

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**3/2021**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegranza, Ennio Amodio, Gastone Andreatta, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Uberti, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics (COPE)* e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

## ALLA RICERCA DELLA 'INUTILIZZABILITÀ DERIVATA'

Note a margine di [Corte cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219](#),  
e a [Corte cost., sent. 26 novembre 2020 n. 252](#)

di Novella Galantini

SOMMARIO: 1. La inutilizzabilità della prova nel percorso della giurisprudenza costituzionale. I limiti del confronto con la nullità. – 2. Gli spunti interpretativi offerti dalla Corte nella difficile ricerca della 'inutilizzabilità derivata'. – 3. Il necessario abbandono del modello di 'nullità derivata' e la soluzione nel concetto di relazione intrinseco alla inutilizzabilità. – 4. L'effetto intrinseco della inutilizzabilità applicato al rapporto perquisizione-sequestro.

### 1. La inutilizzabilità della prova nel percorso della giurisprudenza costituzionale. I limiti del confronto con la nullità.

Il tema della 'inutilizzabilità derivata' riemerge con due recenti sentenze, l'una di poco successiva all'altra<sup>1</sup>, nelle quali la Corte costituzionale torna ad escludere l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. in relazione alla mancanza di previsione degli effetti derivati della sanzione, con particolare riguardo ai rapporti tra perquisizione e sequestro ad opera della polizia giudiziaria<sup>2</sup>, rafforzando il secondo epilogo in termini di manifesta inammissibilità<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte cost. 3 ottobre 2019 n. 219, sulla quale v. C. MORSELLI, *L'idolo del sequestro come 'atto dovuto' che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 10, p. 111 e la sintesi di G. PICARO, [Perquisizione illegittima e limiti della inutilizzabilità](#), in *Arch. pen.* 2020, n. 1. Per un articolato approfondimento critico della tesi seguita dalla sentenza n. 219/2019, C. IASEVOLI, *La funzione 'dissuasiva' del processo penale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. Iasevoli, 2020, p. 346.

La seconda sentenza (Corte cost. 26 novembre 2020 n. 252) ha dichiarato *"la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 191 del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*.

<sup>2</sup> La questione è stata sollevata in relazione all'art. 191 c.p.p. *"nella parte in cui – secondo l'interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, qualificabile come diritto vivente – non prevede che la sanzione di inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di un divieto di legge riguardi anche gli esiti probatori – compreso il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato – degli atti di perquisizione e ispezione domiciliare e personale fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, ovvero....non convalidati, comunque sia, dal pubblico ministero con provvedimento motivato"*.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 252/2020, cit.

La questione, riformulata in seconda battuta dallo stesso Giudice rimettente, ripropone il risalente tema della invalidità derivata applicato al conseguenziale rapporto tra perquisizione illegittima e sequestro del corpo del reato.

Accolta solo la questione inerente l'art. 103 comma 3 T.U. stupefacenti in relazione alla insufficienza della semplice autorizzazione telefonica non convalidata<sup>4</sup>, il tema centrale rimane ancorato alla conservazione del risultato probatorio comunque ottenuto, secondo una linea interpretativa dottrinale e giurisprudenziale coltivata nel tempo secondo la logica del noto teorema *male captum bene retentum*<sup>5</sup>.

Anche la Corte ha adottato un analogo approccio in relazione alla questione di legittimità dell'art. 191 c.p.p., sottolineando come i divieti probatori debbano essere stabiliti dalla legge *“con norme di stretta interpretazione, in ragione della loro natura eccezionale”*, così da atteggiarsi *“in funzione di scelte di ‘politica processuale’ che soltanto il legislatore, è abilitato, nei limiti della ragionevolezza, ad esercitare”*<sup>6</sup>. Le conseguenze letali sulla prova, determinate dalla violazione delle regole di esclusione, giustificano, secondo la Corte, un regime che *“supera il profilo del vizio dell’atto processuale...per incidere – attraverso l’autonoma categoria della inutilizzabilità – non sull’atto processuale illecito, in sé e per sé considerato, ma direttamente sulla sua idoneità giuridica a svolgere funzione di prova”*<sup>7</sup>. In sostanza, il *“meccanismo preclusivo”* attinge direttamente, dissolvendola, la stessa *‘idoneità’ probatoria di atti vietati dalla legge*<sup>8</sup>.

Sul piano dei principi risulta condivisibile l’affermazione circa la capacità disgregante della sanzione sul nucleo stesso della prova irrituale, con una portata che scardina dall’interno la efficacia dimostrativa dell’atto probatorio. Allo stesso modo, si ritiene sostenibile che i potenziali effetti dirompenti della inutilizzabilità suggeriscano un approccio ragionato a eventuali estensioni del suo raggio operativo. Da qui l’adesione al richiamo del principio di tassatività, sottostante alle invalidità processuali, che la Corte evoca come paradigma da affiancarsi alla legalità<sup>9</sup> e di cui sottolinea la

<sup>4</sup> La questione di legittimità dell'art. 103 comma 3 D.P.R. n. 309/1990 riguardava la disposizione *“nella parte in cui prevede che [il pubblico ministero] possa consentire l’esecuzione di perquisizioni in forza di autorizzazione orale senza necessità di una successiva documentazione formale delle ragioni per cui l’ha rilasciata”*. La declaratoria di illegittimità ha colpito in particolare l'art. 103 comma 3 *“nella parte in cui non prevede che anche le perquisizioni personali e domiciliari autorizzate per telefono debbano essere convalidate”*.

<sup>5</sup> Il riferimento imprescindibile è a F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 122 ss.; ID., *Prove illecite nel processo penale*, in *Jus*, 1961 p. 68 ss.

Per la vasta bibliografia in tema, tra gli altri, G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 170; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 134; G. SPANGHER, *‘E pur si muove’: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2821; F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 91; G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 534; M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio della invalidità derivata*, Fano, 2012, p. 263; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2014, p. 15; V. FANCHIOTTI, *Non c’è albero cattivo che dia frutti buoni*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2018, p. 205; P. FERRUA, *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un’illustre teoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 1256.

