al ‘piroettismo’ giurisprudenziale DI ELIO LO MONTE	219
	Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri DI LUCA MASERA	241
	Giudicato penale e resistenza alla <i>lex mitior</i> sopravvenuta: note sparse a margine di Corte Cost. n. 210 del 2013 DI GIOACCHINO ROMEO	261
	Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione DI LUCA TUMMINELLO	272

GIURISPRUDENZA IN PRIMO PIANO	Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 <i>bis</i> c.p. DI FABIO BASILE	311
	La Cassazione torna sulla rilevanza penale dell’elusione fiscale DI TATIANA GIACOMETTI	325
	Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali DI VITTORIO MANES E VALERIO NAPOLEONI	336
	La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”? DI ANNA MARIA MAUGERI	352
	La Cassazione alla prova dello <i>spamming</i> , tra presunzioni e torsioni DI ANDREA FRANCESCO TRIPODI	386

# L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali

SOMMARIO 1. PREMESSA. – 2. LA RICOSTRUZIONE TEORICA DELL'INUTILIZZABILITÀ "DERIVATA". – 3 (SEGUE) IL RAPPORTO DI "DIPENDENZA". – 4. L'APPLICAZIONE PRATICA DELL'INUTILIZZABILITÀ "DERIVATA". – 5. (SEGUE) ATTI PROBATORI «A COMPIMENTO LIBERO» O «A COMPIMENTO VINCOLATO». – 6. (SEGUE) IL RAPPORTO FRA PERQUISIZIONE E SEQUESTRO. – 7. UN ISTITUTO PRECARIO E INSODDISFACENTE. – 8. FENOMENI ALTERNATIVI DI TRASMISSIONE DEL VIZIO. – 9. IL RUOLO DELL'INUTILIZZABILITÀ TRA FASE INVESTIGATIVA E DECISORIA. – 10. UNA SOLUZIONE ALTERNATIVA ALLA PROPAGAZIONE. – 11. LA SPERIMENTAZIONE CONCRETA DEL MODELLO PROPOSTO. – 12. CONCLUSIONI.

## 1 PREMESSA

L'inutilizzabilità nasce come istituto severo che – almeno astrattamente – non ammette compromessi a fronte dell'acquisizione di prove vietate; i risultati non sono però sempre stati pari alle attese, soprattutto a causa della formulazione dell'art. 191 c.p.p., forse troppo ambigua per assicurare omogeneità interpretativa.

Fra i molteplici dubbi ancora irrisolti, la questione più controversa resta la sorte delle prove, la cui acquisizione è stata propiziata da fonti conoscitive inutilizzabili. Si immagini che le informazioni tratte da un interrogatorio viziato vengano utilizzate per disporre pedinamenti e controlli satellitari tramite gps, oppure che i risultati di intercettazioni illegittime abbiano costituito l'unica risorsa per individuare nuove utenze telefoniche da captare; oppure ancora che, a seguito di una dichiarazione estorta, il pubblico ministero scopra il luogo ove sono state pianificate le azioni criminose e vi rinvenga fondamentali prove reali.

Cosa accade insomma quando una prova inutilizzabile viene sfruttata per acquisirne altre? Le prove così ottenute sono anch'esse invalide o vanno esenti da vizi?

La risposta è molto delicata e modifica sostanzialmente gli equilibri fra due esigenze contrapposte, che da sempre governano la disciplina delle prove: da una parte, la necessità di garantire un accertamento giudiziale completo ed efficiente; dall'altra, il dovere di tutelare diritti e libertà costituzionalmente garantiti, spesso "compressi" durante la ricerca della verità processuale<sup>1</sup>.

Il quesito viene spesso risolto attraverso il ricorso alla categoria della cosiddetta inutilizzabilità "derivata": l'illegittimità della prova precedente si trasmetterebbe a quelle successive, contaminandole d'inutilizzabilità<sup>3</sup>.

1. In questo senso, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 796.

2. Per una ricognizione iniziale del tema, si vedano C. CONTI, voce *Inutilizzabilità* (*dir. pen. proc.*), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, 13-14; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 82-84; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 534-535.

3. Nella trattazione dell'inutilizzabilità "derivata", viene spesso evocata la dottrina dei «frutti dell'albero avvelenato» di matrice statunitense; la Corte suprema – attraverso varie stratificazioni ormai quasi secolari – ha sviluppato una vera e propria teoria della derivazione, dapprima in merito al rapporto fra perquisizione e sequestro, poi anche relativamente alle prove dichiarative. Si vedano, per ulteriori indicazioni bibliografiche, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 339-362; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano, 2012, 263-275.

In questa sede, verranno affrontati i profili controversi di tale ricostruzione e si tenterà di individuare una via alternativa, che, pur prefigurandosi obiettivi simili, appaia maggiormente conforme alla natura e ai presupposti del vizio in esame.

Chi cerchi nel codice di procedura penale un qualche riferimento all'inutilizzabilità "derivata", resterà deluso: come è noto, al «silenzio del legislatore»<sup>4</sup>, ha voluto riparare parte della dottrina, ispirandosi, in maniera più o meno esplicita, all'art. 185, comma 1, c.p.p., secondo cui «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo»; i fautori dell'inutilizzabilità "derivata" sostengono che, a parità di condizioni, ossia in presenza di prove "dipendenti", anche l'inutilizzabilità sarebbe in grado di propagarsi<sup>5</sup>.

Questa affermazione suscita una serie di problemi: in primo luogo, l'innesto nell'inutilizzabilità di meccanismi ideati per la nullità deve trovare una giustificazione formale nella legge processuale; secondariamente, è necessario individuare fra le prove nesses di "dipendenza", che consentano al vizio di espandersi; infine, anche ammettendo che le prime due questioni siano risolte positivamente, non è affatto scontato che l'istituto astratto si riveli facilmente adattabile alle peculiarità dei singoli casi.

Il primo aspetto è quello meno esplorato. La dottrina si è infatti preoccupata prevalentemente dei profili operativi dell'inutilizzabilità derivata e, così facendo, è stata posta in secondo piano la necessità di spiegare come essa nasca, ossia in che modo possa essere forgiato un istituto privo di un immediato fondamento codicistico. Eppure la soluzione non è affatto a portata di mano.

L'applicazione analogica dell'art. 185 c.p.p. sembra la via più semplice<sup>6</sup>. Tuttavia, bisogna ricordare che la nullità è una «sanzione processuale» tipica, che può operare solo a fronte di fattispecie altrettanto tipiche<sup>7</sup>.

Questa materia è infatti governata dal principio di tassatività (art. 177 c.p.p.), il cui corollario principale è il divieto di analogia: l'interprete non può applicare la nullità in casi diversi da quelli espressamente previsti dal legislatore, nemmeno «sull'asserito presupposto della medesimezza di *ratio legis*»<sup>8</sup>. Mentre si afferma che, in alcune circostanze, un rigoroso ossequio a tale regola potrebbe comportare profili di irragionevolezza del sistema, tradizionalmente il settore delle nullità ne conosce un'applicazione rigida<sup>9</sup>.

Tale disciplina non può quindi agire oltre i confini tracciati dal legislatore e, per questa ragione, l'applicazione analogica dell'art. 185 c.p.p. – oltretutto per veicolare un vizio diverso dalla nullità – viene da molti correttamente considerata discutibile<sup>10</sup>.

4. Così P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 113.

5. Si vedano, ad esempio, le ricostruzioni effettuate da C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 254-259; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 91-96; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 253-313; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Salerno, 1992, 170-171.

6. Propongono questa soluzione E. BASSO, *Commento all'art. 252 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 731; L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1158; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 91; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 253; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1126; A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 216.

7. Così N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 344-345.

8. Così G. MARABOTTO, voce *Nullità nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 271; si vedano anche G. DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da E. Marzaduri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 1996, 193-194; A. GALATI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 911.

9. Si vedano P. DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2011, 14; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 2005, 3.

10. Secondo P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 562, «lascia perplessi, in ogni caso il ricorso al ragionamento per analogia in una materia che si ritiene governata dal principio di tassatività»; EAD., *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prove illegittime e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1519. Si vedano anche R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1789, secondo cui «potrebbe prestarsi a critiche il ricorso all'art. 185 comma 1 c.p.p.; in materia vige il principio di tassatività, cosicché appare eccentrico applicare la norma al di fuori della specifica ipotesi descritta»; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Milano, 1992, 83, secondo cui estendere l'istituto dell'invalidità derivata all'inutilizzabilità costituisce una «forzatura».

Lascia altrettanto perplessi l'idea di ricavare dalla disposizione appena citata un principio generale di «invalidità derivata»<sup>11</sup>; vincolata al principio di tassatività, questa materia non pare idonea ad accogliere regole astratte di ampia portata. In linea generale, poi, non vi è motivo per ritenere che una norma – collocata all'interno della disciplina di una invalidità e a quella soltanto riferita – ambisca a regolare la propagazione di altri vizi processuali.

A supporto di tali conclusioni, conviene poi ricordare che neppure la Corte costituzionale ha voluto assumersi la responsabilità di siffatte operazioni ermeneutiche: secondo i giudici delle leggi, tali scelte comporterebbero «l'esercizio di opzioni che l'ordinamento riserva esclusivamente al legislatore, in una tematica, per di più, che – quale quella dei rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori – ammette, già sul piano logico un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative»<sup>12</sup>.

Queste parole della Consulta sono ben più significative di quanto appaiano a prima vista. Non vi si legge soltanto un *non possumus*, ma soprattutto un invito a rispettare e valorizzare le scelte compiute dal legislatore: il fatto che l'inutilizzabilità non sia stata progettata per propagarsi non può essere *tout court* considerato una lacuna, cui porre analogicamente rimedio; prima di predisporre surrogati esegetici, è opportuno immaginare che l'asserita “mancanza” sottenda a una *ratio* ben precisa, della quale occorra sondare le motivazioni.

Insomma, la creazione di un fenomeno di trasmissione dell'inutilizzabilità – ricavato dalle regole della nullità derivata e operante nei medesimi casi – non pare supportata da un'adeguata legittimazione nel diritto positivo; inoltre, tale istituto sembra rappresentare una soluzione troppo poco attenta alla volontà dei codificatori.

