

CARLO MORSELLI

Docente di Diritto e procedura penale dell'immigrazione – Università degli Studi di Roma "Sapienza Unitelma"

L'idolo del sequestro come "atto dovuto" che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima

The idol of the seizure as a "due act" that prevents the relative declaration of illegitimacy when the search is illegitimate

Con la sua pronuncia, la Corte costituzionale ha stabilito che l'illegittimità della perquisizione non ha come conseguenza l'inutilizzabilità a fini probatori del sequestro del corpo del reato che resta un atto dovuto.

With its ruling, the Constitutional Court has ruled that the illegality of the search does not result in useless for probative purposes of the seizure of the body of the crime that remains a due act.

ISPEZIONI, PERQUISIZIONI E SEQUESTRI

Ispezioni (art. 244 c.p.p.), perquisizioni (art. 247 c.p.p.) e sequestro (art. 253 c.p.p.) rappresentano tipicamente gli strumenti e il prodotto delle investigazioni condotte dal Pubblico Ministero e operate dalla Polizia Giudiziaria (artt. 347 ss. c.p.p.) a fini acquisitivi¹, che chiamano in causa i soggetti passivi coinvolti e i loro beni. Si tratta, infatti, di iniziative coattive, la cui messa in campo non può essere "ricusata" dai soggetti incisi da quelle misure, nel momento in cui vengono instaurate.

L'impiego dei relativi istituti assicurano al processo penale dati e reperti rilevanti ai fini del *thema decidendum*². Il riferimento a tali apporti riguarda, per esempio, il perquisito, la sua sfera personale e le consistenze patrimoniali, esposte al vincolo dell'indisponibilità del sequestro, ciò che suscita il problema e l'interrogativo della individuazione di un punto di equilibrio e del bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, del singolo e della collettività³, i quali confluiscono nell'area dei due noti modelli processuali (inquisitorio ed accusatorio) per le grandezze giuridiche che tematizzano⁴.

¹ Sulla "polivalenza delle indagini preliminari", v. D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà-G. Di Chiara-V. Patané, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in G. Di Chiara-V. Patané-F. Siracusano (a cura di), *Diritto processuale penale*, 2018, Milano, Giuffrè, 2018, p. 409 ss.

² Ad esempio, P. Tonini, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 274, riporta, al riguardo, la *Relazione al Prog. prel. C.p.p.*: «I mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria».

³ A. Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1, (Trattato di procedura penale, diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, pp. 3-4 che richiama, nell'antitesi, «l'idea autoritaria del processo» e quello quale «frutto del bilanciamento tra più beni meritevoli di tutela».

⁴ Cfr. F. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi di una riforma del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 61-62. Sul «passaggio ad un sistema accusatorio operato con il nuovo codice», v. C. cost., 10 giugno 2014, n. 163, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3222 ss., m. 646.2; per la «impostazione accusatoria del vigente codice di rito ... un sistema nel quale la prova si forma ordinariamente in dibattimento», v. C. cost., 26 ottobre 2012, n. 237, T.G., in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1247. Richiama l'esigenza di «economia processuale ... e le ragioni della deflazione processuale», in dibattimento, Corte cost., sent. 5 luglio 2018, n. 141, in *Guida dir.*, 2018, n. 32, p. 54 ss.

In dottrina, v. G. Illuminati, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1998, p. 1 ss.; O. Mazza, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, Giuffrè, 2014, p. 274; E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale dell'età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2000, p. 18; L. Ferrajoli, *Cos'è il garantismo?*, *ivi*, 2014, p. 419 ss. Sulla «regola d'oro del contraddittorio», v. P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 1 ss.; nonché R. E. Kostoris, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 530 ss.; G. Garuti, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *www.archiviopenale.it*, 3, 2017; da ultimo, v. l'intervista a G. Spangher, «Né inquisitorio né accusatorio. Il nostro è un modello misto ma è saltato nel '92», in *Il Dubbio*, 31

I tre istituti, sul piano dell'appartenenza sistematica, sono riconducibili al quadrante dei mezzi di ricerca della prova (l'altro è riservato ai mezzi di prova), che ricomprende anche le intercettazioni di comunicazioni⁵.

In particolare, l'art. 247 c.p.p., al comma 1, subordina l'adozione del provvedimento di perquisizione al presupposto che sussista, e quindi sia attuale, il «fondato motivo che taluno occulti sulla persona» o il *corpus delicti* o cose pertinenti al reato. Oltre alla "perquisizione personale" (art. 249 c.p.p.), il codice di procedura penale prevede la "perquisizione locale" (art. 250 c.p.p.) quando «tali cose» siano in un luogo specifico (art. 247, comma 1, II periodo, c.p.p.). La perquisizione è ordinata nella forma del decreto dell'autorità giudiziaria, che può procedervi autonomamente o scegliere per l'esecuzione la propria *longa manus* (gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati per mezzo dello stesso decreto). Durante la fase delle indagini preliminari, il pubblico ministero convalida la perquisizione operata dalla polizia giudiziaria, la quale, d'altra parte, trasmette, nel termine di quarantotto ore, il verbale corrispondente (e nelle successive quarantotto ore interviene la convalida) (art. 352, comma 4, c.p.p.).

La coppia degli artt. 250 e 251 c.p.p. compendia l'*iter* e le garanzie delle perquisizioni domiciliari.

L'art. 251, comma 1, c.p.p. segna i limiti temporali della perquisizione domiciliare: «non può essere iniziata prima delle ore sette e dopo le ore venti» (v. art. 14 Cost., comma 1: «Il domicilio è inviolabile»). Ma l'urgenza abbatte le barriere temporali (comma 2): trattandosi di una deroga, meglio sarebbe stato agganciarla al requisito di una "somma urgenza" dato che l'urgenza è *in re ipsa*, tipica dello strumento di ricerca.

Instaurando la perquisizione, l'organo che vi procede osserva taluni adempimenti, simili a quelli previsti per l'ispezione: in coincidenza con l'inizio delle perquisizioni e *ante actum* è consegnata copia del decreto all'interessato, accompagnando *la traditio* documentale all'avviso della facoltà di farsi assistere da persona di sua fiducia, reperibile in tempi assai ravvicinati e a norma dell'art.120 c.p.p.

Distinguendosi tra perquisizione e sequestro di beni, agli aventi diritto è riconosciuto un potere d'impulso, di proporre richiesta di riesame del decreto di sequestro (art. 257, il quale richiama, al comma 1, l'art. 324 c.p.p. che detta il procedimento).

LA QUAESTIO SOLLEVATA. LA GIURISPRUDENZA EUROPEA DI RIFERIMENTO

La Corte costituzionale nella sentenza dell'ottobre 2019⁶ si occupa dei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 191 del codice di procedura penale, promossi dal G. u. p. del Tribunale di Lecce con due analoghe ordinanze del 2017, avuto riguardo – appunto – ai richiamati atti di perquisizione e ispezione, compiuti dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge⁷.

agosto 2019 e, in giurisprudenza, v. Cass., sez. II, ord. 15 marzo 2019, n. 14080, Pres. A. Prestipino – Rel. V. Pazienza – Ric. Biccieri.

⁵Sui mezzi di prova, in giurisprudenza, ad esempio, v. Cass., sez. V, 26 giugno 2016, n. 26817, in *Studium iuris*, 2017, p. 238; Cass., sez. III, 20 giugno 2016, n. 25434, *ivi*, mentre sui mezzi di ricerca della prova v., fra le altre, Cass., sez. V, 28 giugno 2016, n. 26885, *ivi*; Cass., sez. II, 17 giugno 2016, n. 25320, *ivi*.

Specificamente, Cass., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 19618, Ryanair Ltd, in *Arch. n. proc.pen.*, 2012, p. 525, avverte che «l'ordinamento processuale colloca i provvedimenti di perquisizione e sequestro tra i mezzi di ricerca della prova».

Per la manualistica, v. A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 274; O. Dominioni, *I mezzi di ricerca della prova*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, p. 319 ss. Cfr. C. Taormina, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 177 che parla di «ispezioni e perquisizioni come fonti di rilevazione».