<sup>6</sup> Corte cost. 219/2019, cit.

<sup>7</sup> Corte cost. 27 settembre 2001 n. 332.

<sup>8</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>9</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

riconducibilità ai soli intenti del legislatore. Non è dunque prospettabile estendere alla inutilizzabilità la previsione dell'art. 185 comma 1 c.p.p. In effetti, oltre ai già rilevati aspetti distintivi tra nullità e inutilizzabilità<sup>10</sup>, la nullità derivata *ex art.* 185 comma 1 c.p.p. non può costituire già sul piano interpretativo il modello per determinare se una prova illegittima possa avere effetti negativi su una prova scoperta per contaminazione. Volendone tuttavia forzare l'operatività, emergerebbe un impraticabile confronto tra due strutture diverse che si misura sul differente atteggiarsi della tassatività 'interna' delle singole fattispecie. Mentre la nullità derivata, anche là dove applicabile alla prova invalida<sup>11</sup>, attiene ad un regime di tassatività perimetrato su casi determinati (art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.), non solo speciali (art. 213 comma 3 c.p.p.; art. 224 *bis* commi 2 e 7 c.p.p.; art. 359 *bis* comma 3 c.p.p.)<sup>12</sup>, così da integrarsi per un collegamento non meramente accidentale tra le due prove<sup>13</sup> in relazione a specifiche violazioni individuabili a monte, la tassatività della inutilizzabilità, come si è più volte rilevato<sup>14</sup>, può essere ritenuta se e nella misura in cui i divieti probatori possano ritenersi tassativi e, quindi, in primo luogo, individuabili in concreto, oltre che applicabili oppure no al di fuori del loro ambito o in casi coincidenti quanto a *ratio* sottostante<sup>15</sup>. In sostanza, il paradosso della tassatività della inutilizzabilità è dato dalla indeterminatezza della previsione generale, che si traduce nei divieti indeterminati alla fonte, ma determinabili in concreto<sup>16</sup>. Pur se espressione della legalità probatoria, la sanzione ovvero la fattispecie di invalidità della prova è piegata al riconoscimento dei singoli divieti. Al di là dei casi di inutilizzabilità speciale, dove è la legge ad avere individuato le ragioni del divieto sottostante, sono quindi i divieti a segnare il percorso della sanzione sulla scorta peraltro di criteri variabili. Da qui una problematica apertura al duplice riscontro di una illegittimità ulteriore.

Se la categoria della inutilizzabilità è dunque sottratta per sua natura ad un criterio tradizionale o formale di tassatività, risulta allora impraticabile il percorso verso la creazione di una sottocategoria o figura di 'inutilizzabilità derivata' che ricaverebbe il

---

<sup>10</sup> Ci si riferisce a N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992 p. 46 ss. di cui si confermano qui le tesi allora esposte.

<sup>11</sup> Circa la applicabilità agli atti probatori della nullità derivata così come concepita dall'art. 185 comma 1 c.p.p., M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 159; G. UBERTIS, *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 715; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 452.

<sup>12</sup> Cass. Sez. IV, 17 settembre 2013 n. 38122, in *C.E.D. Cass.* n. 256829 e Cass. Sez. V, 24 luglio 2014 n. 32941, in *C.E.D. Cass.* n. 260074 per la nullità relativa derivante dalla inosservanza delle disposizioni previste per gli atti preliminari dall'art. 213 comma 1 c.p.p. Inoltre, Cass. Sez. III, 7 ottobre 2015 n. 40260, in *C.E.D. Cass.* n. 265035 in tema di perizia e Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2019 n. 5457, in *C.E.D. Cass.* n. 275029.

<sup>13</sup> Cass. Sez. I, 19 ottobre 1994 n. 4257, in *C.E.D. Cass.* n. 196488.

<sup>14</sup> N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1998, p. 698 ss.

<sup>15</sup> Sul punto, volendo, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2019, p. 57.

<sup>16</sup> V, sul punto, la sempre efficace sintesi di F.M. GRIFANTINI, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di 'utilizzabilità sopravvenuta' della testimonianza e da una sospetta irritualità della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3027 secondo cui il concetto di divieto probatorio consente di "individuare un numero indeterminato ma determinabile di inutilizzabilità".

suo titolo genetico da una originaria indeterminatezza. Sotto questo profilo non è dunque ammissibile *“confondere tra loro fenomeni – quali quelli della nullità e della inutilizzabilità – tutt’altro che sovrapponibili”, al fine di “trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema delle nullità”*<sup>17</sup>. L’operazione si rivelerebbe del resto inutile già nel momento della comparazione, non tanto tra il requisito della correlazione tra gli atti probatori, quanto tra le cause scatenanti all’origine la catena invalidante, che può individuarsi nella violazione del diritto di difesa per le nullità *lato sensu* probatorie (art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.) e nel divieto probatorio, genericamente inteso, per la inutilizzabilità (art. 191 comma 1 c.p.p.). Il confronto tra la tassatività dei ‘casi’ di nullità, con la ‘tassatività’, non tanto della sanzione di inutilizzabilità, quanto dei divieti, genera la insostenibilità di un profilo effettuale derivato omologabile<sup>18</sup>.

Né, d’altra parte, sarebbe esigibile la rimodulazione normativa dell’art. 191 c.p.p. in termini generici di inutilizzabilità della ‘seconda prova’ consecutiva e dipendente da quella irrituale se non a condizione di ricondurre gli effetti ampliati a divieti violati solo potenzialmente determinabili. Un intervento legislativo si potrebbe se mai misurare con i casi di inutilizzabilità speciale già validati sul piano della funzione di garanzia sottesa ai divieti impliciti.

## 2. Gli spunti interpretativi offerti dalla Corte nella difficile ricerca della ‘inutilizzabilità derivata’.

Se una apertura ad un profilo effettuale più ampio della inutilizzabilità, da attuarsi secondo la Corte solo in via legislativa, si scontra dunque con la struttura stessa della specie di invalidità, nella ricerca di un vizio derivato potrebbero allora essere rivisitate le affermazioni in sede di giurisprudenza costituzionale dalle quali ricavare eventuali suggerimenti praticabili a garantire un regime adeguato alla inutilizzabilità, che si inserirebbe altrimenti in un sistema di invalidità della prova che favorisce contraddittoriamente un modello di vizio più debole con un regime più forte.