### 3

#### (SEGUE) IL RAPPORTO DI “DIPENDENZA”

La seconda questione (l'individuazione di atti probatori giuridicamente connessi) ha goduto di maggiore trattazione e possiamo anzi affermare che l'intero dibattito sull'inutilizzabilità derivata si riduce spesso a tale tema<sup>13</sup>: chi individua atti probatori fra loro “dipendenti” sostiene che l'inutilizzabilità possa propagarsi; chi nega l'esistenza di simili relazioni ritiene che essa non contaminino le prove susseguenti.

Avvicinata all'invalidità derivata, l'inutilizzabilità è stata infatti travolta, suo malgrado, dall'eterno dibattito sulla nozione di atto “dipendente”. Riassumiamone brevemente i contorni.

Il concetto di “dipendenza”<sup>14</sup> – oggi codicisticamente espresso dall'art. 185 c.p.p. – viene descritto come «rapporto di presupposizione necessaria»<sup>15</sup>: l'atto portatore del vizio può contagiare quelli successivi soltanto se ne costituisce «la premessa logica e giuridica»<sup>16</sup> o la determinante «ragione d'essere»<sup>17</sup>.

Fin qui tutti concordano; le divergenze sorgono al momento di elencare gli atti avvincenti da un legame tanto intenso.

---

Secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 286, escludere la derivazione dall'ambito dell'inutilizzabilità per il fatto che in tale materia non esiste un principio analogo all'art. 185 c.p.p. costituisce «una scorciatoia argomentativa»; il vero problema sarebbe piuttosto capire se tale disposizione sia riferibile anche alle prove.

11. Ipotizzano questa soluzione R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1789; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 198 e 286-288; C. PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 615; si veda anche A. VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità assoluta delle prove nel nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 998.

12. Si tratta di C. cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost.*, 2001, 2821.

13. Si vedano, ad esempio, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 92: «In ogni caso, il contagio di un atto probatorio viziato agli atti successivi è comunque subordinato ad un rapporto di dipendenza»; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1996, 181; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 534.

14. Per una ricognizione dei vari modi in cui il rapporto di “dipendenza” è stato definito, si veda M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 110-112.

15. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7ª ed., Torino, 2011, 199. Si veda anche M. NOBILI, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 310: l'Autore parla di “presupposto normativo indefettibile”.

16. G. MARABOTTO, voce *Nullità nel processo penale*, cit., 277.

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



Le interpretazioni più restrittive considerano giuridicamente connessi solo gli atti che appartengono a «sequele dinamiche necessarie»<sup>18</sup>, «*ordo procedendi*»<sup>19</sup> legislativamente stabiliti, la cui precisa realizzazione è condizione di validità dell'intero procedimento<sup>20</sup>; possiamo pensare al rapporto che lega la richiesta di rinvio a giudizio e il decreto che dispone il giudizio: nel processo ordinario, se non vi è la richiesta, non può essere validamente emesso il decreto<sup>21</sup>. Le prove, al contrario, intratterrebbero soltanto legami "occasionalmente": effettivamente, di regola, non vi sono casi in cui a un interrogatorio debba seguire inderogabilmente un confronto, oppure a un'intercettazione un'ispezione<sup>22</sup>.

Di qui, la celebre affermazione corderiana – riferita al codice previgente, ma ancora attuale – secondo cui «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>23</sup>.

Altre ricostruzioni sono invece più estensive<sup>24</sup> e in molti ritengono che anche le prove possano dirsi "dipendenti", quando fra esse sorge un «legame sostanziale»<sup>25</sup>, in cui la successiva rinviene nella precedente «la sua unica giustificazione e la sua causa essenziale»<sup>26</sup>.

Così estesa l'invalidità derivata alle prove, si è quindi pensato di poterla applicare anche in materia di inutilizzabilità<sup>27</sup>; in questo modo, attraverso un dubbio adattamento delle regole sulla propagazione della nullità, anche la prova inutilizzabile contamina le acquisizioni successive.

Il dibattito appena illustrato conferma quanto prima si accennava: la *querelle* sulla propagazione dell'inutilizzabilità verte principalmente sulla tipologia degli atti (atto propulsivo, atto probatorio, atto presupposto) e sulla qualità dei legami che fra di essi intercorrono; al contrario, le caratteristiche del vizio vengono prese in considerazione solo marginalmente<sup>28</sup>. In altre parole, molti si chiedono se le prove sono in grado di contagiarsi fra loro, ma poi non si preoccupano di sapere se l'inutilizzabilità è una malattia contagiosa.

Tuttavia, quest'ultimo interrogativo – allorché si voglia indagare un'eventuale trasmissione del vizio – è senza alcun dubbio rilevante e merita di essere affrontato.

La risposta, del resto, non può che trovarsi nelle disposizioni che regolano l'inutilizzabilità. Come stabilisce chiaramente l'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità opera in conseguenza della violazione di un divieto<sup>29</sup>: la prova può essere estromessa in quanto di

---

18. F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, 1192.

19. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 310.

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

21. Si parla in questi casi di «atti propulsivi, ossia quelli «necessari alla struttura del procedimento» (così, M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 16).

22. In questo senso, O. LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1129; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 645.

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

24. Si veda, ad esempio, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 115-125, secondo cui «l'atto propulsivo non esaurisce tutti i casi di dipendenza giuridica in cui può sprigionarsi la forza della derivazione» (125); «il nesso di consecuzione giuridica va visto nel dato per cui un atto costituisce il presupposto del successivo; ove atto presupposto del successivo significa atto che attribuisce (o concorre ad attribuire) il potere di realizzare il successivo» (123).

25. Così si esprime E. BASSO, *Commento all'art. 185 c.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, cit., vol. I, 368; nello stesso senso, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 199.

26. Testualmente, C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 270. Si veda anche L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1158.

27. Si veda, ad esempio, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 287-288.

28. Cfr. M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 99-100, secondo cui «l'essenza della derivazione non consiste nel domandarsi se il vizio che colpisce un determinato atto possa contagiare un successivo, poiché l'attenzione va posta sull'atto nullo più che sulla causa invalidante: bisogna vedere se l'atto invalido contamina un successivo, non tanto se il suo vizio possa causare l'imperfezione del secondo».

29. Si sostiene generalmente che gli atti affetti da inutilizzabilità fisiologica, cioè gli atti delle indagini preliminari che non possono divenire prova dibattimentale, siano atti *secundum legem*, ossia pienamente conformi al proprio modello legale, ma comunque inutilizzabili (si vedano, ad esempio, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 22; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 5-10). In realtà, anche in questi casi, è possibile individuare una serie di divieti di acquisizione (ad esempio, il sistema delle letture e delle contestazioni), che proibiscono l'acquisizione dibattimentale degli atti d'indagine; solo alla violazione dei divieti predetti scatta l'inutilizzabilità. Dunque il meccanismo di operatività dell'inutilizzabilità

per sé vietata (art. 240 c.p.p.), oppure perché formata attraverso modalità vietate (art. 188 c.p.p.). Questo vizio è dunque lo strumento attraverso il quale viene selezionato il materiale probatorio fruibile nel corso del procedimento<sup>30</sup>.

L'invalidità derivata ha tutt'altra origine e opera in situazioni completamente differenti: essa «rimuove dal processo atti formalmente perfetti»<sup>31</sup>, meritevoli di essere esclusi in quanto appartenenti a una sequenza viziata. L'atto contagiato corrisponde al proprio modello legale e non ha alcun difetto; eppure viene travolto dalla nullità. Questo fenomeno consente allora di invalidare una serie di atti, in cui l'elemento «presupposto» non permetteva il compimento di quelli successivi<sup>32</sup>.

Da una parte, vi sono prove vietate, che entrano nel procedimento nonostante il divieto di acquisirle; dall'altra, atti legittimi – se singolarmente considerati – la cui contrarietà alla legge non sta propriamente in sé, ma “deriva” da quelli che li hanno preceduti.

Dovrebbe quindi essere chiara l'irriducibile distinzione fra la violazione di un divieto e un fenomeno di contaminazione: secondo quanto afferma l'art. 191 c.p.p., l'inutilizzabilità opera nel primo caso ed è estranea al secondo.

Pertanto, se si riflette sul vizio, anziché sull'atto, emerge il più vistoso difetto della ricostruzione teorica dell'inutilizzabilità “derivata”: alcune caratteristiche ontologiche insuperabili impediscono di pensare l'inutilizzabilità come vizio diffusivo, sempre che non si accetti di trascurarne i presupposti applicativi e l'intima natura<sup>33</sup>. Parte della dottrina, forse troppo intenta a scrutare l'atto, finisce per tralasciare questo fondamentale aspetto.

Al termine di questa indagine teorica, l'inutilizzabilità “derivata” pare allora una debole e malferma riproposizione di un istituto tipico della nullità, capace di contravenire alla disciplina di entrambe queste invalidità: divieto di analogia e requisiti della propagazione da un lato, presupposti e struttura del vizio dall'altro.

## 4

### L'APPLICAZIONE PRATICA DELL'INUTILIZZABILITÀ “DERIVATA”

Scopriamo ora se l'inutilizzabilità “derivata” si dimostri efficiente in sede di sperimentazione pratica.

Verranno esaminati tre casi archetipici, che permettono di illustrare funzionamento e limiti dell'istituto in esame: a) durante un interrogatorio viziato, l'indagato fornisce il nome di alcune persone informate sui fatti, che vengono puntualmente sentite dalla polizia giudiziaria; b) un'intercettazione ambientale inutilizzabile conduce alla scoperta dei numeri di alcune utenze telefoniche, poi sottoposte a captazione; c) durante una perquisizione illegittima, vengono rinvenute prove reali, immediatamente sequestrate. I primi due esempi rappresentano attività d'indagine, l'una liberamente esperibile dal pubblico ministero, l'altra vincolata alla previa emissione di un provvedimento motivato; il terzo è la fattispecie in cui tradizionalmente il dibattito sull'inutilizzabilità “derivata” assume concretezza.

---

fisiologica non pare fondamentale diverso da quello della inutilizzabilità patologica, salva la differenza di *ratio* delle proibizioni sottostanti. In questo senso, si vedano A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 211; G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 3427; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 120-134.

30. Si veda A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 143-152.

31. Così, A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 88.

32. Si veda M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 16.

33. In questo senso, G. DE AMICIS, *Sulla “inutilizzabilità consequenziale”*, in *Cass. pen.*, 1999, 1571; E.M.T. DI PALMA, *Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, 3162; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 65-67 e 83; F. RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 138.

Nel caso a), aderendo all'ottica del contagio, saremmo istintivamente portati a pensare che le dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti siano inutilizzabili per derivazione.