In materia, v., ad esempio, G. Illuminati, *Giudizio*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *Compendio di procedura penale* (Agg. curato da G. Illuminati), Padova, Cedam, 2018, p.739 ss.; V. Grevi-M. Ceresa-Gastaldo, *Misure cautelari*, *ivi*, p. 476 ss.; P. Corso, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 414 ss.; D. Siracusano-F. Siracusano, *Mezzi di ricerca della prova*, in G. Di Chiara-V. Patané-F. Siracusano (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 255 ss.

⁶C. cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219 – Presidente: Lattanzi – Redattore: Modugno, in *Proc. pen. giust.*, 3 ottobre 2019; pure F. Machina Grifeo, *L'illegittimità della perquisizione non si riverbera sugli esiti probatori*, in *Quot. dir.*, 4 ottobre 2019: «L'illegittimità della perquisizione non ha come conseguenza l'inutilizzabilità a fini probatori del sequestro del corpo del reato che resta un atto dovuto. La Consulta, sentenza n. 219 di oggi, ha dichiarato inammissibile in quanto avrebbe richiesto un intervento additivo e manipolativo del codice di procedura penale, la questione di costituzionalità proposta dal Gup di Lecce in relazione alla utilizzabilità della prova raggiunta in modo non corretto. A seguito di una perquisizione personale eseguita dai Carabinieri nei confronti dell'imputato».

⁷Con ordinanze del 3 ottobre e del 12 dicembre 2017, iscritte rispettivamente ai numeri 14 e 93 del registro ordinanze 2018 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*, numeri 6 e 26, prima serie speciale, dell'anno 2018.

La *quaestio* sollevata evoca, quale parametro di giudizio, gli artt. 3, 13, 14 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, Roma 4 novembre 1950)⁸, censurando (il giudice *a quo*) l'art. 191 c.p.p. – nei termini in cui è interpretato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità – nella parte in cui “non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla [polizia giudiziaria] fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'[autorità giudiziaria] con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività”.

In una sola ordinanza i parametri costituzionali indicati coinvolgono, nella denuncia della norma codificata, anche gli artt. 2, 24 e 97, Cost.

Il giudice di merito, in entrambi i casi, valuta, nell'*iter* del procedimento abbreviato, la condotta di una persona imputata del reato di detenzione di sostanze stupefacenti per uso non personale, considerando che ispezione e perquisizioni avevano portato al rinvenimento e al sequestro di alcuni grammi di sostanza stupefacente.

Lo sdoppiamento delle ordinanze radica in due distinte fonti il rinvio alla Corte, per quanto attiene alle indagini dei Carabinieri e risulta dal verbale di perquisizione, nella narrativa dell'antefatto che giustificerebbe un'azione “particolarmente invasiva”.

Per l'ordinanza r. o. n. 14 del 2018, infatti, quella trae origine da un generico “atteggiamento asseritamente sospetto” tenuto dall'imputato, allorché, verso le ore 14.00, si aggirava nei pressi del litorale di Gallipoli, mentre per l'ordinanza r. o. n. 93 del 2018 dalla circostanza che “fonti confidenziali” parlavano dell'imputato quale spacciatore di sostanze stupefacenti, sicché, avendo notato, nella zona interessata, un giovane che consegnava una banconota all'imputato, i militari facevano scattare, *illico et immediate*, l'identificazione di tali soggetti. Non era d'ostacolo, per il prosieguo degli accertamenti, l'aver appreso, in esito alle operazioni di identificazione, che il giovane “sospetto” non era altro che il fratello dell'imputato, il quale aveva chiarito che stava semplicemente consegnando al fratello del denaro per le «spese di casa». Piuttosto, i Carabinieri mettevano in piedi un ampio programma di perquisizione, personale e locale, prima individuale sull'imputato, rinvenendo in tasca tre involucri di sostanza stupefacente⁹, poi estesa all'abitazione¹⁰, dove trovavano la restante parte della sostanza posta sotto sequestro.

Al vaglio del rimettente, i richiamati atti di ispezione e perquisizione dovrebbero considerarsi “abusivi”, poiché intervenuti fuori dei casi tassativamente indicati *ex lege*.

Il giudice salentino ripercorre lo spazio dell'art. 13 Cost. (oggetto di richiamo al successivo art. 14 in ordine alla terna di ispezioni, perquisizioni e sequestri domiciliari) – considerando il costruito normativo alla stregua di un piano suddiviso tra regola e deroga – nella cornice della previsione secondo cui ogni forma di limitazione della libertà personale¹¹ è adottabile sulla base di un «atto motivato dell'autorità

⁸Sul carattere sdoppiato di tale filtro, v., ad esempio, R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 501-502: “Per “parametro” di giudizio s'intende il termine di confronto impiegato nel giudicare la legittimità degli atti legislativi ... dato in primo luogo dalle disposizioni costituzionali e dalle leggi costituzionali”, aggiungendosi che “tutte le leggi interne devono essere conformi ad una serie di fonti “ esterne “, come le norme internazionali ... Si parla in questi casi di “parametro interposto”. Per i casi in cui «talora, il parametro può essere *interposto*», v., pure, I. Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 505.

⁹Per l'attività esplorativa e di ricerca, v. F. Cordero, *Sub art. 247*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, Utet, 1992, p. 290, sulle relative modalità usate dagli agenti: «frugando nei possibili nascondigli».

¹⁰V. il risalente indirizzo, abbastanza lato, di Cass. pen., 31 gennaio 1906, in *Giust. pen.*, 1906, p. 548 secondo cui «per abitazione deve intendersi qualunque luogo che l'uomo abbia scelto a propria dimora, anche se in via precaria». *Contra*, Cass. pen., 23 febbraio 1887, in *Riv. pen.*, XXV, p. 492: non è domicilio il carro di uno zingaro, per la personale abitazione e per quella della sua famiglia.

Sulla differenza tra dimora, domicilio, residenza effettiva ed abitazione principale, v., oggi, Cass. civ., sent. 28 marzo 2019, n. 8627, che richiama Cass. n. 26985 del 2009; n. 13151 del 2010; n. 14389 del 2010; n. 14398 del 2010; mentre in materia penale, v. Cass., sez. II, sent. 8 luglio 2019, n. 29660 e Cass., sez. I, ord. 29 gennaio 2019 (dep. 1° marzo 2019), n. 9114, in tema di elezione di domicilio.

¹¹Nell'ambito della limitazione sono ricomprese le ispezioni e le perquisizioni personali. In dottrina, ricorda G. Amato, *Sub art. 13*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Rapporti civili, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 4, che «la libertà personale, nella sua accezione più certa e storicamente consolidata, è la libertà dagli arresti, il diritto cioè al *writ of habeas corpus*». Sul punto, v. C. Mortati, *Relazione alla Assemblea Costituente della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, istituita presso il Ministero per la Costituente. Sui diritti pubblici subiettivi*, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, I, 1972, p. 622, laddove il «diritto alla libertà della persona fisica» è trattato come «inviolabilità dagli arresti».

giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Siffatto regime procedimentale di garanzia (c. d. riserva di giurisdizione, per gli atti *iussu iudicis*) può mettersi fra parentesi unicamente «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge», nei quali l'autorità di pubblica sicurezza può ricorrere a «provvedimenti provvisori» che richiedono la convalida ad opera dell'autorità giudiziaria, in carenza della quale essi «si intendono revocati e restano privi di ogni effetto» (art. 13, comma 3, Cost.)¹²⁻¹³.

Si tratta dell'esercizio di un potere che possiamo considerare decentrato, di provvisoria surrogazione degli organi di pubblica sicurezza agli organi giudiziari, principalmente per esigenze acquisitive e di difesa sociale, e, quindi, con atti *a non iudice*¹⁴.

L'ipotesi tipica che giustifica l'intervento eccezionale degli ufficiali di polizia¹⁵ è quella della flagranza di reato (artt. 352 e 354 c.p.p.)¹⁶. Ritiene il giudice *a quo* che la matrice dell'operato dei perquisenti¹⁷ debba essere rappresentata dalla sussistenza di una base indiziaria che non potrebbe essere desunta da fonti anonime o confidenziali, in quanto non sono in alcun modo e in alcuna misura verificabili dal giudice e delle quali è proprio per questo prevista l'inutilizzabilità (artt. 195, comma 7, 203, comma 1, e 240 c.p.p.), come attestano diverse decisioni di legittimità.