Sono utili al riguardo le ragioni già formulate nella precedente sentenza<sup>19</sup> e poi ribadite<sup>20</sup>, in ordine alle *“peculiarità ‘funzionali’ che caratterizzano il sistema delle inutilizzabilità e dei connessi divieti probatori in ragione dei valori che mirano a preservare”*. È dunque inconfutabile che *“esista una gamma ‘differenziata’ di regole di esclusione, alle quali corrisponde un altrettanto differenziato livello di lesione dei beni che quelle regole intendono tutelare”*. Così come è indubbio che le scelte di politica processuale competano al

<sup>17</sup> Corte cost. n. 332/2001, cit.

<sup>18</sup> La giurisprudenza di legittimità nega l’applicabilità dell’art. 185 comma 1 c.p.p. per escludere il fenomeno della invalidità derivata della prova. V., tra le altre, Cass. Sez. VI, 30 aprile 2019 n. 4119, in C.E.D. Cass. n. 27819; Cass. Sez. V, 29 ottobre 2019 n. 44114, in C.E.D. Cass. n. 277432; Cass. Sez. VI, 22 ottobre 2019 n. 18125, in C.E.D. Cass. n. 279555; Cass. Sez. VI, 28 luglio 2020 n. 22790; Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2020 n. 9009 in C.E.D. Cass. n. 278563.

<sup>19</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>20</sup> Corte cost. n. 252/2020, cit.

legislatore anche in tema di “*rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori*”, a fronte “*già sul piano logico, (di) un’ampia varietà di possibili configurazioni alternative*”<sup>21</sup>.

La scelta della Corte di non entrare nel merito<sup>22</sup>, è forse allora da rinvenire in questo assunto che, nella sequenza argomentativa che lega le diverse sentenze in tema, rivela la difficoltà a calarsi nella estrema articolazione dinamica di quella “*disposizione cardine*”<sup>23</sup> del codice che introduce, se pure non innovativamente, un principio e nel contempo una preclusione all’accesso della prova illegittima nel processo. Non a caso, nel richiamo ai precedenti storici in materia di intercettazioni effettuate in spregio ai diritti fondamentali della persona<sup>24</sup> ovvero eseguite fuori dei casi consentiti o in difformità dalle prescrizioni, così da renderle e ritenerle ‘*inesistenti*’ secondo una precisa definizione testuale<sup>25</sup>, emerge una sorta di freudiano atto mancato. Nel rimarcare il proprio percorso giurisprudenziale, la Corte lo confronta con gli interventi del legislatore, richiamando in particolare la regola di ‘*inutilizzabilità rafforzata*’ introdotta nel caso di tortura, a seguito della quale non solo le dichiarazioni, ma anche le ‘*informazioni*’ non sono comunque utilizzabili (art. 191 comma 2 *bis* c.p.p.). Il che significa che ad un “*‘massimo’ di illegalità dell’atto probatorio, perché compiuto in violazione di divieti di elevato spessore deve corrispondere dunque una equivalente ‘estensione’ dell’area di inutilizzabilità processuale*”, in sintonia con la linea della Corte Edu<sup>26</sup>.

Se pure circoscritto ad un caso<sup>27</sup>, si tratta di un assunto di per sé significativo per la novità di approccio che racchiude ma che, volendo, può rivelarsi assonante con le tesi

<sup>21</sup> Corte cost. n. 332/2001, cit.

<sup>22</sup> Critico sulla scelta della formula nella sentenza n. 219/2019, P. FERRUA, [Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi](#), in *DisCrimen*, 13 novembre 2019.

<sup>23</sup> Così è definito l’art. 191 c.p.p. da Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>24</sup> Si tratta di Corte cost. 6 aprile 1973 n. 34, richiamata dalla sentenza n. 219/2019, sulla quale, ancora attuale, V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.* 1974, p. 317.

In tema di divieti individuabili anche nelle norme costituzionali, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2017, p. 183; L. COMOGGIO, *L’inutilizzabilità ‘assoluta’ delle prove ‘incostituzionali’*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30.

In sede di giudizio civile, se la categoria della inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. non rileva, “*resta precluso invece l’accesso alle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione di interessi costituzionalmente garantiti*”. Così, Cass. Sez. III, 5 maggio 2020 n. 8459, in *C.E.D. Cass.* n. 657825.

Sul tema, P.C. RUGGIERI, [Ancora sulla utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy](#), in *Iudicium*, 11 giugno 2020.

Per lo stesso principio in sede di processo tributario, Cass. Sez. V, 29 novembre 2019 n. 31243, in *C.E.D. Cass.* n. 655944.

<sup>25</sup> Corte cost. 21 maggio 1975, n. 120.

<sup>26</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit. Circa la linea della ‘*massima illegalità*’ seguita dalla Corte Edu, L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie. Tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pisa, 2017, p. 152.

<sup>27</sup> Va menzionata peraltro Corte cost. 19 giugno 1998 n. 229 per la infondatezza della questione di legittimità dell’art. 103 comma 6 c.p.p. nella parte in cui non prevede il divieto di sequestro degli scritti dell’imputato quali appunti per la difesa in vista dell’interrogatorio. La sentenza riconosceva la l’inutilizzabilità degli elementi presenti negli scritti per violazione del diritto di difesa, con conseguente preclusione al sequestro. Tuttavia, la ragione a fondamento di una ipotizzabile ammissione di ‘*inutilizzabilità derivata*’ sembra smentita dal fatto per cui la Corte ritiene illegittimo il successivo sequestro in quanto non ha “*ad oggetto né*