Eppure la più parte dei sostenitori dell'inutilizzabilità derivata nega questa possibilità. L'assunzione di informazioni viene classificata fra gli «atti probatori a compimento libero», per il cui esperimento «la legge non richiede un presupposto necessario o una motivazione»<sup>34</sup>; dato che nessuna disposizione prevede per l'audizione dei possibili testimoni una giustificazione fondata su elementi di prova precedentemente raccolti<sup>35</sup>, l'interrogatorio avrebbe soltanto «occasionato» questa attività investigativa, senza esserne la «condizione giuridica»<sup>36</sup>.

In sostanza, la prova inutilizzabile è stata determinante «solo in via di fatto»<sup>37</sup> per la scoperta di quelle successive e, mancando un legame legislativamente espresso, il vizio non si trasmetterebbe.

Tutt'altra soluzione per l'ipotesi *sub b)*. L'intercettazione ambientale viziata, nel corso della quale emerge il numero di un'utenza telefonica, rende inutilizzabili i risultati delle successive captazioni.

Diversamente dal caso a), infatti, l'intercettazione rientra nel novero degli «atti probatori a compimento vincolato», per i quali la legge richiede una motivazione basata su prove. Pertanto, si afferma, quando la motivazione del decreto che autorizza l'intercettazione fa riferimento alla prova viziata, fra questa e i risultati della captazione si instaura un rapporto di «dipendenza»<sup>38</sup> – questa volta giuridica<sup>39</sup> – tale da innescare la propagazione del vizio.

Tuttavia, a ben considerare, è davvero ipotizzabile che l'inutilizzabilità sfrutti il provvedimento autorizzativo della captazione, quale tramite per propagarsi?

Alcuni Autori, invero, ritengono che l'inutilizzabilità – oltre a trasmettersi fra le prove – possa propagarsi anche ai provvedimenti decisori, che tengano conto di prove viziate<sup>40</sup>: in questa prospettiva, allora, risulterebbero contaminati tanto i risultati delle intercettazioni, quanto il decreto autorizzativo (considerando tale atto come espressione di una decisione<sup>41</sup>).

Procedendo con ordine, sembra di poter anzitutto escludere una trasmissione dell'inutilizzabilità fra la prova e il decreto<sup>42</sup>: in primo luogo, i due atti hanno natura differente<sup>43</sup> e l'inutilizzabilità è vizio esclusivamente probatorio<sup>44</sup>, che certamente non si adice alle decisioni. In secondo luogo, il vizio che colpisce il provvedimento non è cagionato da un'ipotetica forma di contagio, ma da un «effetto diretto dell'inutilizzabilità»<sup>45</sup>:

34. Così, C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., 257.

35. In questo senso, M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 644.

36. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 159-160.

37. Così, testualmente, G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 534.

38. Si veda ancora C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 258-259. Nello stesso senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 229; A. FURGIELE, *La prova nel processo penale. Formazione, valutazione e mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 98; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 311-312.

39. *Contra*, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 290-292, secondo cui «il nesso fra le prove e la motivazione dei decreti che dispongono mezzi di ricerca della prova è soltanto un nesso logico»; tuttavia, «escludere una relazione giuridica non significa [...] negare una qualsiasi forma di interferenza fra atti». Per questa ragione, l'Autore ammette comunque una «possibilità di contagio», ma sola a seguito di «una valutazione caso per caso, fondata sulle circostanze concrete, che diagnostichi una decisiva influenza di un elemento probatorio invalido sull'atto che lo richiama».

40. In questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1793-1796; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 160; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 228-231 e 248-250.

41. Secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 213-214, nell'eventuale ipotesi di derivazione fra la prova invalida e il giudizio, vengono in rilievo «tutti i provvedimenti con cui il giudice decida sopra una questione (processuale o di merito) nel procedimento».

42. In questo senso, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 94; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 66; A. SCCELLA, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, Milano, 2008, 494.

43. In questo senso, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 255. *Contra*, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 216-217, secondo cui la diversa natura degli atti non è ragione sufficiente per escludere il contagio.

44. Si vedano, ad esempio, G.L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova. Nel giudizio abbreviato, nel "patteggiamento" e nell'istituto della acquisizione degli atti su accordo delle parti*, Milano, 2004, 7; N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, agg. I, 1997, 690.

45. Così si esprime F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 92.

la motivazione del decreto è «priva di stabilità»<sup>46</sup>, in quanto la prova doveva essere ignorata e non poteva giustificare l'autorizzazione.

Ciò detto, è ancora necessario capire quale sia il vizio del provvedimento; come è noto, anche questo punto soffre di insanabili contrasti.

Secondo alcuni, l'anomalia che affligge l'atto consiste nel mero uso della prova inutilizzabile; la motivazione sarebbe soltanto uno «specchio»<sup>47</sup>, che riflette l'impiego dell'elemento probatorio invalido<sup>48</sup>. Altri, invece, ritengono che l'autorità giudiziaria, tenendo conto della prova vietata, decida «in modo scorretto»<sup>49</sup>, determinando un difetto di motivazione<sup>50</sup>. In breve, da un lato, si sostiene che il provvedimento si limiti a portare su di sé i segni dell'illegittimo uso della prova; dall'altro, che la motivazione presenti un «vuoto»<sup>51</sup> argomentativo, perché uno dei suoi tasselli fondamentali non poteva farne parte. I primi vedono una motivazione completa, ma costruita con materiali di pessima qualità; gli altri, una motivazione carente, priva di un pilastro portante.

Ai nostri fini, potrebbe essere sufficiente recepire una visione pragmatica della questione: in fin dei conti, l'importante è appurare se il provvedimento «sia ben motivato, nonostante l'estirpazione del dato probatorio illegittimo»<sup>52</sup>; se questa «prova di resistenza»<sup>53</sup> fallisce, l'atto – costruito con componenti scadenti oppure sprovvisto di fondamenta – è in ogni caso destinato a crollare<sup>54</sup>.

Si può quindi affermare che il decreto autorizzativo della captazione non è contaminato dalla prova inutilizzabile, però presenta una motivazione inidonea a giustificarne l'emissione.

Ora che si conosce l'effetto della prova viziata sul decreto, è possibile rispondere all'interrogativo iniziale: l'inutilizzabilità si trasmette davvero per mezzo di tale provvedimento? Un esame della disciplina delle intercettazioni sembrerebbe escluderlo.

L'art. 271 c.p.p., infatti, impone a pena di inutilizzabilità il rispetto delle regole ex art. 267 c.p.p., fra cui figura appunto un'autorizzazione del giudice concessa con decreto «motivato». Se questo provvedimento si basa essenzialmente su prove viziate, l'onere motivazionale resta insoddisfatto; l'atto non può ragionevolmente dirsi «motivato» e i risultati della captazione sono inutilizzabili per violazione dell'art. 267 c.p.p.<sup>55</sup>.

Nel caso in esame, vi è quindi inutilizzabilità, per il semplice fatto che il legislatore ha così sanzionato l'inosservanza dell'art. 267 c.p.p.

A questo punto, però, è inevitabile domandarsi cosa accadrebbe se non esistesse l'art. 271 c.p.p. Nell'attuale assetto codicistico, sembra che si manifestino contemporaneamente due vizi distinti<sup>56</sup>: da un lato, la nullità del decreto ex art. 125, comma 3, c.p.p., il quale prescrive per il giudice l'onere di motivare i propri provvedimenti (si è appena visto che tale obbligo non può essere soddisfatto attraverso l'uso di prove inutilizzabili); dall'altra, l'inutilizzabilità dei risultati della captazione. Quest'ultima sanzione – in

46. Testualmente, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 255.

47. Così, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 182-183.

48. Non vi sarebbe alcun difetto di motivazione; la violazione del divieto probatorio integrerebbe un *vitium in procedendo*, testimoniato dal provvedimento stesso. Si vedano M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 182-183; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti*, cit., 181. Secondo N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 67, la motivazione sarebbe in realtà affetta da un vizio «innominato».

49. Così si esprime ancora M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 182.

50. Si realizzerebbe quindi un *error in iudicando*. In questo senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1145 e 1197; si veda anche P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., 94.

51. Testualmente, P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., 94.

52. Testualmente, A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., 201.

53. Sul tema si veda, ad esempio, M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 184-188; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 534; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 243 e 250.

54. In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 214, secondo cui una decisione fondata su «prove scorrette» è in ogni caso una decisione «inadeguata»; infatti, «nessuna giustificazione valida può fondarsi su elementi invalidi» (291).

55. In questo senso, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 204; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 41; M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 645.

56. Si vedano C. DI MARTINO – T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, 222; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 204; M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 645.

quanto specificamente predisposta per le intercettazioni – sarebbe però destinata a prevalere.

Si può allora supporre che, se non esistesse l'art. 271 c.p.p., tornerebbe a essere applicabile l'art. 125, comma 3, c.p.p.<sup>57</sup>; in questa immaginaria situazione, se una prova inutilizzabile fosse la base giustificativa dell'autorizzazione – e, «amputata della prova illegittima»<sup>58</sup>, la motivazione “cadesse”<sup>59</sup> – l'unica conseguenza sarebbe la nullità del decreto<sup>60</sup>.

In conclusione, la disciplina delle intercettazioni è una peculiare fattispecie, in cui l'ordinamento reagisce all'imperfezione della motivazione con l'inutilizzabilità delle prove successivamente formate<sup>61</sup>. In caso contrario, non vi sarebbe inutilizzabilità (tantomeno in forma derivata), perché la prova inutilizzabile si limita a compromettere la tenuta della motivazione, esaurendo così i suoi effetti.

## 6

### (SEGUE) IL RAPPORTO FRA PERQUISIZIONE E SEQUESTRO

Il caso *sub c*) concerne un'altra attività – la perquisizione – il cui esperimento esige l'emissione di un decreto motivato (art. 247, comma 2, c.p.p.).

Si pensi, ad esempio, a una perquisizione compiuta in difetto dei presupposti di merito – non vi era «fondato motivo» di disporla – oppure a quella d'iniziativa della polizia giudiziaria non convalidata. In questi casi, l'atto investigativo è illegittimo e bisogna interrogarsi sulla sorte delle prove eventualmente sottoposte a sequestro.

Il quesito richiede di affrontare la delicata questione del rapporto fra perquisizione e sequestro, considerata un vero classico dell'inutilizzabilità derivata<sup>62</sup>. Sul tema si è scritto moltissimo, ben prima del 1988, e non è nostra intenzione ripercorre tutta la vicenda, né pretendere di raggiungere certezze. Tuttavia, sembra che l'inutilizzabilità derivata non sia lo strumento adatto per sancire l'inefficacia probatoria delle cose sequestrate a seguito di perquisizione illegittima.