¹²G. Amato, *Sub art. 13*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 5: «La libertà personale è coperta ... da una riserva di giurisdizione derogabile solo in via d'urgenza». Sulla consapevolezza che «il principale punto di riferimento non può che essere la Costituzione, che deve essere riportata al centro del sistema, a cominciare dalla definizione della giurisdizione come istituzione garante dei diritti fondamentali», v. G. Illuminati, *Introduzione alla riforma*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle cautele personali*, Torino, Giappichelli, Torino, 2015, XVI.

Per il compimento di un «atto senza mandato od ordine», v. V. Manzini, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 1967, p. 185. Ad esempio, secondo la giurisprudenza di C. cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, in *Guida dir.*, 2013, n. 34-35, p. 59 ss. è «l'art. 13, primo comma, Cost. referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale»; mentre «in materia di misura cautelare reale» v. Cass., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561, *ivi*, 2014, n. 15, p. 85 ss. Sul principio del minor sacrificio possibile, in ordine alle misure cautelari personali, v., da ultimo, Cass., sez. IV, sent. 20 marzo 2019, n. 12425; sull'esigenza del «minor sacrificio necessario», v. Corte cost., sent. 21 novembre 2018, n. 250.

¹³V. C. cost., sent. n. 173 del 1971, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1814, statuiva che i provvedimenti di convalida, ai sensi dell'art. 111 Cost., sono ricorribili per Cassazione: così «ha implicitamente ricondotto il Pubblico Ministero agli organi giurisdizionali di cui parla tale articolo» (G. Amato, *Sub art. 13*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 10, nota n. 5).

In merito ai rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, nel quadro dell'art. 109 Cost., v. l'importante decisione di C. cost., sent. 6 dicembre 2018, n. 229, commentata da G. Battarino, *Autorità giudiziaria e polizia giudiziaria: ritorno alla Costituzione*, in *Quest. giust.*, 18 dicembre 2018, f. n. 4. In tema, v. S. Pesci, *La capacità del pubblico ministero di effettiva guida delle indagini nei rapporti con la polizia giudiziaria*, in *Quest. giust. trim.*, n. 1/2018, http://questionegiustizia.it/rivista/2018/1/la-capacita-del-pubblico-ministero-di-effettiva-guida-delle-indagini-nei-rapporti-con-la-polizia-giudiziaria_508.php.

¹⁴G. Amato, *Sub art. 13*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, cit., p. 17. Sulla «misura restrittiva della libertà personale adottata *a non iudice*», v. P. Corso, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 347.

¹⁵Per i ruoli della polizia giudiziaria, v. D. Grosso, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; A. Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 2000, 18 ss. e, recentemente G. Barattino, *Autorità giudiziaria e polizia giudiziaria: ritorno alla Costituzione*, in *Quest. giust.*, 18 dicembre 2018, f. n. 4.

Relativamente al sequestro probatorio eseguito di iniziativa della polizia giudiziaria, v. Cass., sez. II, sent. ud. 12 marzo 2019 – dep. del 17 giugno 2019, n. 26606; Cass., sez. III, sent. 12 giugno 2019, n. 15859.

¹⁶Sulla «necessità ed urgenza» (art. 13, comma 3, Cost.) v. G. Guariniello, *Problemi costituzionali dell'arresto in flagranza*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1825; M. Scaparone, *Sulla legittimità costituzionale dell'arresto in flagranza*, *ivi*, 1972, p. 8 ss.

Sullo stato di flagranza, v. art. 382 c.p.p.

In giurisprudenza, solo da ultimo, v. Cass., sez. II, 6 settembre 2019 (ud. 14 giugno 2019), n. 37303, Presidente Gallo, Relatore Mantovano, in *Giur. pen.*, 2019, n. 9, che interviene in tema di arresto in flagranza, tracciando una chiara e più ampia lettura della nozione di «quasi-flagranza», sulla quale si erano recentemente espresse anche le Sezioni Unite con sentenza n. 39131 del 24 novembre 2015, depositata il 21 settembre 2016.

Per Cass., sez. I, sent. 12 giugno 2019, n. 26018, in *diritto.it*, 31 luglio 2019, è illegittimo l'arresto in flagranza operato dalla polizia giudiziaria sulla base delle informazioni fornite dalla vittima o da terzi nell'immediatezza del fatto così come non può reputarsi la persistenza dello stato di flagranza quando, dopo il reato, la polizia giudiziaria prima di iniziare l'inseguimento in senso proprio svolga attività investigative aventi l'obiettivo della sua identificazione. In tema di flagranza di reato, v. Cass., sez. V, sent. 21 febbraio 2019 n. 7915, *Il Sole 24 Ore*, 29 aprile 2019.

¹⁷Per tale linguaggio, v. F. Cordero, *Sub art. 247*, in *Codice di procedura penale commentato*, loc. cit.: «il perquirente usa le mani». Cfr. G. Amato, *Sub art. 14*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 76, sull'«esercizio di poteri coattivi (perquisizioni e sequestri, implicanti per loro natura il sospetto di reato)». In merito al potere di perquisizione, ai sensi dell'art. 14, comma 2, Cost., v. C. cost., sent. n. 173 del 1974. Si aggiunga, in tema, C. cost., sent. 18 maggio 1974, n. 122, in *Giur. cost.*, 1974, p. 833; C. cost., 9 giugno 1967, n. 67, *ivi*, 1967, p. 727; C. cost., sent. 26 giugno 1969, n. 104, *ivi*, 1969, p. 1565.

Ci pare che quello che precede rappresenti l'equivalente di un «criterio della demarcazione»¹⁸.

Sul filo di tale impostazione, il giudice territoriale conclude che ispezione e perquisizione non appaiono disposte *secundum legem*, dovendosi il giudizio sui corrispondenti atti esprimersi *ex ante* (si fissa così la soglia del controllo) ed avente ad oggetto l'iniziativa della polizia giudiziaria quando interferisce nei settori delle libertà costituzionalmente sancite. Nella fattispecie in esame non sarebbe integrata l'ipotesi della flagranza del reato, essendo questa intervenuta *ex post*, in epilogo all'ispezione e alle perquisizioni eseguite.

Nel caso dell'ordinanza r. o. n. 14 del 2018, il verbale di perquisizione aggancia l'instaurazione dell'omonimo atto all'«atteggiamento sospetto» tenuto dall'imputato, senza, però, precisarne i caratteri oggettivi o i contorni rilevati dalla polizia giudiziaria. L'asserto, così generico, si rivelerebbe inconsultabile perché inesplorabile, insuscettibile quindi di verifica, ciò che giustifica il giudizio di apoditticità dello stesso.

Analogamente, nel caso dell'ordinanza r. o. n. 93 del 2018, il contenuto del verbale rimane sotto la soglia della verificabilità, sia per il riferimento a fonti confidenziali che al fatto attribuito all'imputato quale soggetto dedito allo spaccio. Anche il denaro ricevuto dal fratello, qualificato quale prezzo per l'acquisto di stupefacenti, rimane una circostanza assai lontana dalla soglia della dimostrabilità.

In tal modo, la natura «abusiva» della perquisizione personale si rifletterebbe sulla successiva perquisizione domiciliare.

D'altra parte, l'organo della censura costituzionale, in sede di rimessione alla Corte, e quindi quale soggetto che propone il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale¹⁹, osserva, criticamente, che il P.M. per la convalida degli atti di ispezione e perquisizione si sia avvalso della formula di estrema sintesi «v°, si convalida», difettando così la necessaria motivazione. L'adozione di questa formula brachilogica molto in uso nella prassi (al pari di un insignificante «stampone»²⁰), diremmo stereotipata, precludendo ogni controllo sulle ragioni che sarebbero alla base dell'assunto della legittimità del *modus procedendi* della polizia giudiziaria, non impedirebbe, però, la conseguenza di determinare la perdita di efficacia degli atti di iniziativa della polizia, fissata dall'art. 13 Cost. nel caso di mancata convalida da parte dell'autorità giudiziaria nel termine invalicabile. Tale esito negativo sarebbe ineludibile, ad avviso del giudice *a quo*, pur difettando una previsione espressa, in quanto risalirebbe all'esigenza che la convalida debba consistere nell'adozione di un provvedimento dotato di adeguata motivazione ed affinché risulti effettivo il controllo sulla legalità dell'operato della polizia giudiziaria²¹, in conformità con la *ratio* di garanzia inserita all'art. 13 Cost.