già sostenute dalla Corte in tema di segreto di Stato. Decidendo in sede di conflitti di attribuzione, si è ribadito che, se l'opposizione del segreto non impedisce al pubblico ministero di indagare "sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso", ha invece "l'effetto di inibire alla autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto"<sup>28</sup>. Il che significa che il "divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti dal segreto di Stato sia in via diretta, per fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, in quanto le eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dalla illegittimità della loro origine"<sup>29</sup>. Se è vero che la Corte ha individuato nei casi trattati una inutilizzabilità 'indiretta', è anche vero che le ulteriori affermazioni sembrano svelare la coincidenza con la 'inutilizzabilità derivata. Il vizio coinvolge infatti, secondo la Corte, "anche l'eventuale attività di indagine susseguentemente svolta avvalendosi di quelle conoscenze"<sup>30</sup>. Il rilievo delle pronunce menzionate emerge a fronte della loro incidenza sulla riforma della disciplina codicistica del segreto di Stato dove si preclude un uso indiretto della prova illegittima<sup>31</sup>, la cui originaria e inedita affermazione sembra ineludibilmente sottolineare i profili effettuali della violazione del divieto<sup>32</sup>. Non a caso si rileva l'inutilizzabilità non solo in rapporto all'azione, ma ad altri atti investigativi, tanto da sottolineare il vizio conseguente alla originaria illegittimità. Che la sentenza si collochi nel particolare contesto del conflitto di attribuzione, non toglie rilievo alle affermazioni testuali in termini di proiezione della invalidità sugli atti successivi. L'uso indiretto, nella accezione accolta dalla Corte, sembra superare l'obiezione per cui, mentre per 'prova indiretta' o 'inutilizzabilità alternativa'<sup>33</sup>, ci si riferisce propriamente alla non sostituibilità di un mezzo probatorio con un altro al fine di aggirare un divieto<sup>34</sup>,

---

*il corpo del reato né cose pertinenti al reato".*

<sup>28</sup> Corte cost. 10 aprile 1998 n. 110 su cui C. BONZANO, *Il segreto di stato nel processo penale*, Padova, 2010, p. 107 ss.

<sup>29</sup> Corte cost. 16 dicembre 1998 n. 410 e Corte cost. n. 110/1998, cit. V., inoltre, Corte cost. 3 aprile 2009, n. 106. Anche in riferimento a Corte cost. 13 febbraio 2014 n. 24, C. BONZANO, *La Consulta alza il "sipario nero": alla ribalta la deprecabile confusione normativa tra prova e fatto*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1.

<sup>30</sup> Corte cost. n. 410/1998, cit. e Corte cost. n. 110/1998, cit.

<sup>31</sup> Circa la positivizzazione della inutilizzabilità derivata nell'art. 202 c.p.p. a seguito della l. 3.8. 2007 n. 124, L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie*, cit., p. 163 e P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2 ed., Milano, 2014, p. 117.

<sup>32</sup> In relazione alla pronuncia, si è espressa Cass. Sez. 6, 4 febbraio 2019 n. 5457, cit., che, da un lato, sembra avallare la sentenza della Corte là dove inibisce la utilizzazione delle conoscenze coperte dal segreto sia a fini probatori che "a fini investigativi", essendo il divieto di cui all'art. 202 c.p.p. più ampio "che non attiene solo alla funzione probatoria delle informazioni illegittimamente acquisite". Ritiene tuttavia, che, qualora la prova acquisita in violazione del divieto "non risulti destinata a giustificare in maniera costitutiva una qualche decisione o determinazione, la sua inutilizzabilità, pur persistente e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 191 comma 2), rimane senza ulteriori conseguenze, anche se le informazioni che se ne possono trarre vengano implicitamente impiegate per l'ammissione e la ricerca di altre valide prove".

<sup>33</sup> C. BONZANO, *Il segreto di stato*, cit., p. 111.

<sup>34</sup> Ci si riferisce ad esempio al divieto di testimonianza su atti rogati inutilizzabili (art. 729 comma 3 c.p.p.) o al divieto di deposizione su notizie acquisite con intercettazioni preventive, inutilizzabili salvo che per fini investigativi (art. 226 comma 5 n. coord. c.p.p.). In tema, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 275.



precludendo l'accesso allo stesso dato illegittimo, l' 'inutilizzabilità derivata' si rivolge ad un dato diverso, ottenuto in modo autonomo ma in conseguenza di atto illegittimo. È infatti possibile ritenere che, sia nel primo che nel secondo caso, lo strumento cui si ricorre per introdurre l'elemento probatorio, identico o diverso, può considerarsi conforme al modello legale solo formalmente. L'assonanza tra *'lo spunto ai fini di ulteriori atti di indagine'*<sup>35</sup> e *'informazioni'*<sup>36</sup> cui si ricollega la fonte, è la sintesi di quanto la Corte ha di fatto affermato escludendo *"qualsiasi utilizzabilità processuale"* di elementi ottenuti mediante il delitto di tortura che non sono *"comunque utilizzabili"*<sup>37</sup>, così come, ovviamente su un piano differente, ha sostenuto la inutilizzabilità di atti e documenti coperti dal segreto di Stato rilevandone la fondamentale funzione di tutela di interessi istituzionali.

Si potrebbe essere allora indotti a sostenere sulla base di una prima osservazione che, a prescindere dall'inconferente e impraticabile meccanismo della nullità derivata, è il mezzo probatorio surrogato a non essere conforme in sé, nella sostanza, al suo stesso modello legale. La fattispecie della inutilizzabilità indiretta, nella dimensione adottata dalla Consulta, si presterebbe in teoria a costituire un congegno praticabile per futuri interventi legislativi in tema di ampliamento degli spazi di illegittimità probatoria. Lo schema dell'uso indiretto' potrebbe così supportare la rivisitazione di alcune inutilizzabilità speciali, tra le quali dovrebbero essere ricompresi per coerenza i casi che, se non riconducibili propriamente alla tortura, sottendono il ricorso a pratiche lesive della libertà di autodeterminazione e risultano privi di un espresso effetto sanzionatorio.