Si afferma comunemente che l'inutilizzabilità colpisca sia i mezzi di prova, sia i mezzi di ricerca della prova<sup>63</sup>. Tuttavia, non si può non rilevare che la perquisizione è pura ricerca: il suo obiettivo è soltanto il rinvenimento del corpo del reato e delle cose

57. Si ritiene che l'art. 125, comma 3, c.p.p., oltre che nel caso limite di inesistenza grafica della motivazione, operi in tutte le situazioni in cui il discorso giustificativo alla base del provvedimento non risponda ai requisiti minimi di completezza, correttezza e logicità (in questo senso, L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Trattato di Procedura penale*, cit., vol. I, *Soggetti e Atti*, t. II, *Gli atti*, cit., p. 39. *Contra*, A. SCCELLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 495).

Tale disposizione si preoccupa innanzitutto di sanzionare a pena di nullità l'obbligo di motivare, che grava in capo al giudice; pertanto, posto che – come si è detto – l'onere motivazionale non può essere soddisfatto attraverso l'uso di prove inutilizzabili, è possibile ritenere che l'art. 125, comma 3, c.p.p. operi anche in siffatta ipotesi.

58. L'espressione è di N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 707.

59. In questi termini, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 259.

60. A sostegno dell'opinione qui proposta, si può anche effettuare un confronto con la disciplina del decreto che dispone la perquisizione (art. 247, comma 2, c.p.p.): se quest'ultimo provvedimento presenta una base giustificativa viziata – anche fondata su prove inutilizzabili – dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto applicabile l'art. 125, comma 3, c.p.p.: si vedano M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 896; M. D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000, 167; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 528; A.P. MAIORE, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 67; F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 141; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1884. In giurisprudenza, *Cass.*, sez. VI, 6 aprile 1993, Caputi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 134; *Cass.*, sez. I, 14 gennaio 1994, Corona, in *Cass. pen.*, 1995, 132; *Cass.*, sez. V, 2 marzo 1995, Kugelmeier, *ivi*, 1996, 892; *Cass.*, sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, *ivi*, 1998, 2081. *Contra*, E. AMODIO, *Commento all'art. 125 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo Codice di Procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, Milano, 1989, 76, secondo cui la disciplina dell'art. 125 c.p.p. sarebbe estranea all'«area dei provvedimenti del pubblico ministero a cui il legislatore ha dato una regolamentazione del tutto autonoma in linea con la inequivoca qualità di parte attribuita all'organo dell'accusa».

61. Le considerazioni qui svolte valgono anche per altre attività di acquisizione probatoria, il cui compimento esige una motivazione formale. Possiamo ricordare la disciplina della perizia coattiva, in cui il legislatore ha sancito una nullità speciale dell'ordinanza immotivata (art. 224 bis, comma 2, c.p.p.), oppure il «prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi», in cui un eccesso di zelo ha prodotto addirittura una doppia sanzione: nullità del provvedimento e inutilizzabilità dei risultati (art. 359 bis, comma 3, c.p.p.). Su questi istituti, si veda P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 308-321.

62. Per una ricognizione complessiva del tema, si vedano M. D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000, 174-193; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 527-573.

63. Si vedano, ad esempio, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 7; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità*, cit., 140-142.

pertinenti al reato, mentre la fase successiva di apprensione delle cose reperite è regolata attraverso il sequestro, che, pur rientrando fra i mezzi di ricerca della prova, è più correttamente un «mezzo di assicurazione della prova»<sup>64</sup>.

La perquisizione è quindi un'attività di sola ricerca e il sequestro è invece pura acquisizione. Posto che l'inutilizzabilità è un vizio che colpisce esclusivamente le prove, non si capisce come possa avere a oggetto un'attività di ricerca; inciderà semmai sui risultati della stessa e cioè sulle cose sequestrate.

Pertanto, non essendo la perquisizione una prova, difficilmente potremmo qualificarla inutilizzabile<sup>65</sup> e la questione è risolta a monte: se la perquisizione non può essere viziata d'inutilizzabilità, nemmeno può trasmetterla al sequestro.

È stata poi ipotizzata una trasmissione della nullità, anziché dell'inutilizzabilità<sup>66</sup>; in effetti, a livello teorico, tale soluzione è certamente più corretta della precedente, in quanto la nullità è l'unico vizio della prova in cui può tradursi anche l'illegittimità della perquisizione<sup>67</sup>. D'altronde, pur non trattandosi di «inutilizzabilità» ex art. 191 c.p.p., insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, anche le prove nulle non sono utilizzabili: la nullità, infatti, comporta un'esclusione della prova<sup>68</sup>, il cui perdurare dipende però da eventuali sanatorie e limiti di deducibilità.

Il punto dolente resta, come sempre, la ricerca di un rapporto di «dipendenza», così come vuole l'art. 185 c.p.p.: parte della dottrina pensa che i due mezzi di ricerca della prova siano giuridicamente connessi per mezzo dell'art. 252 c.p.p. («Le cose rinvenute a seguito della perquisizione sono sottoposte a sequestro con l'osservanza delle prescrizioni degli artt. 259 e 260»)<sup>69</sup>. Questa interpretazione è stata peraltro avallata da una nota sentenza delle Sezioni Unite<sup>70</sup> che, pur giungendo a conclusioni contraddittorie<sup>71</sup>, ha comunque riconosciuto l'esistenza di un rapporto funzionale fra perquisizione e sequestro, manifestato proprio dall'art. 252 c.p.p.

La riflessione in merito a quest'ultima disposizione verrà ripresa più avanti; per ora è sufficiente ribadire che, qualsiasi soluzione venga accolta, non può essere l'inutilizzabilità a propagarsi fra questi due mezzi di ricerca della prova.

Nemmeno si potrà poi sostenere che una perquisizione nulla possa contagiare d'inutilizzabilità (ex art. 191 c.p.p.) le cose sequestrate: regola tradizionale e sempre valida vuole che «se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore»<sup>72</sup>; un'illegittimità (nullità), durante il tragitto che la conduce da un atto all'altro, non può spontaneamente trasformarsi in un'altra illegittimità (inutilizzabilità).

64. Testualmente, M. SCAPARONE, *Procedura penale*, 2ª ed., vol. I, Torino, 2011, 373.

65. In questo senso, Cass., sez. V, 13 febbraio 2004, M., in *Giur. it.*, 2005, 89. In dottrina, A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 212-213. *Contra*, E. BASSO, *Commento all'art. 252*, cit., 730; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 260.

66. In questo senso, Cass., sez. I, 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 649; Cass., sez. III, 28 febbraio 1994, Santi, in *C.E.D. Cass.*, 197316; Cass., sez. VI, 12 maggio 1994, Perri, *ivi*, 200053. *Contra*, Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1513; Cass., sez. III, 8 marzo 1995, Ceroni, in *Cass. pen.*, 1996, 1876. In dottrina, R. MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 1941-1942; F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 140-141. *Contra*, N. ROMBI, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, 2334. Si veda anche C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 13.

67. Per una ricognizione delle ipotesi di nullità della perquisizione, si veda P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 526-540.

68. Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 2ª ed., Torino, 2006, 328; M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 5-7; F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, in *Cass. pen.*, 1997, 2181; A. FURGIELE, *La prova nel processo penale*, cit., 96; M. NOBILI, *Divieti probatori*, cit., 650-651.

69. In questo senso, L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1159; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 258; F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1140; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum"*, cit., 1125; EAD., *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezioni, perquisizioni e sequestro)*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, 106; P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni illecitamente compiute per iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1253; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, 3952; A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis*, cit., 1889.

70. Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1125; nello stesso senso, sebbene con conclusioni opposte, che conducono all'inutilizzabilità delle cose sequestrate, Cass., sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Cass. pen.*, 1994, 116; Cass., sez. V, 22 settembre 1995, Caravero, *ivi*, 1996, 1545. *Contra*, Cass., sez. V, 27 novembre 1995, Melillo, *ivi*, 1996, 1934.

71. Si veda M. VESSICHELLI, *Nota a Cass.*, sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3275.

72. Testualmente, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 80.

## 7

UN ISTITUTO PRECARIO E  
INSODDISFACENTE

Terminata l'illustrazione dei tre casi, è possibile trarne un bilancio sull'efficienza dell'inutilizzabilità derivata.

Tale istituto, pur volessimo (fra molte difficoltà) sostenerne l'esistenza, si rivelerebbe comunque quasi del tutto improduttivo: infatti, il requisito della "dipendenza giuridica" riduce consistentemente l'eventualità del contagio e buona parte dell'attività investigativa – ossia tutti gli atti d'indagine, il cui compimento non richiede una motivazione formalmente espressa (fattispecie a) – resta priva di tutela.

Certo non manca chi propone di estendere l'ambito della propagazione, anche oltre le attività istruttorie motivate: agendo caso per caso, basterebbe verificare nel concreto<sup>73</sup> l'esistenza di un nesso di causalità fra le prove coinvolte, anche indipendentemente dall'accertamento di un legame dettato dalla legge<sup>74</sup>.

A nostro avviso, non vi è alcun dubbio che una prova, la cui scoperta è stata propiziata in maniera determinante da prove precedenti, sia da esse "dipendente"<sup>75</sup>, anche al di là di qualsiasi correlazione normativa: se quelle precedenti non fossero state acquisite, nemmeno quella successiva lo sarebbe stata<sup>76</sup>. Tuttavia, è necessario attenersi alle regole dell'invalidità derivata e, all'interno di tale disciplina, la nozione di atto «dipendente» – anche ammesso di poterla estendere alle prove – conserva un'identità ben definita.

A tal proposito, la Relazione al Progetto preliminare fornisce una fondamentale chiave interpretativa: riferendosi a un rapporto di dipendenza al contempo «causale e necessaria, logica e giuridica»<sup>77</sup>, il legislatore ha circoscritto un'eventuale propagazione del vizio a fattispecie estremamente qualificate. Il legame fra le prove coinvolte non può quindi essere meramente fattuale, ma deve «emergere a livello normativo»<sup>78</sup>, come ad esempio quello fra le registrazioni delle intercettazioni e la successiva perizia trascrittiva (art. 268, comma 7, c.p.p.)<sup>79</sup>.