¹⁸ K.R. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, premessa di G. Giorello, trad. di M. Trinchero, Torino, Einaudi, 1995, p. 14 ss.

¹⁹ R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, cit., p. 502: «È detto giudizio in via incidentale in quanto la questione di legittimità costituzionale sorge nel corso di un procedimento giudiziario (che viene detto giudizio principale o giudizio *a quo*) ... e comporta la sospensione del giudizio e la remissione ... alla Corte costituzionale». Precisa la sufficienza di un dubbio, al riguardo, I. A. Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, cit., p. 506: «Quando nel corso di una controversia, il giudice deve applicare una norma di legge sulla cui costituzionalità ... ha un dubbio, potrà sollevare la questione innanzi al giudice delle leggi».

²⁰ Così, V. Andrioli, *Ricerca di cose da pignorare e libertà personale e domiciliare*, nota a C. cost., 9 giugno 1967, n. 67, in *Giur. cost.*, 1967, p. 727. Altresì, v. I. Faso, *Pignoramento mobiliare e libertà costituzionali*, *ivi*, p. 734.

Il difetto di motivazione è causa di nullità che può essere dedotta «a norma dell'art. 182, prima che la perquisizione venga eseguita o immediatamente dopo se ciò non è possibile» (Cass., sez. V, 26 maggio 1998, Brescia, in *Cass. pen.*, 2000, 726; Cass., sez. VI, 8 febbraio 1995, Palmieri, in *C. E. D. Cass.*, n. 201186; Cass., sez. V, 30 novembre 1995, Mosca, *ivi*, n. 203398; Cass., sez. I, 14 gennaio 1994, Corona, *ivi*, n. 196563; Cass., sez. VI, 6 aprile 1993, Caputi, *ivi*, n. 194374).

²¹ Per la fase incidentale (Cass., sez. un., 24 giugno 1994, n. 5), da ultimo, v. Cass., sez. II, sent. 24 giugno 2019, n. 27848, in *Guida dir.*, 2019, n. 32, p. 70, secondo cui in sede di impugnazione, il giudice, nel compiere il controllo di legalità sul sequestro probatorio o preventivo, deve valutare se gli elementi di fatto rappresentati consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica. In dottrina, v. F. Peroni, *Le altre misure coercitive ed interdittive*, in M. Chiavario (coordinato da), *Libertà e cautele nel processo penale*, in M. Chiavario-E. Marzaduri (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, Utet, 1996, p. 180, sull'«obbligo di motivazione dei provvedimenti *de libertate* imposto, ai sensi dell'art. 13, comma 2, cost., all'autorità procedente. Sotto quest'ultimo profilo, si è correttamente riscontrato un ulteriore dato di conflittualità tra fonte ordinaria e precetto costituzionale: infatti» – e in questo passaggio si affronta il *punctum dolens* – «il vincolo della motivazione, nel presupporre ineludibilmente un congruo spazio di discrezionalità, ancorché vincolata, in capo all'organo della decisione, non sembra compatibile con congegni di netto automatismo, del tipo di quello censurato (cfr. C. cost. sent. 109/94)».

Il difetto di motivazione è causa di nullità che può essere dedotta «a norma dell'art. 182, prima che la perquisizione venga eseguita o immediatamente dopo se ciò non è possibile» (Cass., sez. V, 26 maggio 1998, Brescia, in *Cass. pen.*, 2000, p. 726; Cass., sez. VI, 8 febbraio 1995, Palmieri, in *C. E. D. Cass.*, n. 201186; Cass., sez. V, 30 novembre 1995, Mosca, *ivi*, n. 203398; Cass., sez. I,

Lo stesso giudice usa una sorta di *argumentum a fortiori*, così declinato e che – aggiungiamo – dovrebbe servire, la sua solidità, ad assicurare la tenuta e l'euritmia della coppia dei commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost.: sarebbe irragionevole che la disposizione sovraordinata imponga per l'autorità giudiziaria l'obbligo della motivazione (l'"atto motivato" previsto dall'art. 13, comma 2, Cost.) solo relativamente alle corrispondenti iniziative riguardanti gli atti di ispezione e perquisizioni personali e non anche quando, in ordine ai medesimi atti, la stessa autorità sia chiamata ad esercitare un controllo di legalità, mediante la necessaria convalida, sull'operato (provvisorio) della "autorità di pubblica sicurezza", che agisce, si badi, "in casi eccezionali di necessità ed urgenza" (art. 13, comma 3, Cost.) e verificando che in effetti tale autorità abbia rispettato i limiti costituzionalmente cogenti. La ricostruzione sarebbe del tutto sbilanciata ed anche irrazionale: in un caso, l'autorità sarebbe obbligata, nell'altro – quello del sindacato – dispensata, nel terreno del doppio regime la cui variabile sarebbe la motivazione.

L'impostazione che precede riceverebbe conferma dalla giurisprudenza europea²², la quale ha stabilito che il controllo effettivo dell'autorità giudiziaria sugli atti di perquisizione condiziona il rispetto della garanzia fissata all'art. 8 CEDU²³.

Rientrando le ispezioni e le perquisizioni nella previsione dei «provvedimenti provvisori» affidati alla polizia giudiziaria, la sanzione della revoca e della perdita di efficacia riguarda, appunto, ispezioni e perquisizioni personali, e ciò anche in forza della norma di rinvio dettata all'art. 14, comma 2, Cost. e riferita alla terna delle ispezioni, perquisizioni e dei sequestri eseguiti nel domicilio, assoggettata alle «garanzie prescritte per la tutela della libertà personale».

La fattispecie non è, infatti, limitata ai soli provvedimenti di arresto e di fermo, ma si estende, in modo indistinto, a tutti i «provvedimenti provvisori» adottabili dalla polizia giudiziaria in base alla norma costituzionale, e dunque anche alle ispezioni e alle perquisizioni personali. Ciò emergerebbe anche dal rinvio operato dall'art. 14 Cost. con specifico riguardo a «ispezioni, perquisizioni o sequestri» eseguiti nel domicilio.

Passando dall'impianto costituzionale a quello della codificazione processualpenalistica, la dedotta sanzione dell'inefficacia degli atti vulnerati si tradurrebbe, in termini di equivalenza, in quella della inutilizzabilità probatoria allineata all'art. 191 c. p.p. e che riguarda le prove acquisite in violazione di divieti di legge. E nel divieto incorrerebbe la polizia giudiziaria quando compie un atto di perquisizione al di fuori dei casi consentiti. Tuttavia, questo risultato interpretativo sarebbe smentito dalla giurisprudenza di legittimità «assolutamente dominante», e a partire da una decisione della Cassazione del 1966 (sez. un., 27 marzo-6 maggio 1996, n. 5021).

Siffatta decisione si muove su un doppio registro, ma nello sdoppiamento l'importante premessa generale si risolve e dissolve in una petizione di principio, rispetto all'epilogo, poiché *non sequitur*.

Nella citata sentenza, gli effetti negativi dell'illiceità acquisizione di una prova – che nel caso di specie è rappresentato da una perquisizione illegittima – non si limitano alla messa in campo di sanzioni amministrative, disciplinari o penali a carico dell'autore dell'illecito, ma devono incentrarsi sull'inutilizzabilità della prova. Tuttavia, le Sezioni unite hanno ritenuto indenne il sequestro ancorché conseguente a una perquisizione eseguita fuori dai casi e dai modi previsti dalla legge, allorché riguardi il corpo del reato o cose pertinenti al reato, in quanto il sequestro costituisce un atto dovuto ai sensi dell'art. 253, comma 1, c.p.p., essendo indifferente, in tal caso, l'abuso

14 gennaio 1994, Corona, *ivi*, n. 196563; Cass., sez. VI, 6 aprile 1993, Caputi, *ivi*, n. 194374). La violazione da parte della polizia giudiziaria dell'obbligo di avvertire l'indagato, ai sensi dell'art. 114 disp. att. c.p.p., della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia nel corso di una perquisizione o sequestro, integra una nullità generale a regime intermedio che va eccepita, ai sensi dell'art. 182, c.p.p., o prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo, ossia subito dopo la nomina del difensore, ovvero entro il termine di cinque giorni che l'art. 366 c.p.p. concede a quest'ultimo per l'esame degli atti (Cass., sez. II, sent. del 1° aprile 2011, n. 13392).