Va da sé che la ricomposizione della fattispecie 'derivata' in 'inutilizzabilità indiretta' non scioglie il nodo della individuazione del rapporto tra gli atti, pur essendo utile a favorire il distacco dalle suggestioni del concetto di consecutività, peraltro non necessariamente presente, di dipendenza logica o giuridica, per rivolgersi al mezzo di prova su cui transita il dato illegittimo. La tesi non è dunque risolutiva. Se favorita dall'immobilismo in cui versa l'inutilizzabilità, su cui da poco ha inciso l'intervento legislativo per opporsi ai casi di 'massima illegalità (art. 191 comma 2 *bis* c.p.p.), non consente risultati concreti, anche se alla luce delle affermazioni della Corte il 'metodo indiretto' si presterebbe a sottrarsi ai già menzionati rilievi circa la diversa configurazione sul piano oggettivo del principio di non sostituibilità, consentendo di ricondurvi anche il divieto di utilizzazione di dati probatori ulteriori.

---

Per la giurisprudenza che nega la sussistenza di invalidità derivata delle deposizioni rese dagli interlocutori, nel caso di inutilizzabilità di intercettazioni *ex art. 270 c.p.p.*, Cass. Sez. VI, 13 gennaio 2020 n. 1007, in *C.E.D. Cass. n. 277586*.

<sup>35</sup> Corte cost. n. 410/1998, cit.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

<sup>37</sup> Corte cost. n. 219/2019, cit.

### 3. Il necessario abbandono del modello di 'nullità derivata' e la soluzione nel concetto di relazione intrinseco alla inutilizzabilità.

Alla luce di questi rilievi, la ricerca di un effetto dilatato, *rectius* pieno, della inutilizzabilità, pure se dovuto per definizione al fine di una tutela estesa agli interessi che protegge, si profila complessa per via della implicita esigenza di dover fornire la dimostrazione di un nesso causale e vincolante tra atto primario e atti successivi, in assonanza con l'unico modello normativo esistente. In realtà, il distacco dalla nullità derivata è necessario nella misura in cui essa non rappresenta un meccanismo fruibile per via delle diversità sostanziali tra nullità e inutilizzabilità, palesi a fronte della *ratio* sottesa al meccanismo di derivazione ex 185 comma 1 c.p.p., connotato dall'automatismo tipico dell'invalidità derivata degli atti a natura propulsiva<sup>38</sup>. Le due fattispecie seguono percorsi separati anche nel rapporto con atti a natura non probatoria, che si ritengono contaminati oppure no secondo la natura del vizio. Per la inutilizzabilità non si può prospettare la stessa dimensione effettuale: al di là di ritenere che il provvedimento o la sentenza che tengano conto dell'atto illegittimo siano afflitti da *error in procedendo* ovvero *in iudicando*<sup>39</sup>, come ritiene la giurisprudenza<sup>40</sup>, o che contengano l'esito della cosiddetta 'prova di resistenza'<sup>41</sup>, non si può certo sostenere che sia l'inutilizzabilità a estendersi. Allo stesso modo le differenze sono evidenti nel rapporto tra atto nullo e atto inutilizzabile sul fronte di atti acquisitivi, quali le contestazioni dibattimentali di dichiarazioni precedentemente rese o la lettura di atti di indagine: in un caso la nullità si estende all'atto acquisitivo nella stessa specie<sup>42</sup>, nell'altro è l'atto stesso a determinare in sé il vizio così che le dichiarazioni contestate o l'atto passibile di lettura sono in sé inutilizzabili.

Da qui il recupero, che potrà sembrare scontato ma che è in realtà imprescindibile, della specifica configurazione della inutilizzabilità, costruita sulla base di un concetto sostanzialmente e originalmente diverso dalle altre fattispecie di invalidità. Come si è sostenuto già in tempi risalenti, la eliminazione dal quadro probatorio della prova illegittima è garantito da quello che si era definito lo stesso effetto intrinseco della inutilizzabilità che, coniugato al principio di autosufficienza che connota

---

<sup>38</sup> La tesi circa la inapplicabilità della invalidità derivata alla inutilizzabilità, era già sostenuta in N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 23 e 46 ss.

<sup>39</sup> M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 179 ss.

<sup>40</sup> Tra le altre, Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2019 n. 5457, cit., "la decisione che si basi su prova vietata non è di per sé invalida, potendo al più essere nulla per difetto di motivazione".

<sup>41</sup> Cass. Sez. IV, 4 dicembre 2013 n. 48515, in C.E.D. Cass. n. 258093; Cass. Sez. VI, 22 dicembre 2014 n. 53425, in C.E.D. Cass. n. 262335; Cass. Sez. II, 20 febbraio 2017 n. 7986, in C.E.D. Cass. n. 269218; Cass. Sez. II, 16 giugno 2017 n. 30271, in C.E.D. Cass. n. 270303; Cass. Sez. V, 12 novembre 2020 n. 31823, in C.E.D. Cass. n. 279829.

<sup>42</sup> Il principio è stato affermato da G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, *Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, p. 80, secondo cui in "assenza di espresse disposizioni contrario ... se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore".

la sanzione<sup>43</sup>, si esprime in sintesi nel concetto di relazione sottostante alla fattispecie<sup>44</sup>. Che si misuri con un provvedimento o con un atto, l'inutilizzabilità non necessita di estensione, bastando l'illegittimità a funzionare in sé da sbarramento all'atto cui inerisce, quale che sia, senza che possa essere opposta la insussistenza di un principio *ad hoc* ovvero la inapplicabilità di una regola prevista per la nullità. L'eccezione sollevata dalla difesa in sede di atti di acquisizione dibattimentale o nel procedimento cautelare o negli atti di impugnazione circa la presenza di un atto illegittimo, non può essere rigettata solo per via della assenza di una norma che preveda la contaminazione degli atti susseguenti o della inapplicabilità della regola in ordine alla derivazione della nullità, come afferma la giurisprudenza costante<sup>45</sup>. Ritenuta la violazione del divieto probatorio, la valutazione deve avere riguardo all'oggetto o al mezzo su cui si infrange il vizio, concentrandosi sulla effettività e, volendo, ultrattività dell'offesa all'interesse tutelato dalla regola di esclusione violata<sup>46</sup>. Non si tratta di un giudizio sulla complessiva equità del processo, nell'ottica della giurisprudenza europea<sup>47</sup>, ma di un controllo dovuto di legalità, anche solo suscitato dal dubbio che l'atto irrituale segnalato dalla difesa possa sacrificare potenzialmente, oltre al diritto evidenziato nella eccezione, altri diritti tutelati nel processo ovvero nel procedimento<sup>48</sup>. Come talvolta si è affermato in giurisprudenza in relazione a dichiarazioni accusatorie illegittimamente acquisite *ex art. 63 comma 2 c.p.p.*, resta affidato al giudice il delicato compito di riesaminare gli atti processuali e, preso atto della inutilizzabilità delle dichiarazioni valutare se gli ulteriori indizi o elementi di prova siano di per sé idonei a sorreggere un giudizio della responsabilità del terzo chiamato<sup>49</sup> o se la mancata assunzione della testimonianza della fonte confidenziale