Pertanto, un'attribuzione di rilevanza a ogni rapporto di causa fra le prove, anche solo fattuale, svuoterebbe di contenuto precettivo i precisi confini tracciati per l'invalidità derivata, che non possono essere ignorati, allorché si voglia fondare la propagazione dell'inutilizzabilità sulle regole di questo istituto. Ed è così che, imprigionata all'interno di canoni angusti, l'inutilizzabilità "derivata" è risultata un ibrido di applicazione poco più che teorica; un fenomeno caratterizzato da rara operatività, inadatto al raggiungimento dello scopo per cui è stato faticosamente ideato, ossia «garantire l'effetto deterrente dell'inutilizzabilità»<sup>80</sup>.

In conclusione, dopo aver dimostrato la sua fragilità teorica, il tentativo di creare in materia d'inutilizzabilità un fenomeno equivalente alla nullità derivata appare complesso anche a livello pratico e, per di più, infruttuoso per quanto riguarda le principali attività probatorie investigative.

## 8

FENOMENI ALTERNATIVI DI  
TRASMISSIONE DEL VIZIO

Si è detto all'inizio di questo lavoro che la questione dell'inutilizzabilità «derivata» è generalmente riassumibile in due filoni contrapposti: alcuni credono che fra le prove sussista un rapporto di dipendenza equivalente a quello *ex art.* 185, comma 1, c.p.p. e che l'inutilizzabilità di una prova possa propagarsi a quelle successive; gli altri, all'opposto,

73. Sulla distinzione fra «valutazione in astratto» e «valutazione in concreto» del nesso di dipendenza, si veda M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 114-115.

74. In questo senso, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 93; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 180-189 e 288, 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»; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit., 3953.

75. Si veda F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

76. Si veda F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 93.

77. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di Procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 558.

78. Così si esprime C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 796.

79. In questo senso, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 218.

80. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 41.

ravvisano solo legami fattuali o psicologici e ritengono che le prove successivamente scoperte siano *tout court* utilizzabili.

La giurisprudenza maggioritaria della Cassazione ha colto appieno l'opportunità che questa rigida dicotomia le offre: nell'intenzione di preservare il più possibile l'integrità del compendio probatorio<sup>81</sup>, è bastato ai giudici di legittimità sostenere – peraltro correttamente – che l'art. 185 c.p.p. non è analogicamente applicabile in materia di inutilizzabilità. In questo modo, la Corte ha avuto buon gioco nell'affermare che le prove inutilizzabili non trasmettono il vizio a quelle successivamente acquisite<sup>82</sup>.

Bisogna tuttavia rilevare che parte della dottrina – probabilmente per sfuggire a questa categorica alternativa – ha tentato di percorrere una suggestiva terza via: l'inutilizzabilità avrebbe una naturale tendenza a proiettarsi «in avanti»<sup>83</sup>, rendendo così superflua la creazione di un istituto analogo alla nullità derivata, di cui dover ereditare anche le regole e i restrittivi presupposti. All'interno del vastissimo panorama dottrinale su questi temi – in cui a volte le varie ipotesi paiono sovrapporsi e confondersi fra loro<sup>84</sup> – si possono distinguere almeno due correnti interpretative, che poggiano su tale convinzione.

Secondo un primo orientamento, l'inutilizzabilità non avrebbe senso, se non venisse correlata agli atti successivi; sarebbe quindi «implicito per definizione che il difetto si propaghi», risolvendosi – in ultima analisi – nel «divieto insanabile» di porre la prova viziata «come presupposto a qualunque fine e per qualunque effetto, degli atti che ne possono derivare»<sup>85</sup>.

Sembra dunque di scorgere un fenomeno di propagazione, asseritamente riferibile all'art. 191 c.p.p.<sup>86</sup> e innescato dalla violazione di un «doppio divieto»<sup>87</sup>: prima il divieto di acquisire la prova, poi quello di usarla, se acquisita nonostante la prima proibizione.

Questa teoria è sicuramente affascinante, perché il contagio – svincolato dai lacci dell'invalidità derivata – può estendersi anche fra gli atti istruttori non motivati<sup>88</sup>; tuttavia, seppur apparentemente persuasiva, l'idea del «doppio divieto» si presta ad alcune osservazioni critiche, che ne ostacolano l'accoglimento.

In primo luogo, il nostro codice pare aver costruito l'inutilizzabilità quale vizio che agisce sull'elemento probatorio, non come divieto di farne uso: l'art. 191, comma 2, c.p.p., trattando di «inutilizzabilità» «rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento» sembra riferirsi a una caratteristica intrinseca della prova, una qualità negativa, che – a norma del precedente comma 1 – si manifesta quando viene

---

81. Si veda C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 796

82. Così, *ex multis*, Cass., sez. II, 24 gennaio 1996, Agostino, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, 85. Nello stesso senso, Cass., sez. I, 26 maggio 1994, Scaduto, in *Cass. pen.*, 1995, 2627; Cass., sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, *ivi*, 1999, 1596; Cass., sez. II, 4 novembre 1997, Lugano, in *Giust. pen.*, III, 1998, 660; Cass., sez. II, 9 dicembre 1997, Meriani, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 471; Cass., sez. III, 10 febbraio 2004, n. 183, Mache e altri, in *Cass. pen.*, 2005, 3945; da ultimo, Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1258, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2013, con nota di F. ZACCHÉ, *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*.

Per una ricognizione della giurisprudenza sul tema, si vedano N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., 82-84; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 535; D. POTETTI, *Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 660.

83. Così, testualmente, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., 651; nello stesso senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

84. Si veda, ad esempio, F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253: questo Autore afferma che l'inutilizzabilità si sostanzia in un divieto di utilizzare le prove viziata per reperirne altre; tuttavia, al termine di un ragionamento, che parrebbe escludere il ricorso all'applicazione dell'art. 185 c.p.p., viene nuovamente richiamato il «criterio tipico della nullità derivata». G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 171, ritiene che l'art. 185, comma 1, c.p.p. non sia applicabile ai rapporti fra le prove; tuttavia, riproponendone poi il meccanismo, si afferma che nell'ambito dell'inutilizzabilità, tesa a «vanificare l'uso processuale di ogni contributo contrastante con i valori fondamentali», la trasmissione del vizio è «inevitabile ogniqualvolta l'atto probatorio lesivo sia il presupposto logicamente necessario, e non cronologicamente occasionale, della realizzazione dell'assunzione probatoria consecutiva».

85. Così, testualmente, F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253; nello stesso senso, G.L. VERRINA, *Approccio riduttivo della Corte di Cassazione alla categoria dell'inutilizzabilità derivata*, in *Giur. it.*, 1998, 559.

86. Si veda R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1789: l'Autrice, in omaggio al principio di tassatività, nega l'applicabilità dell'art. 185, comma 1, c.p.p. nell'ambito dell'inutilizzabilità; tuttavia, ritiene sufficiente, ai fini della propagazione del vizio, il solo riferimento all'art. 191 c.p.p. e al divieto d'uso in cui l'inutilizzabilità si sostanzerebbe.

87. Così, F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione*, cit., 1140; E.M.T. DI PALMA, *Riflessioni sulla sfera di operatività*, cit., 3163.

88. Si veda ancora F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.



trasgredito un divieto di acquisizione; questa invalidità, quindi, sorge ed è rilevabile a prescindere da un effettivo impiego della prova<sup>89</sup>.

Inutilizzabilità e impossibilità d'uso sono infatti nozioni distinte e autonome, benché legate da un rapporto di causa-effetto: la prova non può essere usata (effetto), perché il vizio che l'affligge ne neutralizza l'efficacia dimostrativa (causa)<sup>90</sup>.

La teoria del «doppio divieto», affermando che l'inutilizzabilità si sostanzia in un divieto di usare la prova, tende invece a sovrapporre questi due concetti e la relazione causale sopra espressa si riduce a una tautologia: la prova non può essere usata (effetto), perché la legge vieta di usarla (causa). In altre parole, l'impossibilità di utilizzare una prova non è causata dal divieto di usarla, ma dall'effetto del vizio da cui è colpita, teso a privarla del valore conoscitivo.

In secondo luogo, la teoria in questione è costretta comunque a ricorrere a un fenomeno di propagazione, seppur autonomo rispetto alle regole dell'invalidità derivata. È intuibile, infatti, che il legislatore, non avendo concepito l'inutilizzabilità come divieto, non ha nemmeno disciplinato le conseguenze della sua violazione; per questa ragione, la trasgressione del «divieto d'uso»<sup>91</sup> può comportare effettive conseguenze soltanto se abbinata a un fenomeno di trasmissione dell'invalidità.

A questo punto, però, è lecito domandarsi quale sia l'effettiva funzione di questo secondo divieto, se poi – in fin dei conti – è sempre a una forma di contagio, che occorre fare appello: probabilmente nessuna, posto che l'inutilizzabilità continua a propagarsi, esattamente come nell'ipotesi “tradizionale”.

Per di più, non si comprende come l'inutilizzabilità, in forma di proibizione, possa trasmettersi agli atti successivi: è risaputo che alcuni vizi sono in grado di propagarsi (art. 185, comma 1, c.p.p.), ma questa capacità non pare altrettanto facilmente riconoscibile nei divieti.

Infine, si è già tentato di dimostrare che la natura dell'inutilizzabilità e i suoi presupposti mal si adattano a fenomeni di contaminazione; la teoria in questione, invece, vorrebbe far risalire l'intrinseca capacità diffusiva dell'inutilizzabilità proprio dall'art. 191 c.p.p.

Il secondo orientamento – come il precedente – ripudia il ricorso all'invalidità derivata, senza rinunciare al contagio fra le prove<sup>92</sup>. Cambia però la circostanza che innesca la propagazione: mentre prima si trattava dell'inosservanza di un divieto d'uso, qui viene utilizzato «il criterio del perpetuarsi della violazione»: si sostiene infatti che «l'accertamento circa l'inutilizzabilità della 'seconda prova' deve far capo al tipo di divieto violato originariamente nonché al sostanziale permanere dell'illegittimità pur a fronte di una prova posteriormente acquisita secondo il modello legale»<sup>93</sup>. In genere, comunque, solo la prova inammissibile (e non quella male assunta) alimenterebbe «al suo interno il germe dell'inutilizzabilità, la cui capacità di riprodursi [sarebbe] direttamente proporzionale all'ultrattività dell'offesa agli interessi tutelati»<sup>94</sup>.