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 16 marzo 2017, Modestou contro Grecia. V., pure, l'importante decisione di Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 24 settembre 2018, ric. n. 5728/11, causa Brazzi contro Italia, in *Proc. pen. giust.*, 2/2019, p. 426 ss. *Infra*, nota 24.

²³ In dottrina, v. E. Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 841 ss. Recentemente, v. R.E. Kostoris, *Manuale di Procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017.

Sulla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – la Convenzione firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con l. 4 agosto 1955 n. 848 (CEDU), v. la giurisprudenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007 n. 348 e 349; 26 marzo 2015 n. 49. C. cost., 13 giugno 2018 n. 120 ha stabilito che la Convenzione di Roma del 1950 ha inteso costituire un "sistema di tutela uniforme" dei diritti fondamentali civili e politici.

compiuto dalla polizia giudiziaria²⁴. La limitazione finale, in tal modo, isolando il sequestro – al riparo da ogni riflesso rispetto alla precedente perquisizione – vanifica il risultato conseguito nella premessa circa la non utilizzabilità della prova.

Anche la giurisprudenza di legittimità successiva non ha mutato e maturato un diverso indirizzo ermeneutico, insistendo sulla esclusione della illegittimità del sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima, confermandone la utilizzabilità probatoria *pleno iure*. La scelta interpretativa, nel solco di un andamento iterativo, può dirsi, oramai, consolidata²⁵.

A quel punto, il giudice promotore della censura costituzionale pone in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. in rapporto al dettato costituzionale.

L'interpretazione dissentita contrasterebbe con gli artt. 13 e 14 Cost. poiché svalorizza e paralizza la previsione della inefficacia dell'applicazione degli istituti dell'ispezione, perquisizione e sequestro in violazione dei divieti costituzionali. La conseguenza dell'inutilizzabilità sarebbe, invece, un valido presidio alla prassi arbitraria disincentivandola, cosicché la *ratio* dell'art. 191 c.p.p. sarebbe di ordine "politico costituzionale" (dovrebbe essere l'equivalente – o una figura consimile – delle "ragioni di opportunità" evocate in altro settore processuale²⁶).

La polizia giudiziaria seguirebbe nell'attuazione di una prassi arbitraria lesiva dei diritti del cittadino perpetuandola, nella certezza della esclusione, per quella, di conseguenze processuali mediante la sostanziale sanatoria *ex post* degli esiti probatori della perquisizione o ispezione.

Tale prassi illiberale, sostenuta da una interpretazione giudiziaria che pone fra parentesi la sanzione dell'inutilizzabilità nel solco di una sostanziale politica di *laissez faire*²⁷, sarebbe anche in contrasto con l'art. 3 Cost. poiché introduce, pur in presenza della medesima *ratio*, una disparità di trattamento in situazioni consimili. Il riferimento è alla normativa sulle intercettazioni poste in essere dalla polizia giudiziaria in difetto di un decreto motivato dell'autorità giudiziaria (ipotesi colpita dall'inutilizzabilità ai sensi dell'art. 271 c.p.p.).

L'interpretazione della disposizione censurata contrasterebbe con gli artt. 8 CEDU e 117 Cost. poiché, non disincentivando la prassi abusiva della polizia giudiziaria, sarebbe all'origine della violazione dei diritti garantiti interferendo nella sfera privata della persona e nel suo domicilio. Secondo l'ord. r. o.

²⁴ Cfr. S. Corbetta, *Male captum, bene retentum: l'intervento della Corte costituzionale*, in *il Quot. giur.*, 8 ottobre 2019, riguardante C. cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219. Con la sentenza Brazzi c. Italia del 27 settembre 2018, la sezione I della Corte di Strasburgo (in *Arch. pen.*, 2018) ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata) in un caso di perquisizione domiciliare disposta dal pubblico ministero, non seguita da sequestro, ritenendo che il ricorrente non disponesse né di un controllo di legalità *ex ante* della misura né di un sindacato *ex post* della legittimità della stessa, e su cui v. D. Cardamone, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *Quest. giust.*, 2019. Altresì M. Torre, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un 'controllo effettivo' sulla necessità dell'ingerenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2/2019, p. 426 ss.

In tema, v. G. Bellantoni, *Nuovi scritti di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 209 (v. cap. III: *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*); P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 209.

In ipotesi di decreto del P.M. contenente l'ordine di perquisizione senza indicare le cose da sequestrare, la Cassazione nega la estensibilità della nullità all'atto di sequestro. In particolare nel caso in cui il decreto del P.M. contenga l'ordine di perquisizione senza indicare specificatamente le cose da sequestrare, l'eventuale vizio di motivazione del decreto di perquisizione che è inoppugnabile, ove si tratti di perquisizione locale, può essere dedotto come causa di nullità a norma dell'art. 182 c.p.p. prima che la perquisizione venga eseguita o immediatamente dopo, se ciò non è possibile, ma non esplica effetti sull'autonomo e distinto provvedimento di sequestro. (Cass., sez. V, 26 maggio 1998 n. 3287; Corte Cost., 27 settembre 2001 n.332).

²⁵ Sul piano delle fonti generali, si è osservato che «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa» (Cass. pen., sez. III, 1° dicembre 1995; v., in dottrina, F. Galgano., *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, Cedam, 2010, p. 113). Secondo talune pronunce deve attribuirsi il valore di vero e proprio precedente vincolante alle sentenze di Cassazione (Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514; Cass., 18 gennaio 1999, n. 434; Cass., 28 luglio 2004, n. 14198).

²⁶ V., per tale confronto, Cass., sez. III, 26 luglio 2019, n. 34091, Pres. Rosi, in *Guida dir.*, 2019, n. 41, p. 75, e n. 42, p. 81: è abnorme il provvedimento con cui il Gip rigetta la richiesta di incidente probatorio presentata dal pubblico ministero *ex art.* 392, comma 1-*bis*, del Cpp, adducendo ragioni di mera opportunità processuale e l'asserita assenza di ragioni di urgenza.

²⁷ Per uno spunto, v. C. App. Roma, sez. I, sent. 4 aprile 2019, n. 3891, in *Il Merito*, 2019, n. 8, p. 48, secondo cui la polizia giudiziaria può procedere al riconoscimento fotografico con le modalità che ritiene più opportune, non inficiando tale modalità sulla legalità della prova che, invece, si forma in dibattimento nel contraddittorio delle parti e che riguarda la credibilità e/o attendibilità del testimone.

n. 93 del 2018 interpretazione espressione di un vero e proprio diritto vivente sarebbe lesiva dell'art. 2 Cost. nell'impatto con i diritti inviolabili dell'uomo ove è ricompreso quello della libertà personale, nonché dell'art. 97 Cost. sulla soggezione dell'esercizio dei pubblici poteri al principio di legalità, facendo prevalere la prassi illegale della polizia giudiziaria rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti.

L'ultimo profilo tracciato nella stessa ordinanza che incardina una violazione dell'art. 3 Cost. è costituito dalla inaccessibilità, in termini di verificabilità, delle ragioni della perquisizione risalenti ad una fonte anonima o confidenziale, ciò che non esclude l'ipotesi che ad introdurre la droga nell'abitazione dell'imputato siano stati lo stesso latore della *notitia criminis* o la medesima polizia giudiziaria che ha poi eseguito la perquisizione. La stessa dedotta inaccessibilità integrerebbe la violazione dell'art. 24 Cost., dei diritti di difesa, poiché sarebbe impossibile alla difesa superare lo sbarramento di tale "insondabilità" della fonte (aggiungiamo che non è dato sapere la quantità esatta della droga, se, quindi, destinata allo spaccio, al piccolo spaccio²⁸, o altro).