---

<sup>43</sup> Per la autonomia effettuale della sanzione, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 73.

Sulla 'funzione terapeutica' dell'inutilizzabilità, F. TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, p. 24.

<sup>44</sup> Ancora, per le riflessioni risalenti, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 21 ss.

<sup>45</sup> V., *supra*, nota 18.

<sup>46</sup> Cass. Sez. III, 8 novembre 2018 n. 50657, in *De Jure*, secondo cui, in tema di sequestro probatorio. "attesa la finalità istruttoria cui l'atto è preordinato, vi è l'obbligo da parte della polizia giudiziaria di dare avviso al soggetto nei cui confronti sono svolte le indagini della facoltà di avvalersi di assistenza legale fiduciaria che è prevista dall' art. 114 disp. att. c.p.p. La violazione di siffatto obbligo, incidendo in modo assai rilevante sul concreto esercizio da parte dell'indagato del diritto di difesa, costituisce una ipotesi di vizio dell'atto che ne comporta la insuperabile inutilizzabilità patologica".

<sup>47</sup> Anche per questa parte, v. gli approfondimenti di G. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie*, cit., p. 127 ss. e l'ampio studio di A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam, 2019, p. 81 ss.; S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, p. 349 ss. V. inoltre, V. MANESE e M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 219 ss.; F. GIUNCHEDI, *Le regole di giudizio e le regole di esclusione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito e D. Chinnici, Cedam, 2016, p. 236 ss.; R. CASIRAGHI, *Male captum e iniquità processuale tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1745.

Sulla utilizzabilità del decreto di sequestro sottoscritto a seguito di costrizioni, Corte Edu, Sez. II, *Zlicic c. Serbia*, 26 gennaio 2021, ric. n. 73313/17 e 20143/19.

<sup>48</sup> F. TRAPPELLA, *Equo processo*, cit., in *Arch. pen.* 2020, n. 3, p. 25.

<sup>49</sup> Per una risalente sentenza in termini, Cass. Sez. I, 8 marzo 1996 n. 1527, in *Arch nuova proc. pen.*, 1996, p. 409.

possa consentire l'accertamento del fatto solo sulla base degli esiti della attività di polizia giudiziaria svolta a riscontro delle dichiarazioni confidenziali inutilizzabili (art. 203 comma 1 *bis* c.p.p.)<sup>50</sup>. Se il rimedio può non rivelarsi ottimale per essere esposto alla variabilità dei singoli casi<sup>51</sup>, presenta tuttavia l'opportunità di portare l'attenzione alla *ratio* sottesa alla sanzione, che si esprime nella forza evocatrice della stessa denominazione in cui si identifica il suo profilo effettuale. Come talvolta è stato sostenuto, è l'inutilizzabilità 'classica' a risolvere il problema della 'inutilizzabilità 'derivata'<sup>52</sup> solo che venga messa a fuoco la speciale struttura della fattispecie, svincolata dai retaggi di un diverso modello di invalidità.

#### 4. L'effetto intrinseco della inutilizzabilità applicato al rapporto perquisizione-sequestro.

Abbandonare il principio di invalidità derivata per affermare più ampie prospettive per l'inutilizzabilità non costituisce peraltro un paradosso neppure in relazione al tema del sequestro dipendente dalla perquisizione irrituale o illecita che da sempre ha rappresentato plasticamente la questione, in linea con la condivisione o il rigetto della già richiamata teoria del male *captum bene retentum*<sup>53</sup>. L'ostacolo è in questo caso rappresentato dall'oggetto di prova, il corpo del reato, sempre e comunque fruibile in quanto garantito dall'atto dovuto in cui si esplicita il cosiddetto potere 'istruttorio' che sarebbe comunque sussistente<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Cass. Sez. III, 11 gennaio 2021 n. 649, in *dirittoegiustizia.it*, 12 gennaio 2021: 'La mancata assunzione della testimonianza della fonte confidenziale impedisce di valutarne il contenuto informativo ed obbliga il giudice a misurarsi esclusivamente con i fatti accertati direttamente dall'UPG che si era recato sul posto'.

V., inoltre, Cass. Sez. II, 16 maggio 2008 n. 19647, in C.E.D. Cass. n. 239784 in tema di dichiarazioni spontanee rese dall'indagato alla polizia giudiziaria in assenza del difensore e alla inutilizzabilità del verbale di sequestro eseguito solo sulla base delle dichiarazioni irrituali.

<sup>51</sup> La variabilità della valutazione potrebbe derivare dalla differente *ratio* che si intenda riconoscere al divieto probatorio violato, in linea con la giurisprudenza che distingue tra inosservanza di regole in punto di ammissibilità e violazione di modalità assuntive o esecutive. In tema, volendo, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 68.

Per un singolare esempio, Cass. Sez. V, 2 ottobre 2018 n. 43596, in C.E.D. Cass. n. 274013, secondo cui "il giudice di appello può procedere alla rinnovazione della prova inutilizzabile, allorché la inutilizzabilità non derivi dalla violazione di un divieto probatorio, ma dalla violazione di regole attinenti alla assunzione della prova".