Insomma, abbandonato il riferimento all'art. 185 c.p.p., la propagazione del vizio viene giustificata, affermando che l'uso della prova inutilizzabile – almeno in alcune circostanze – perpetua l'efficacia di un'attività probatoria illegittima<sup>95</sup>.

---

89. In questo senso, M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., 17.

90. Si veda N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 12: «la sanzione [l'inutilizzabilità] interviene a sancire la svalutazione della prova, decretandone lo scadimento in termini di idoneità a sostenere validamente la funzione di elemento fattivo di supporto nell'attività processuale di ricostruzione del fatto».

91. Usano questa espressione, fra i tanti, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1787; C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 1; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 92.

92. Per una spiegazione esaustiva di questa teoria, si veda N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 83-95: l'Autrice separa nettamente il problema della trasmissione dell'inutilizzabilità fra gli atti di acquisizione probatoria dalla questione della «invalidità derivata», intendendo quest'ultima come il rapporto che intercorre fra la prova viziata e il provvedimento, la cui motivazione su di essa si fonda.

93. Così si esprime N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 89.

94. Ancora N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 91. Nello stesso senso, G. DE AMICIS, *Sulla "inutilizzabilità consequenziale"*, cit., 1572; E.M.T. DI PALMA, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti*, cit., 182.

95. In questo senso, P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 200; N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità*

In linea di principio, quest'ultima affermazione è senz'altro condivisibile: quando una prova acquisita in violazione di un divieto viene utilizzata per reperirne altre, l'illegittimità già realizzatasi viene portata a conseguenze ulteriori e dunque, in ultima analisi, ulteriormente aggravata<sup>96</sup>. Tuttavia, il problema è sempre il medesimo: come la tesi precedente giustamente rilevava che sancire l'inutilizzabilità di una prova non avrebbe alcun senso, se poi questa fosse liberamente utilizzabile per scoprirne altre, anche le buone ragioni sottese all'orientamento in esame non sono sufficienti per giustificare il ricorso a un fenomeno di propagazione dell'inutilizzabilità.

Mentre l'ipotesi classica tenta almeno di adattare all'inutilizzabilità il fenomeno codificato dell'invalidità derivata (art. 185 c.p.p.), tutte e due le ipotesi ora esposte finiscono per disattendere il dato codicistico. In particolare, l'orientamento da ultimo esaminato ammette espressamente la possibilità che l'inutilizzabilità – attraverso questa forma “atipica” di derivazione – possa trasmettersi a prove perfettamente conformi al proprio modello legale.

Si è invece già osservato, che questa invalidità – a norma dell'art. 191 c.p.p. – opera solo a fronte della violazione di divieti probatori, ossia inosservanze di regole processuali, poste a disciplina dell'ammissione o dell'assunzione della prova. Va dunque ribadito ancora una volta che gli atti colpiti dall'inutilizzabilità – chiaro frutto di una trasgressione – non possono essere conformi ad alcun modello.

In conclusione, da una parte, troviamo un'inutilizzabilità “derivata”, frutto dell'aspirazione a reinventare regole scritte per la nullità, con tutti gli ostacoli che questa operazione comporta; dall'altra, vi sono fenomeni di propagazione del vizio, disancorati e discordanti con il dato positivo. Giunti a questo approdo, sembra opportuno rivolgere altrove la ricerca, a strumenti indipendenti dal requisito della “dipendenza giuridica”, ma allo stesso tempo autonomi rispetto a qualsiasi fenomeno di contaminazione.

Il fatto che l'inutilizzabilità «derivata» – in qualsiasi forma venga essa concepita – stenti ad affermarsi non deve assolutamente scoraggiare la ricerca di una soluzione alternativa: la genesi dell'acquisizione di una prova non può non rilevare ai fini della sua utilizzabilità.

Eppure – è noto – l'orientamento opposto ha sempre trovato autorevole supporto: si sosteneva e si sostiene ancora che l'inutilizzabilità incida esclusivamente sul «metabolismo decisorio»<sup>97</sup> e che l'irrelevanza probatoria si limiti a contrassegnare «le prove di cui il giudice non può tenere conto». 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<sup>98</sup>. Secondo questa dottrina, infatti, la totale noncuranza del legislatore verso le modalità di reperimento del materiale probatorio sarebbe testimoniata dall'assenza di disposizioni, che vietino espressamente l'uso investigativo delle prove inutilizzabili<sup>99</sup>.

Effettivamente, nel codice, esplicite proibizioni in tal senso sono assenti; tuttavia, non è affatto detto che esse siano necessarie ed, anzi, a ben vedere, lo strumento per prevenire l'uso investigativo delle prove invalide potrebbe risiedere altrove.

Basta infatti rivolgere lo sguardo all'art. 191 c.p.p. e ricordare cosa accade quando viene trasgredito un divieto di acquisizione<sup>100</sup>: la prova è «inutilizzabile».

In altre parole, come si sosteneva già anni addietro – a fronte delle prime ipotesi di

a fini investigativi, cit., 3953.

96. Si veda ancora N. TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi*, cit., 3953.

97. Così si esprime F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 630.

98. In questo senso, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 141-142.

99. Ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613 e 630.

100. Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613.

inutilizzabilità speciale inserite nella normativa previgente – «tutto sta, in definitiva, nell'accertare quale sia il significato assunto dal verbo 'utilizzare'»<sup>101</sup>; ed è proprio su questa nozione che conviene concentrare la riflessione.

La scelta di designare il sommo vizio della prova con la parola «inutilizzabilità» è stata duramente criticata, definendola un «misfatto linguistico»<sup>102</sup>, una «storpiatura lessicale»<sup>103</sup>; eppure, tale vocabolo – per nulla raffinato, se paragonato ad alternative più eleganti quali «irrilevanza»<sup>104</sup> o «inefficacia»<sup>105</sup> – possiede l'immediatezza del linguaggio comune e rivela istantaneamente l'effetto dell'inutilizzabilità.

Mentre, ad esempio, la qualifica di atto «nullo» non manifesta immediatamente le conseguenze di questa specie d'invalidità, l'aggettivo «inutilizzabile» è privo di qualsiasi cripticità e il suo significato è *in re ipsa*: l'inutilizzabilità «sta ad indicare che un determinato oggetto è escluso da qualsiasi possibilità d'impiego funzionale»<sup>106</sup>.

È del tutto comprensibile che l'innesto nel linguaggio codicistico di una parola «volgare» abbia destato perplessità, ma solo in questo modo si può essere certi che la prova affetta da questo vizio non è utile al procedimento, ossia «non serve a nulla»<sup>107</sup>.

Del resto, la valenza semantica del vocabolo in questione trova conferma anche nel codice, ove nulla lascia presagire il disinteresse del legislatore verso le vicende che conducono alla scoperta del materiale probatorio<sup>108</sup>. Anzi, vari indizi suggeriscono proprio l'opposto volere: l'inutilizzabilità è stata concepita per paralizzare tanto l'uso decisorio, quanto quello investigativo della prova viziata<sup>109</sup>.

L'analisi normativa non può che cominciare dall'art. 191 c.p.p.: tale norma si limita a trattare di prove che «non possono essere utilizzate» e di «inutilizzabilità». La Relazione al Progetto preliminare è invece più esplicita: «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»<sup>110</sup>.

Questa indicazione generale sull'effetto del vizio è poi confermata da diverse altre disposizioni, che si occupano di inutilizzabilità, o contengono divieti probatori.

L'art. 271 c.p.p. presenta una situazione analoga all'art. 191 c.p.p. La norma individua i divieti e spiega l'effetto della loro trasgressione: i risultati delle intercettazioni «non possono essere utilizzati». La Relazione specifica invece la *voluntas legis*: «Per le intercettazioni illegittime è stata mantenuta, nell'art. 271, l'*inutilizzabilità a qualsiasi fine*, accompagnata dalla distruzione della relativa documentazione»<sup>111</sup>.

L'art. 343, comma 4, c.p.p. in materia di autorizzazione a procedere stabilisce che «gli atti compiuti in violazione di quanto stabilito nei commi 2 e 3 non possono essere utilizzati» e la Relazione conferma che «Il comma 4 stabilisce che gli atti compiuti in violazione dei divieti posti dagli artt. 343 e 346 non sono *in alcun modo utilizzabili*»<sup>112</sup>.

L'art. 240 c.p.p. spiega che «i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né *in alcun modo utilizzati*, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato»; la stessa chiara specificazione è contenuta nella disciplina della denuncia da parte di privati (art. 333, comma 3, c.p.p.): «Delle denunce

101. Così, testualmente, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 195: l'Autore, analizzando una fattispecie d'inutilizzabilità introdotta nell'art. 304, comma 3, c.p.p. abrogato, proprio dall'analisi di tale termine arrivò a ipotizzare l'inutilizzabilità delle prove il cui reperimento era stato determinato da precedenti prove viziate.

102. Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 629

103. Testualmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1196.

104. Questo vocabolo è stato proposto da F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1196.

105. Così si esprime N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 67.

106. Testualmente, A. SCHELLA, voce *Inutilizzabilità*, cit., 481.

107. Così, F. PALAZZI, voce *Inutile*, *Novissimo dizionario della lingua italiana Palazzi*, Milano, 1939.

108. In questo senso, si vedano F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata*, cit., 2180; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 259.

109. Si veda N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 88.

110. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 559.

111. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 683.

112. Si veda G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., 818.

anonime non può essere fatto *alcun uso*, salvo quanto disposto dall'art. 240».

L'art. 729, comma 1 *ter*, c.p.p., regolando l'utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria, stabilisce che «Non possono *in ogni caso* essere utilizzate le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto degli atti inutilizzabili ai sensi dei commi 1 e 1 bis».

Ha poi suscitato grande interesse la novella normativa in materia di segreto di Stato, legge 3 agosto 2007, n. 124, con la quale nell'art. 202, comma 5, c.p.p. è stata inserita l'inutilizzabilità «anche *indiretta*» delle notizie coperte dal segreto; secondo alcuni, tale disposizione avrebbe introdotto nel codice un'ipotesi speciale di inutilizzabilità «derivata»<sup>113</sup>. Sembra, invece, che tale formula nulla aggiunga a quanto già stabiliscono, ad esempio, gli artt. 240 o 333 c.p.p.: inutilizzabilità «diretta» significa che la prova non può servire per dimostrare la colpevolezza; «indiretta», che non può essere utilizzata per scoprire nuove prove. Insomma, la dicitura può cambiare – «alcun uso», «in alcun modo utilizzabile», inutilizzabile in via «diretta» e «indiretta» – ma il senso è sempre il medesimo: l'inutilizzabilità impedisce qualsiasi uso della prova viziata.