Adoperando le categorie tipicamente costituzionali, potremmo dire che bisognerebbe distinguere tra *fonte di cognizione* e *fonte di produzione*²⁹, designando, sul piano dell'appartenenza, la fonte anonima o confidenziale quale "mera fonte di cognizione", priva di autonomia ed utile solo alle indagini per la ricerca delle (vere) fonti di prova.

Il corollario della descritta impostazione – che rappresenta il tratto che accomuna entrambe le ordinanze di rimessione al giudice *ad quem* – dovrebbe coinvolgere il potere di procedere alla audizione, in aula, dei verbalizzanti che hanno operato ispezioni, perquisizioni e sequestri (nel caso di specie, in ordine a quanto rinvenuto sulla persona e nel bagaglio dell'inquisito) per non vanificare la *vis* esplicativa della sanzione di inutilizzabilità con siffatti "meccanismi di recupero" probatorio, comminando, piuttosto, un divieto probatorio, ciò che riaffermerebbe l'inefficacia del materiale acquisito in violazione di divieti di legge.

IL QUADRO COSTITUZIONALE RETROSPETTIVO. LA SENTENZA DELLA CORTE EDU BRAZZI

Il Giudice investito della *quaestio*, che chiama in causa – possiamo dire – l'insufficienza e la scarsa attitudine del dettato inserito all'art. 191 c.p.p., la cui rubrica si intitola «Prove illegittimamente acquisite», a "gestire" una giurisprudenza riottosa a dichiarare «l'inutilizzabilità» (*incipit* dell'art. 191, comma 2, c.p.p.) in taluni casi nevralgici, la giudica inammissibile³⁰. Già la dottrina ha messo in luce, dopo la codificazione della generale regola di esclusione probatoria denominandola "inutilizzabilità", che il corrispondente enunciato, inserito all'art. 191 c.p.p., sia espressione di una norma «dotata di una chiarezza soltanto apparente ... non ... sufficientemente perspicua, sollevando una serie di questioni interpretative di difficile soluzione»³¹.

Secondo il giudice rimettente gli artt. 13 e 14 Cost. prevedono il potere, da parte dell'autorità di

²⁸ In materia di detenzione di sostanze stupefacenti ai fini di spaccio, la fattispecie autonoma di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990, può ritenersi configurabile solo nelle ipotesi di piccolo spaccio, caratterizzate da una complessiva minore portata dell'attività di spacciatore e dei suoi eventuali complici, da una ridotta circolazione di merce e denaro, nonché di guadagni limitati (C. App. Roma, sez. III, sent. 20 maggio 2019, n. 6690, in *Il Merito*, 2019, n. 8, pp. 52-53).

²⁹ Per la mutuata bipartizione fonti di produzione-fonti di cognizione, per tutti, v. F. Modugno, *Fonti del diritto I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, pp. 1 e 7. Cfr. F. Palermo, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, in P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2° ed., 2 voll., Roma-Bari, Laterza, 2014, I, p. 952 ss.; R. Guastini., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 109; ID. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, trad. sp. *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Ed. Sc. Peruana, Lima, 2016, parte II, cap. VI, § 1; S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 19 ss.

³⁰ *Processo penale: sono inammissibili, poiché consistono nella richiesta di una pronuncia manipolativo-additiva, le questioni di costituzionalità dell'art. 191 c.p.p. («Prove illegittimamente acquisite»)*. Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale – sollevate dal GUP del Tribunale di Lecce in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU – dell'art. 191 c.p.p. ("Prove illegittimamente acquisite"), "nella parte in cui non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla p.g. fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'A.G. con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività" (Corte costituzionale, 3 ottobre 2019, n. 219, in *Eius*, 2019).

³¹ A. Scella, *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 4781.

pubblica sicurezza, di procedere, di propria iniziativa, a ispezione personale e a perquisizione, sia personale che domiciliare, in casi di necessità ed urgenza con atti che devono essere, in tempi ravvicinati, convalidati, stabilendo la *regula iuris* dell'inefficacia quando non interviene la convalida. Tale esito negativo di improduttività di effetti ulteriori riafferma il carattere assolutamente temporaneo dell'iniziativa della polizia giudiziaria, la quale *desinit* se non matura ed interviene il titolo della convalida: si sarebbe avuta (dell'atto coattivo, di ricerca della prova) la *vita*, ma non la *vitalità*. Però, la "morte" dell'atto, paradossalmente, ne conterebbe uno superstite (*post fata resurgo*) se la sanzione dell'inutilizzabilità non coinvolgesse anche la catena dei corollari, come, nel caso di specie, il sequestro.

Si tratterebbe di una "lettura estesa" e rigorosa dell'inutilizzabilità (paninutilizzabilità) quale sanzione conseguente alla perdita di efficacia probatoria di atti formati in violazione di divieti legali. E se la Corte costituzionale avesse accolto l'interpretazione proposta ciò avrebbe avuto carattere paradigmatico e dissuasivo per "rescindere" prassi devianti da parte di organi di polizia "deliberanti" (in via sostitutiva) sullo *status libertatis* (c.d. processo di polizia)³², perché lesive dei diritti fondamentali dei cittadini.

L'istituto della perquisizione è, tipicamente, interessato dagli abusi della prassi. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel noto caso *Brazzi*, individua un *deficit* della legislazione italiana, quando la sottopone ad un giudizio di compatibilità con il principio dello stato di diritto, richiedendosi, per le perquisizioni, la presenza di adeguate «garanzie contro l'abuso e l'arbitrarietà»³³. Lamenta la mancanza della previsione di un "controllo giurisdizionale" della misura della perquisizione, ponendo l'interrogativo se questa impostazione ("incontrollata", cioè spoglia della garanzia del filtro giurisdizionale ri-

³² G. Amato, *Sub art. 13*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, cit., p. 5: "Nell'arco del suo svolgimento, la vicenda del processo penale mette in gioco l'intera gamma delle disposizioni contenute nell'art. in esame: le situazioni di necessità e di urgenza in cui l'autorità di p. s. può sostituirsi al giudice, i casi, fissati dalla legge, in cui questi può, con atto motivato, deliberare restrizioni della libertà personale...", trattando anche l'A., riferendosi al codice del 1931, ad "un 'pre-processo' ... di polizia" (*op. cit.*, p. 8). Specificamente, v. M. Chiavario, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Torino, Utet, 1990, p. 83, sull'obiettivo vi di «evitare che sia il "processo di polizia" a sovrapporsi a quello propriamente giudiziario».

³³ Infatti, e più precisamente, «non è ... previsto che il pubblico ministero, nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione». La Corte cita, per la propria giurisprudenza, 1° luglio 2008, e *Heino c. Finlandia*, n. 56720/09, § 36, 15 febbraio 2011, e *Gutsanovi c. Bulgaria*, n. 34529/10, § 220, CEDU 2013.

Per la giurisprudenza interna, v. Cass., sez. VI, sent. 19 aprile 2016, n. 160101, Bononi, in *Guida dir.*, 2016, n. 27, 66, sull'arbitrarietà dell'azione del pubblico ufficiale, come nel caso di perquisizioni domiciliari basate su meri sospetti.

V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, causa *Brazzi c. Italia* (ricorso n. 57278/11), cit.: «7. Nel 2010 il ricorrente fu sottoposto a verifica fiscale da parte della polizia tributaria di Mantova. Era sospettato di aver mantenuto il suo domicilio fiscale in Italia e di non aver pagato l'IVA e l'imposta sul reddito dal 2003».

V., *retro*, note nn. 22 e 24, relativamente al richiamato caso *Brazzi*.

Nel versante del diritto penale sostanziale, il nostro sistema accoglie l'art. 609 c. p., che vieta «perquisizione e ispezione personali arbitrarie» e, con esso, le istanze di protezione contro gli atti "repressivi", realizzati con metodi illegali.