<sup>52</sup> Per originali riflessioni, A. CABIALE, [L'inutilizzabilità 'derivata': un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013 e G. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie*, cit., p. 166.

<sup>53</sup> V., *supra*, nota 5.

<sup>54</sup> Il principio risale alla pronuncia di Sez. Un. 27 marzo 1996 n. 5021, Sala, in C.E.D. Cass. n. 204644.

Per la giurisprudenza successiva, tra le altre, Cass. Sez. II, 29 marzo 2017 n. 15784, in C.E.D. Cass. n. 269856: "l'illegittimità della perquisizione non invalida il conseguente sequestro, qualora vengano acquisite cose costituenti corpo di reato o a questo pertinenti, dovendosi considerare che il potere di sequestro non dipende dalle modalità con le quali le cose, oggettivamente sequestrabili, sono state reperite, ma è condizionato unicamente all'acquisibilità del bene e alla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema"; Cass. Sez. II, 27 maggio 2020 n. 16065, in C.E.D. Cass. n. 278996: "l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione compiuto ad opera della polizia giudiziaria non comporta effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, che costituisce un atto dovuto a norma dell'art. 253, comma 1, cod. proc. pen.".

Al riguardo, superato ormai il quesito se il termine ‘acquisizione’ presente nell’art. 191 c.p.p. vada interpretato come sinonimo oppure no di ‘reperimento’ o ‘raccolta’ della prova<sup>55</sup>, è utile una riflessione in ordine alla stretta correlazione tra perquisizione e sequestro stabilita dall’art. 252 c.p.p.<sup>56</sup> – disciplinati quasi come un *unicum* a fronte del separato regime di autonomia del sequestro probatorio *ex art. 253 c.p.p.* – che non può non riverberarsi anche sulla configurazione del rapporto tra i due atti corrispondenti eseguiti dalla polizia giudiziaria (art. 352-354 c.p.p.) – “*avuto riguardo al nesso funzionale esistente tra i due mezzi di ricerca della prova, ed alla omogeneità del contesto causale e cronologico in cui essi si inseriscono*”<sup>57</sup>.

Questo stretto legame tra perquisizione e sequestro potrebbe, sotto un primo profilo, inserirsi nella logica cui si è prima fatto cenno, della inammissibilità di un modello legale indiretto. Anche il sequestro, di fatto contestuale alla perquisizione irrituale, potrebbe dirsi sottratto a una sua autonomia probatoria legale. Si potrebbe in teoria sostenere sussistente, se pure provocatoriamente, anche in questo caso una sorta di uso probatorio indiretto dei risultati della ricerca attraverso uno strumento praticabile ma non legittimo. La insussistenza dei requisiti di legalità in sé nel sequestro eseguito in sede di perquisizione illegittima, ovvero l’*escamotage* di utilizzare il sequestro a copertura o sanatoria della ricerca illegittima, priverebbe di consistenza la tesi del potere istruttorio, né la reviviscenza di quest’ultimo potrebbe integrarsi in un atto diverso mancando il titolo per procedervi.

In realtà, alla luce della specificità e originalità dei principi che si sono prima richiamati a sostegno della inutilizzabilità, senza dover ricorrere al propagarsi del vizio se pure nella forma indiretta, è da ritenere che sia la stessa illegittimità della perquisizione a sancire il decadere del potere istruttorio, che si è già consumato nel compimento dell’atto di perquisizione<sup>58</sup>. Anche a fronte della tesi già sostenuta in passato circa la sussistenza di un divieto probatorio nell’art. 352 comma 1 c.p.p. a tutela della corretta organizzazione dell’attività investigativa in funzione della genuinità dell’accertamento<sup>59</sup>, si può ritenere che la invalidità del sequestro di polizia giudiziaria sia insita nella violazione originaria.

---

Secondo la giurisprudenza, costituisce corpo del reato la conversazione intercettata quando essa integri la condotta criminosa, così che la registrazione o la trascrizione del dato comunicativo, che integra la fattispecie criminosa deve essere acquisita agli atti e inserita nel fascicolo per il dibattimento *ex art. 431 lett. h) c.p.p.* (Sez. Un. 26 giugno 2014 n. 32697, in *C.E.D. Cass.* n. 259776; Cass. Sez. III, 20 settembre 2016 n. 38822, in *C.E.D. Cass.* n. 267802).

<sup>55</sup> Il risalente quesito fa capo alla distinzione tra divieti in fase di ammissione e di assunzione, ritenuti entrambi sussistenti alla luce della sostituzione, nell’art. 191 c.p.p., del termine ‘ammissione’, presente nel Progetto preliminare, con quello di ‘acquisizione’ nel testo definitivo. La Relazione al codice di procedura penale chiariva che con la modifica del testo si intendeva riferire la disciplina della prova, almeno tendenzialmente “*anche (al)l’attività della fase investigativa*” (Relazione, in G.U. 24 ottobre 1988, *Suppl. ord.n.* 2, p. 180). V., a conferma, l’art. 203 comma 1 *bis* c.p.p.

<sup>56</sup> In tema, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, p. 527.

<sup>57</sup> Cass. Sez. V, 24 luglio 2017 n. 36724, in *C.E.D. Cass.* n. 270438.

<sup>58</sup> Sul punto, ancora attuale, G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, p. 153.

<sup>59</sup> La tesi era già sostenuta da M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 151.



Volendo trovare conforto nella giurisprudenza sovranazionale, la casistica della Corte dei diritti offre l'affermazione per cui è la perquisizione in sé, indipendentemente dagli atti conseguenti e a prescindere dalla utilità o no dei risultati, a generarne l'illegittimità in assenza di garanzie adeguate nella sua esecuzione<sup>60</sup>. Ed è significativo l'epilogo della pronuncia là dove condanna lo Stato italiano per l'assenza di una disposizione del codice che preveda lo strumento del riesame anche contro il decreto che dispone la perquisizione<sup>61</sup>, così accentuando l'incidenza della irritualità in sé dell'atto di ricerca della prova. D'altra parte, la giurisprudenza eurounitaria può inoltre essere di interesse per quanto ha stabilito, se pure su un fronte diverso dal rapporto perquisizione-sequestro, a tutela del diritto alla vita privata. Nella logica del principio di proporzionalità, la Corte di giustizia ha affermato che le intercettazioni disposte da autorità incompetente si risolvono in atti non previsti dalla legge e quindi non utilizzabili, per via della insussistenza di un potere a disporle alle origini, *'persino quando solo tali elementi siano atti a dimostrare la commissione dei reati'*<sup>62</sup>.