A chi intendesse obiettare che le disposizioni appena richiamate si limitano a disciplinare il singolo caso, rispondono – oltre alle inequivocabili parole della Relazione riferibili all'art. 191 c.p.p. – quelle disposizioni in cui il legislatore, per far salvo l'uso investigativo, ha ritenuto di doverlo espressamente specificare.

Secondo l'art. 350, comma 6, c.p.p., «Delle notizie e delle indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto a norma del comma 5 è vietata *ogni* documentazione e utilizzazione»; questo comma ribadisce l'omnicomprensività dell'inutilizzabilità. Tuttavia il precedente comma 5 stabilisce che quelle notizie e indicazioni sono comunque «*utili* ai fini della immediata prosecuzione delle indagini». Pertanto, una volta sancita l'inutilizzabilità a ogni fine, il legislatore ha fatto salvo un limitato uso investigativo<sup>114</sup>.

Ancora più esplicito è l'art. 226, comma 5, disp. att., c.p.p. in tema di intercettazioni e controlli preventivi sulle comunicazioni: «In ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, *fatti salvi i fini investigativi*». Anche in questo caso per espressa previsione di legge l'uso orientativo della prova viene sottratto all'inutilizzabilità, che, in caso contrario, l'avrebbe travolto.

Pertanto, all'esito di questa esplorazione – anche terminologica – del dato positivo, sembra che l'effetto dell'inutilizzabilità non possa «essere riduttivamente limitato al piano decisorio»; la previsione generale del vizio (art. 191 c.p.p.), le indicazioni fornite in sede di lavori preparatori e le disposizioni normative esaminate «inducono a ritenere validamente sostenibile il ruolo dell'inutilizzabilità in fase preliminare in relazione anche a provvedimenti di natura non decisoria»<sup>115</sup>.

Nulla manifesta infatti la volontà di attribuire alla parola «inutilizzabilità» un significato diverso da quello immediatamente percepibile, ossia di completa inservibilità del dato conoscitivo viziato; da quali disposizioni o indicazioni legislative emergerebbe l'intenzione opposta?

In sostanza, un esplicito divieto d'uso investigativo non serve: 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; questo è l'effetto – piuttosto esplicito – dell'inutilizzabilità e non abbisogna di strumenti ulteriori per esplicarsi<sup>116</sup>.

---

113. In questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1788; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 796; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 307-308.

114. Propone questo riferimento N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 86, la quale tuttavia avverte che l'indicazione contenuta in questa disposizione non è comunque sufficiente per ritenere precluse «soluzioni di segno diverso, adattabili alla varietà dei casi».

115. Così, testualmente, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 85.

116. Cfr. N. 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». Si vedano anche F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253: l'inutilizzabilità «non attiene soltanto al profilo decisorio, ma

La prova inutilizzabile è un involucro vuoto, dal quale niente si può trarre per il semplice fatto che non contiene più nulla. Potrebbe però accadere che questa finzione giuridica – tale è l'invalidità in questione: astratta irrilevanza della prova, ma concreta fruibilità dei suoi contenuti – sia disattesa e che la prova non venga ignorata.

Escluso il ricorso alla derivazione, in che modo le prove mal reperite possono anch'esse divenire viziate?

Sappiamo che l'inutilizzabilità opera a fronte della violazione di un divieto probatorio (art. 191, comma 1, c.p.p.); dunque, è tale elemento che bisogna ricercare. Effettivamente, in una successione cronologica di due prove, di cui la prima, invalida, ha svolto un ruolo determinante nella scoperta della successiva, si rinviene con facilità una proibizione trasgredita: è quella che ha provocato l'inutilizzabilità della prova antecedente. Tentiamo di analizzarne meglio il contenuto.

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 procedimento; ne viene proibita l'acquisizione a fini preventivi, per evitare che essa giunga nella disponibilità di chi potrebbe utilizzarla.

Infatti, se la prova vietata viene acquisita nonostante il divieto, ma poi non viene utilizzata, la legge può dirsi sostanzialmente rispettata: la mera acquisizione senza successivo uso non provoca pregiudizio alla legalità processuale. La prova inutilizzabile è rimasta latente nei fascicoli ed è stata considerata *tamquam non esset*. Solo la sua utilizzazione comporta un'effettiva illegittimità<sup>117</sup> e solo a questo punto il divieto di acquisizione può dirsi certamente violato, in quanto è stato disatteso il suo scopo.

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.

In breve, possiamo affermare che la prova ottenuta attraverso il contributo determinante di prove inutilizzabili risulta anch'essa viziosa, non in conseguenza della propagazione dell'invalidità, ma in quanto il divieto di acquisizione è stato violato due volte: attraverso la mera acquisizione della prova vietata viene neutralizzata la funzione preventiva del divieto; se poi all'acquisizione segue l'uso effettivo della prova per scoprirne altre, il divieto viene mortificato nel suo scopo. A ben vedere, la seconda violazione è ben più grave della prima e non avrebbe alcun senso lasciarla impunita.

Dunque, nessuna trasmissione del vizio e nessun divieto d'uso; tutto quello che serve affiora spontaneamente dalla superficie dell'art. 191 c.p.p.: un vizio che rende totalmente inservibile la prova e un divieto di acquisizione violato. Se l'inutilizzabilità non incidesse sull'efficacia probatoria delle prove susseguenti, tale proibizione sarebbe del tutto vana; non si tratta quindi di garantirne l'efficacia deterrente, ma di tutelarne la ragion d'essere.

Terminata questa riflessione teorica, è necessario verificare come essa si adatti alla dimensione pragmatica, riprendendo le tre fattispecie già esaminate.

Nel caso a) (attività investigative, il cui compimento non richiede una motivazione formalmente espressa), il rapporto fra prove – di “dipendenza giuridica” o meno che sia – non è più il fulcro della questione e possiamo quindi ragionare diversamente: gli atti istruttori non motivati possono finalmente godere della tutela offerta dall'inutilizzabilità, pur senza ricorrere a fenomeni di trasmissione del vizio.

direttamente all'uso della prova vietata». Il pubblico ministero «sarà tenuto a rilevare l'inutilizzabilità e a non far uso delle prove vietate» (247); G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità*, cit., 526: «anche il pubblico ministero, dunque, è tenuto a rispettare i divieti generali e le regole di acquisizione dettate per la fase delle indagini, e non potrà tener conto dei risultati acquisiti illegittimamente»; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 171

117. In questo senso, G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 170.

Prendiamo come esempio l'art. 63, comma 2, c.p.p., secondo cui le dichiarazioni rilasciate da un soggetto, che doveva essere sentito sin dall'inizio in qualità di persona sottoposta alle indagini, sono inutilizzabili. Se di tali dichiarazioni fosse consentito l'uso investigativo, l'autorità giudiziaria potrebbe essere tentata di trasgredire strategicamente la disciplina dell'interrogatorio, per ottenere informazioni utili al prosieguo delle indagini.

Ecco cosa potrebbe accadere: inconsapevole della sua delicata posizione, lo pseudo indagato rivela i nomi di alcune persone informate sui fatti; queste, puntualmente sentite, rilasciano fondamentali dichiarazioni accusatorie e il giudice, basando la sentenza su tali elementi, condanna il malcapitato dichiarante.

La casistica potrebbe anche essere maggiormente cruenta, ipotizzando minacce, violenze e costrizioni psicologiche inquadabili nel divieto *ex art.* 188 c.p.p.

Secondo quanto qui affermato, la difesa dell'imputato deve poter eccepire l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti<sup>118</sup>. Sarebbe tuttavia irragionevole pretendere che anche un uso «innocuo»<sup>119</sup> della prova inutilizzabile venga censurato; pertanto, il giudice dovrà accertare che l'individuazione dei dichiaranti sia stata propiziata esclusivamente dalle informazioni tratte dall'interrogatorio inutilizzabile, ossia che i nomi di questi soggetti non siano stati scoperti anche attraverso altri atti investigativi, autonomi rispetto a quello viziato<sup>120</sup>.

Indubbiamente, dato che l'attività investigativa successiva non ha richiesto l'emissione di un provvedimento motivato, questa verifica sarà più complessa<sup>121</sup>, ma comunque non impossibile<sup>122</sup>: non è certamente facile individuare collegamenti fra atti di indagine compiuti in piena libertà, quando magari è anche trascorso un notevole lasso di tempo dal loro compimento<sup>123</sup>; tuttavia, il fatto che il controllo del giudice richieda analitici approfondimenti, non implica la resa a un uso incontrollato delle prove inutilizzabili<sup>124</sup>.

Del resto, le Corti fedeli alla dottrina dei «frutti dell'albero avvelenato»<sup>125</sup> e l'ormai imprescindibile Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>126</sup> hanno effettuato ed effettuano continuamente valutazioni di questo genere, dimostrando che in ciò non vi è nulla che superi la soglia dell'esigibile.

Inoltre, già a prima vista, è possibile individuare alcune spie di illegittimità: si pensi,

---

118. *Contra*, Cass., sez. IV, 8 febbraio 1994, Borri, in *Cass. pen.*, 1996, 177.

119. L'espressione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1197.

120. In questo senso, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 196-197: secondo questo Autore, il giudice, quando redigerà la sentenza, non solo dovrà evitare qualsiasi cenno alle prove inutilizzabili, ma dovrà anche dare conto del fatto che quelle utilizzate in motivazione non siano state reperite grazie a fonti conoscitive vizzate.

121. Si vedano, in questo senso, R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1786; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 42.

122. Si veda M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 292-297: «La presenza di una motivazione aiuta indubbiamente a riconoscere le implicazioni di interferenza fra atti, ma sembra troppo radicale sostenere che, al di fuori da essa, esista una nebulosa di atti, ordinabili solo per la sequenza storica del loro compimento. Si possono riconoscere legami di dipendenza fra prove anche a prescindere dal fatto che una giustificazione li metta in luce».

123. In questo senso, F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 138-139.

124. Si veda F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

125. Si rinvia ai cenni effettuati alla nota (3).

126. La Corte europea dei diritti dell'uomo si è già espressa varie volte in merito a prove acquisite per mezzo di comportamenti lesivi di diritti tutelati dalla Convenzione (cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, sez. III, 28 giugno 2007, *Harutyunyan c. Armenia*; C. eur. dir. uomo, Gr. Ch., 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*; C. eur. dir. uomo, sez. I, 11 dicembre 2012, *Tangiyev c. Russia*). Su questi temi, in dottrina, si vedano R. CHENAL – A. TAMIETTI, *Commento all'art. 6 Cedu*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012, 192-193; A. CONFALONIERI, *Europa e Giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, 296-297; M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, 371-374.