Cfr. Cass., sez. III, 28 giugno 2011, sent. n. 25709, *Battaglia* e altri: il delitto di perquisizione arbitraria è configurabile non solo quando siano in concreto assenti le condizioni richieste dalla legge per il compimento dell'atto, ma anche quando esso sia realizzato con modalità illegali.

In un caso, la perquisizione, legittimamente disposta ai sensi dell'art. 103 del d.P.R. n. 309 del 1990, è stata violentemente eseguita, provocando lesioni al perquisito, in altro l'ufficiale di polizia giudiziaria, nel corso della perquisizione, aveva sottoposto l'indagato a misure di rigore non consentite dalla legge, un'ulteriore restrizione, oltre a quella legale (i militari della Guardia di Finanza avevano ammanettato l'arrestato alla ringhiera in misura temporale ben lontana da quella necessaria alle incombenze dell'ufficio, puntandogli una pistola, ancorché scarica, alla tempia), rispettivamente, cfr. le due pronunce di Cass., sez. III, sent. n. 25709 del 28 giugno 2011, *Battaglia* e altri, e di Cass., sez. V, 18 luglio 2012, n. 29004, *Caramanico*, in *Riv. pen.*, 2013, 1059. Annota, al riguardo, autorevole dottrina: «i cosiddetti abusi appartengono alla fisiologia dello strumento; che l'operante abbia mani libere è una condizione dell'alto rendimento offerto dalle macchine inquisitorie» (F. Cordero, *La fabbrica della peste*, Roma-Bari, Laterza, 1985, 23-24, nota 15).

Con l'introduzione dell'art. 613-bis c. p. l'Italia si è voluta adeguare al monito comunitario. Cfr., per il riferimento normativo, F. Pocar, *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, p. 6 ss.

Da ultimo, v. Corte eur. Dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2019, con nota di G. Aaddante e E. Gaeta: "La pronuncia ... si inserisce nel filone europeo, ormai sempre più nutrito, che impone indagini effettive e complete di fronte a ogni denuncia di maltrattamenti, fisici e giuridici, subiti nella fase investigativa: alla luce dei verbali e di dichiarazioni convergenti nel senso di aver sopportato un trattamento degradante, qualora la denuncia appaia munita di un certo credito, il successivo giudice deve ordinare un'indagine ufficiale ed efficace". Strasburgo, infatti, condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, per trattamenti inumani e degradanti, e per difetto di indagini, sulle percosse denunciate durante l'interrogatorio e per violazione del diritto ad un fair trial (art. 6 CEDU) ovvero all'assistenza di un avvocato e diritto all'interprete.

spetto all'iniziativa coercitiva) costituisca una protezione adeguata contro il rischio di ingerenze arbitrarie delle autorità. Se l'esigenza è quella di porre le persone interessate al riparo da attacchi arbitrari provenienti dalla pubblica autorità contro i diritti sanciti dall'art. 8 della Convenzione, è giocoforza attestare il bisogno di allestire una valida protezione che costituisca una rigida rete previsionale circa i poteri esercitabili in materia di perquisizione, mediante l'apposizione di limiti e controlli.

Il provvedimento di perquisizione non deve convertirsi da mezzo di ricerca della prova in strumento di ricerca della *notitia criminis*; di conseguenza, devono essere individuati, almeno nelle linee essenziali, gli oggetti da sequestrare con riferimento a specifiche attività illecite, onde consentire che la perquisizione e il conseguente sequestro siano eseguiti non già sulla base di semplici congetture, ma trovino giustificazione in concrete ipotesi di reato rinvenibili nei fatti addebitati. Il pericolo è che la perquisizione possa trasformarsi, per una ricerca ossessivamente condotta anche con metodi inquisitori, in una forma di "tortura reale" mascherata, ed alimentare prassi abusive, vere e proprie devianze applicative.

IL QUADRO COSTITUZIONALE PROSPETTICO. L'INCIDENZA, NON RILEVATA, DELL'ART. 111, COMMA 4, COST.

La Corte adita respinge l'impostazione del giudice rimettente, ma "viziando" la propria decisione per almeno due ragioni (che diventano tre, ma la terza è comune al giudice *a quo*, per quanto deducibile).

L'organo *ad quem* muove dalla categoria dell'inutilizzabilità. Ovviamente, il riferimento deve concentrarsi sulla c. d. inutilizzabilità patologica, distinta dalla quella c.d. fisiologica³⁴ (cioè «il più importante precipitato tecnico del principio di separazione tra le fasi ... concerne quegli atti di indagine che, pur formati validamente in ossequio alle norme che li disciplinano e senza violare alcun divieto pro-

³⁴ Sull'istituto, e sulla distinzione inutilizzabilità fisiologica-patologica, E. Amodio, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 188 ss.; C. Conti, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XIII, Roma, 2005, p. 1: «Nel sistema del codice del 1988 si può cogliere una differenza fondamentale tra inutilizzabilità patologica e fisiologica».

Deve, d'altro canto, darsi atto della sua "genesì": con la sentenza (intervenuta in costanza del previgente codice) della Corte costituzionale, del 6 aprile 1973, n. 34, aveva segnalato il rischio di una specifica normativa ("la Corte sente il dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte ... a fondamento di atti processuali a carico ... Tuttavia la Corte ritiene che siffatta grave lesione dei diritti fondamentali non possa verificarsi, atteso che ... si deve riconoscere che l'ordinamento non contiene, e specificamente, in ordine alle intercettazioni illegittime, alcuna norma che ostacoli o menomi l'effettiva vigenza di quel principio, Ché, anzi, può e deve ritenersi che tale vigenza è confermata e trova espressione in disposizioni di recente formulazione, quale quella ora contenuta nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 304 c.p.p.: una volta ammesso che la facoltà di nomina del difensore prima dell'interrogatorio costituisce esercizio del diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost., coerentemente il legislatore – in puntuale specificazione di un principio immanente nell'ordinamento – ha escluso la 'utilizzabilità' della dichiarazione resa dall'interessato prima di quella nomina"). Ancorché la Corte abbia contribuito – come suol dirsi – a colmare un vuoto, non ha escluso che le nullità trovino posto (v. Cass., sez. un., 16 maggio 1996, sent. n. 5021).

Sulla categoria, in dottrina, v. G. Aricò, *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell'istituto giuridico dell'Università di Salerno*, 1993, p. 11; C. Cesari, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 591; L.P. Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata dalle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1547; C. Conti, *L'inutilizzabilità*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, Utet, 2015, p. 97 ss.; P. Ferrua, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1114; N. Galantini, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 689; Id., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 6 ss.; G. Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1135; R. Gironi, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro it.*, 2000, II, c. 225; F.M. Grifantini, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di "inutilizzabilità sopravvenuta" della testimonianza e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3026 ss.; P.P. Rivello, *Utilizzazione degli atti*, in *Dig. pen.*, XV, Torino, Utet, 1999, p. 174; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 123; G. Spangher, *Inutilizzabilità dell'interrogatorio e perdita di efficacia delle misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 111;

Secondo F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 250, «l'inutilizzabilità può essere definita solo in relazione ad una specifica funzione dell'atto: cosicché non sarebbe eccessivo affermare che, in senso lato, lo stesso concetto è relativo», mentre G. Pierro, *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3242, riassume la classe dell'inutilizzabilità all'interno di un parametro deontico. Cfr. Ead, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 17 ss.

batorio, tuttavia non possono essere utilizzati per la decisione dibattimentale perché assunti unilateralmente nel corso delle indagini»³⁵). Questa seconda forma rappresenta una figura autocorrettiva che contrassegna e delimita l'appartenenza dei due accertamenti (quello minore predibattimentale o "regionale" e quello maggiore del giudizio), ciò che permette al sistema di non scadere nel degrado antilettivo, come si è verificato, certamente, con l'indistinto principio di non dispersione dei mezzi di prova, l'*idolum theatri*³⁶, concepito, nella spirito di una controriforma, da un collegio del tutto imbevuto, ancora, della "cultura" inquisitoria e che ha rifiutato, con una manovra "eversiva", l'accusatorio, in blocco. Occorre contenere l'incidenza della cognizione predibattimentale nella fase (propria) di acquisizione (criterio di appartenenza "fasica"), quella tipicamente "inventiva" degli elementi di conoscenza e a doppia fonte (della polizia giudiziaria e del pubblico ministero: artt. 326, 327, 330, 347, 348, 349, 350, 351, 358, 392 c.p.p.)³⁷.