Altra conferma può rinvenirsi nella giurisprudenza europea, dove è stato riconosciuto il principio per cui le dichiarazioni rese in un contesto irrituale non possono essere utilizzate anche qualora costituiscano corpo del reato<sup>63</sup>. Se pure incastonato

<sup>60</sup> Corte Edu, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, ric. 57278/11, su cui C. MORSELLI, *Il "principio di autosufficienza" della fonte codicistica, in materia di perquisizione: il deficit della previsione del controllo giurisdizionale espone il mezzo di ricerca della prova al rischio di degenerazione in "tortura reale"*, in *La Giust. pen.*, 2019, Parte III, c. 620. Inoltre, anche sul punto relativo alla mancanza di una previsione sul riesame del decreto di perquisizione, A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte europea nel caso Brazzi contro Italia*, in *La Giust. pen.*, 2019, Parte I, n. 3, c. 82 ss. e D. CARDAMONE, [La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?](#), in *Quest. giust.*, 15.1.2019.

<sup>61</sup> La Corte conclude che, in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo *a posteriori* della misura istruttoria impugnata, le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana 'non siano state sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale e, nello specifico, dell'attività perquisitoria' (Corte Edu, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, cit.). Sul punto, F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 52.

<sup>62</sup> Corte di Giustizia UE, IV Sezione, causa C-310/16, 17 gennaio 2019, resa su domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE, presentata dal Tribunale speciale per i procedimenti penali della Bulgaria, proc. pen. Dzivev, Angelova, Dimov, Velkov. Per un commento, E. ADDANTE – G. GAETA, *L'inutilizzabilità degli atti di prova assunti dal giudice non competente: dalla 'regola delle eccezioni' a un cogente principio di diritto*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1.

<sup>63</sup> Corte Edu, Sez. I, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, ric. n. 76577/13 – secondo cui "lo Stato deve altresì assicurare, in caso di indizi suggestivi di una violazione del divieto di tortura in quella fase l'attivazione del proprio potere di indagine al preciso scopo di accertare eventuali violazioni, da parte degli inquirenti, dei diritti riconosciuti dalla C.e.d.u." – commentata da E. ADDANTE – G. GAETA, *Nuova lezione europea: con indizi di tortura c'è l'obbligo di indagini complete ed effettive*, in *Arch. pen.* 2019, n. 1 e da M. GIALUZ, [La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2019, p. 155 ss.

V., inoltre, Corte Edu, Sez. 1, 5 novembre 2019, *Cwik c. Polonia*, ric. 31454/10, per la inutilizzabilità di dichiarazioni estorte con tortura da parte di un privato cittadino.

La giurisprudenza di legittimità ritiene comunque ammissibile come prova documentale ex art. 234 c.p.p., utilizzabile nel processo per calunnia, il verbale di arresto contenente le spontanee dichiarazioni rese senza l'assistenza del difensore alla polizia giudiziaria dall'indagato che poi abbia falsamente negato di averle



nell'ottica interpretativa dell'equità complessiva del procedimento<sup>64</sup>, il precedente si rivela utile a contrastare il singolare approccio giurisprudenziale di legittimità secondo cui l'intercettazione nella quale si integra il reato di favoreggiamento o calunnia, pure se illegittima, costituisce corpo del reato e come tale va inserita nel fascicolo per il dibattimento<sup>65</sup>.

In fondo, prescindendo dall'inutile confronto con la 'nullità derivata', non si è lontani dalla logica seguita dalla stessa Corte costituzionale là dove insiste sul dissolvimento della idoneità probatoria della prova illegittima. Che si voglia insistere o no sul perpetuarsi della lesione per via di una fisiologica capacità di riprodursi del vizio, è la intrinseca irritualità di un atto che garantisce la difesa protratta degli interessi tutelati a monte, alla quale non può essere opposto un potere ormai solo virtuale, della cui insussistenza diviene controllore di legalità il giudice.

---

rilasciate, così accusando i verbalizzanti di falso (Cass. Sez. VI, 18 aprile 2015 n. 15966, in *C.E.D. Cass.* n. 267939). Inoltre, nel processo volto ad accertare il reato di favoreggiamento personale commesso mediante dichiarazioni fuorvianti rese alla polizia giudiziaria, il verbale in cui queste sono state raccolte, ai sensi degli artt. 351 e 357 c.p.p. deve essere acquisito, quale corpo di reato, al fascicolo del dibattimento in base al combinato disposto degli artt. 235 e 431, lett. f, c.p.p. ed è utilizzabile senza che alcun effetto ostativo possa avere l'esito del processo principale o il successivo comportamento processuale della persona le cui dichiarazioni sono state acquisite.

<sup>64</sup> A. TARALLO, *Il destino dei 'frutti dell'albero avvelenato' alla luce del criterio di equità complessiva del processo: nota alla sentenza della Corte europea resa nel caso Knox contro Italia*, in *La Giust. pen.*, 2019, Parte I, 230 ss.

<sup>65</sup> Il principio è stato fissato da Sez. Un. 26 giugno 2014 n. 32697, cit., a superamento delle pronunce che negavano l'impiego di intercettazioni di conversazioni da qualificarsi di per sé corpo del reato (Cass. Sez. VI, 5 aprile 2012 n. 13166, in *C.E.D. Cass.* n. 252579; Cass. Sez. VI, 22 agosto 2012 n. 32957, in *C.E.D. Cass.* n. 253038). Per le distinzioni relative al fatto che la intercettazione esaurisca la condotta criminosa, Cass. Sez. III, 20 settembre 2016 n. 38822, in *C.E.D. Cass.* n. 267802, cit.