In particolare, nel noto e discusso «caso Gäfgen», la *Grand Chamber* (C. eur. dir. uomo, Gr. Ch., 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*) – almeno in linea di principio – sembra aver affermato che l'uso investigativo di prove, ottenute con condotte dell'autorità giudiziaria contrarie all'art. 3 Cedu, potrebbe comportare l'iniquità del processo. Nel caso di specie, le dichiarazioni dell'indagato – rese a seguito delle minacce subite a opera di alcuni investigatori – furono decisive per la scoperta di fondamentali prove reali, poi utilizzate nel corso del processo. L'iniquità, tuttavia, non fu dichiarata, perché nel corso del dibattimento, l'imputato aveva infine confessato di aver commesso il fatto (per un commento specifico sul «caso Gäfgen», si vedano R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., 1789-1790; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., 83-84; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 279-284).

ad esempio, ai casi in cui l'atto inutilizzabile non è stato accompagnato dallo svolgimento di precedenti attività investigative e pare quindi manifesto che su quell'atto sono basate le successive indagini<sup>127</sup>; inoltre, molte informazioni possono essere tratte dai provvedimenti motivati, che esplicitano il percorso investigativo<sup>128</sup>, dalle domande poste ai soggetti interrogati e alle persone informate, dal compimento di atti d'indagine sorprendentemente mirati<sup>129</sup>.

Per quanto riguarda il caso b), non sono necessarie molte altre parole: come si è detto, l'uso della prova inutilizzabile compromette la base giustificativa del provvedimento motivato e l'ordinamento reagisce con la nullità (artt. 125, comma 3; 224 *bis*, comma 2, c.p.p.) o con l'inutilizzabilità (artt. 271; 359 *bis*, comma 3, c.p.p.). Laddove il legislatore ha scelto di intervenire espressamente, non si pongono questioni ulteriori.

Il rapporto fra perquisizione e sequestro resta, come sempre, la fattispecie più spinosa. La disciplina processuale conosce solo due divieti espliciti, dai quali è ricavabile l'inutilizzabilità delle cose sequestrate: l'art. 103 c.p.p. su perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori e l'art. 343 c.p.p. in materia di autorizzazione a procedere.

Oltre a queste specifiche indicazioni normative, bisognerebbe rintracciare divieti probatori impliciti<sup>130</sup> all'interno della disciplina generale dei due mezzi di ricerca della prova<sup>131</sup>; tuttavia, la perentorietà con la quale gli artt. 252 e 253 c.p.p. ordinano il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato impedisce di dare ulteriore seguito a questa ipotesi.

Al di là delle due proibizioni prima ricordate, nel sistema codicistico nemmeno si intravede la volontà di sancire l'inutilizzabilità delle cose rinvenute a seguito di perquisizione illegittima; non è desumibile alcun intento di vietare.

Un confronto fra la disciplina delle intercettazioni e quella di perquisizione e sequestro<sup>132</sup> avalla questa interpretazione.

In un unico capo è stato regolato ogni passo della procedura che conduce all'acquisizione dei risultati della captazione: i presupposti, la richiesta del pubblico ministero, il decreto del giudice, lo svolgimento pratico delle operazioni, la selezione delle conversazioni captate, la trascrizione e l'inserimento nel fascicolo dibattimentale. La prima parte è la fase di ricerca della prova (paragonabile a una perquisizione), la seconda è quella di acquisizione (simile al sequestro); le due fasi sono state disciplinate insieme 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.). Le due attività (ricerca e acquisizione) sono state considerate 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. prevede che i difetti di una fase si ripercuotano sull'altra<sup>133</sup>.

Questa diversa configurazione degli istituti non può essere casuale: le due entità sono state intenzionalmente separate per risultare indifferenti l'una all'altra<sup>134</sup>. 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>135</sup>.

127. Così F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 253.

128. Propone questa soluzione L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 225-226.

129. Si veda anche V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, 198-200.

130. Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 883, sarebbe necessario individuare «divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema».

131. Si veda, ad esempio, P. MOSCARINI, *Il regime sanzionatorio delle perquisizioni*, cit., 1253: l'Autore individua un divieto implicito nei presupposti della perquisizione d'iniziativa della polizia giudiziaria ex art. 352 c.p.p. *Contra*, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 555.

132. Raffronta queste due discipline T. BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 117.

133. In questo senso, P. FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 2001, 1123.

134. Si vedano F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833; O. LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, cit., 1129.

135. Si vedano, a tal proposito, i giudizi contrastanti espressi da G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 280; N. ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2090; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2009, 536; G. SPANGHER, "E pur si muove": dal male captum bene retentum alle exclusionary rules" in *Giur. cost.*, 2001, 2829.

## 12 CONCLUSIONI

Questa conclusione non viene intaccata dall'art. 252 c.p.p. Come si è detto, alcuni vedono in questa norma la manifestazione di un collegamento funzionale fra perquisizione e sequestro, attraverso il quale l'inutilizzabilità o – almeno in teoria più correttamente – la nullità potrebbero propagarsi<sup>136</sup>. Eppure, a ben vedere, l'art. 252 c.p.p. non rappresenta nulla di tutto ciò: il rapporto di necessarietà e dipendenza che questa regola fonda non è fra perquisizione e sequestro, ma fra le cose rinvenute a seguito della perquisizione e il sequestro, come peraltro ben si percepisce dalla lettera della norma; infatti, se la perquisizione non desse risultato, non vi sarebbe alcun sequestro.

Con questa disposizione, dunque, il legislatore ha voluto semplicemente riaffermare l'obbligatorietà del sequestro anche a seguito di perquisizione; in essa non pare di poter scorgere altra *ratio*.

Pertanto, anche l'inutilizzabilità, benché tesa a sanzionare le illegittimità che contribuiscono all'acquisizione di una prova, non può che chinare il capo di fronte a una *voluntas legis* avversa: dove non appaia la scelta di vietare, o meglio, dove si colga espressamente la volontà di consentire, l'inutilizzabilità non può intromettersi, nemmeno attraverso divieti impliciti.

Giunti al termine di questo lavoro, è opportuno che le discussioni astratte cedano le ultime righe a qualche riflessione sostanziale. Il quesito, che si cela dietro i temi qui affrontati, è da sempre il medesimo: è giusto escludere alcune prove soltanto perché scoperte male? Il rischio non è quello di alimentare un'irragionevole impunità<sup>137</sup>?

Per rispondere a queste domande, conviene anzitutto ricordare che le scelte del legislatore possono anche non essere condivise, ma vanno rispettate; non spetta quindi all'interprete plasmare l'inutilizzabilità secondo il proprio intendimento.

In ogni caso, a ben considerare, il problema non sta tanto nell'inutilizzabilità in sé e nei suoi effetti, ma piuttosto nella qualità delle disposizioni in cui viene collocata e nelle forme in cui viene prevista. Una sanzione tanto severa dovrebbe essere dosata accuratamente e posta solo a tutela delle più importanti previsioni della disciplina probatoria; secondariamente, nulla impedisce che, una volta sancita la regola, venga anche stabilita l'eccezione: creato il divieto probatorio, il legislatore è libero di far salvo l'uso investigativo, oppure di intervenire variamente sul regime di rilevanza del vizio.

In attesa di assistere a un uso legislativo più consapevole di questo strumento, non pare comunque possibile calibrare in via interpretativa l'effetto dell'inutilizzabilità a seconda della singola regola e della vicenda sottostante. La procedura penale conosce infatti una moltitudine sempre crescente di regole di esclusione e criteri di valutazione<sup>138</sup> ed è improntata a un rigoroso principio di legalità, che limita consistentemente i margini di discrezionalità dell'interprete<sup>139</sup>.

Pertanto, allo stato attuale, l'inutilizzabilità è una sola e il suo effetto – salvo esprese previsioni positive – dovrebbe essere sempre il medesimo: totale inservibilità della prova viziata.

Sostenere invece che l'inutilizzabilità non incida sull'uso investigativo comporta discutibili conseguenze: così facendo, non si salva solo l'impiego orientativo delle intercettazioni effettuate (senza motivazione) al di fuori della procura, ma anche quello delle prove ottenute tramite la violazione di disposizioni che presidiano diritti costituzionalmente garantiti dell'imputato.

136. Cfr. L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata*, cit., 1557; F. FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata*, cit., 2183; R. GAMBINI, *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1291; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum"*, cit., 1126; F. ROSSI, *Sull'inutilizzabilità a fini probatori del bene oggetto di sequestro dopo la mancata convalida*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 709.

137. Si leggano le eloquenti parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 631-632, 641-642 e 645.

138. Si veda C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, cit., 788.

139. In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 261.



Bisogna comunque precisare che il rispetto del principio di legalità non impedisce affatto un confronto diretto con le caratteristiche delle singole vicende procedurali: infatti, nel modello qui proposto, il giudice deve accertare l'effettivo apporto della prova inutilizzabile nell'opera di reperimento delle prove susseguenti. Attraverso questa verifica concreta, sembra possa trovare ricomposizione quella frattura fra regola astratta e sostanza, che molti indicano come il principale difetto di un'applicazione intransigente dell'art. 191 c.p.p.<sup>140</sup>.

L'inutilizzabilità dovrebbe così riuscire ad autolimitarsi, agendo solo quando necessario, senza ledere il principio di legalità<sup>141</sup>, ma, anzi, tutelandone il contenuto<sup>142</sup>.

---

140. Si rinvia ai profili critici sollevati da C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 57; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 98; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 285.

141. Si veda M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 11-26, secondo cui nell'ambito dell'inutilizzabilità vi è «una inevitabile apertura alla lesione effettiva dell'interesse protetto [...], essendo impossibile farne a meno a causa della struttura normativa dell'istituto in questione».

142. In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, cit., 310-311: secondo questo Autore, il principio di legalità non significa soltanto «fermo rispetto delle prescrizioni legislative», ma anche «tutela delle garanzie dei soggetti, tutela assicurata proprio dalle proposizioni della legge». In questo contesto, la discrezionalità dona «concretezza piena alle regole codificate», non sopprime le forme legali, ma al contrario le valorizza.