Così, la c.d. inutilizzabilità fisiologica rappresenta, piuttosto, il precipitato dell'anticognitismo legato al disvalore processuale delle "investigazioni incontrollate" il cui procedimento somiglia a quello "sommario" (al vecchio rito, cioè³⁸).

Può anche sembrare una superfetazione la categoria dell'inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) – già "accusata" per «l'ambiguità della nozione ... e la difficoltà di delimitarne nettamente i contorni»³⁹ – dato che

³⁵ C. Conti, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XIII, cit., p. 2: «In questo caso» – precisa l'Autore – «l'inutilizzabilità fisiologica consegue a una caratteristica intrinseca del dato probatorio e quindi "assomiglia" all'inutilizzabilità patologica di tipo oggettivo». Nel rito civile, v. l'interessante decisione (dell'uso dell'inutilizzabilità per "genericità") di Cass, civ., sez. lav., 26 gennaio 2017, n. 2012: «Non era poi risultato provato che utilizzasse sistematicamente nei confronti del ricorrente espressioni ingiuriose o un linguaggio scurrile. Infatti, i testi sul relativo capitolo di prova si limitavano a confermare che il caposala utilizzava un linguaggio scurrile, senza mai specificar la frase o la parola in concreto pronunciata dal caposala stesso, il che rendeva inutilizzabile la loro deposizione».

Cfr., di recente, Cass., sez. III, 11 aprile 2018, n. 16040, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 913 ss. secondo cui «il contenuto delle conversazioni intercettate [possa] essere provato anche mediante deposizione testimoniale, non essendo necessaria la trascrizione delle registrazioni nelle forme della perizia, atteso che la prova è costituita dalla bobina-cassetta o supporto digitale, che l'art. 271, comma 1, c.p.p., non richiama la previsione dell'art. 268, comma 7, c.p.p., tra le disposizioni la cui inosservanza determina l'inutilizzabilità e che la mancata trascrizione non è espressamente prevista né come causa di nullità, né è riconducibile alle ipotesi di nullità di ordine generale tipizzate dall'art. 178 cod. proc. pen.»; Cass., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33046, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1209: accesso della difesa ai files audio delle intercettazioni poste a fondamento della richiesta cautelare. Cfr. F. Centorame, *Inutilizzabilità della prova dichiarata in sede rescindente e giudizio di rinvio ai soli effetti civili*, Cass., sez. VI, sent. 3 ottobre 2018, n. 43896 – Pres. Fidelbo, *Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 2, p. 413 ss.; N. Galantini, *L'inutilizzabilità effettiva della prova fra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 aprile 2019.

³⁶ Così, icasticamente, O. Dominioni, *Il nuovo "idolum theatri": il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 768 ss. Cfr. P.L. Vigna, *La tutela della prova. Il principio di "non dispersione", la segretezza delle indagini, la tutela dall'inquinamento, la protezione dei "collaboranti"*, in *La prova penale (Quad. C.S.M.)*, 1997, n. 98, p. 139, anche in richiamo di talune sentenze della Corte costituzionale; P. Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 21 ss., sul «principio di non dispersione degli elementi di prova».

³⁷ Le indagini preliminari seguono la loro vocazione e direzione: per instaurare l'incidente probatorio e (consolidare) gli accertamenti tecnici non ripetibili, incardinare le vicende delle cautele (personali e reali) e delle intercettazioni telefoniche, nonché per fornire materiale conoscitivo avuto riguardo alla scelta finale tra azione o archiviazione, ma anche (servono) per l'allestimento dei procedimenti speciali (v., per esempio, art. 438, comma 1, c.p.p., il quale ammette che il giudizio abbreviato si definibile "all'udienza preliminare allo stato degli atti"), nonché, ma al limite, per articolare le contestazioni dibattimentali, ai sensi dell'art. 500 c.p.p. In dottrina, v. Così F. Cordero, *Sub art. 500*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, Utet, 1992, p. 606: «valgono in tre riti speciali», ed E. Fassone, *Le forme dell'esame testimoniale. Le contestazioni. La formazione progressiva del fascicolo del dibattimento*, in *La prova penale (Quaderni CSM)*, 1997, n. 98, p. 377.

Così, è di capitale importanza l'affermazione risalente alla dottrina più accreditata: «Gli atti raccolti in modo unilaterale da una delle parti non devono essere conosciuti dal giudice» (P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 368. Cfr. M. Scaparone, *Procedura penale*, II, Torino, Giappichelli, 2017, p. 280).

³⁸ In dottrina, v., specialmente, F. Cordero, *L'istruzione sommaria nel conflitto tra le due Corti*, in *Le ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 14: «I compilatori del codice, introducendo l'istruzione sommaria, sapevano quel che volevano: un tipo di processo che esaltasse l'idea dell'autorità, e nel quale il contraddittorio fosse ridotto al minimo compatibile con una levatura ormai irreversibile di sensibilità».

³⁹ G. De Gregorio, *L'inutilizzabilità*, in M. Chiavario-E. Marzaduri (diretto da), *Le prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, Utet, 1999, p. 204.

Nel rito civile, v. l'interessante decisione (dell'uso dell'inutilizzabilità per "genericità") di Cass civ., sez. lav., 26 gennaio 2017, n. 2012: «Non era poi risultato provato che utilizzasse sistematicamente nei confronti del ricorrente espressioni ingiuriose

avevamo già quella dell'inefficacia dell'atto (e la prova si trova incorporata in atto o verbale che la raccoglie): si trattava di calarla nel terreno della prova⁴⁰.

Il c. d. giudice delle leggi attribuisce alle norme sull'inutilizzabilità il carattere di norme eccezionali, ricavandolo dalla norma sul diritto alla prova (art. 190 c.p.p.).

In primo luogo, la Corte distorce la direzione di una decisione del giudice di legittimità, secondo cui «essendo il diritto alla prova un connotato ineludibile del nuovo processo penale, assunto al rango di paradigma del parametro costituzionale sul “giusto processo”, qualsiasi divieto probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale» (Corte cass., sez. un. pen., sent. 25 marzo-9 aprile 2010, n. 13426), derivandone – ad avviso del giudice *ad quem* – “l'ovvia conseguenza che le norme le quali introducano divieti probatori si atteggiino, nel sistema, alla stregua di norme eccezionali e di stretta interpretazione”⁴¹. Nella geometria dei concetti allestita viene conferita al c. d. diritto alla prova un automatismo esclusivo, che si incaricherebbe di negare autonomia alle norme sull'inutilizzabilità, in quanto condizionate dalla portata di quel diritto. Poiché le norme sui divieti probatori (indichiamole con il segno meno: -) “contraddicono” quelle sul diritto alla prova (indichiamole con il segno più: +), le addizioni delle prove che fanno capo alle seconde norme sarebbero poziori e le sottrazioni probatorie che caratterizzano le prime sarebbero eccezionali, giustificabili solo se traducono valori costituzionali.

L'errore consiste nel metodo ricostruttivo usato poiché emargina, senza ragione sistematica, le norme sui divieti probatori al ruolo di disposizioni complementari, che vivono “alla luce” di quelle sul diritto alla prova (art. 190 c.p.p.). Oltre al fatto che la norma non ha una portata assoluta quale diritto perfetto poiché, ordinariamente e tipicamente, la prova che vuole attestarsi nel processo deve incanalarsi in un atto d'impulso di parte (c. d. principio dispositivo) e quindi essere oggetto di una

o un linguaggio scurrile. Infatti, i testi sul relativo capitolo di prova si limitavano a confermare che il caposala utilizzava un linguaggio scurrile, senza mai specificar la frase o la parola in concreto pronunciata dal caposala stesso, il che rendeva inutilizzabile la loro deposizione».

Cfr., di recente, Cass., sez. III, 11 aprile 2018, n. 16040, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 913 ss. secondo cui «il contenuto delle conversazioni intercettate [possa] essere provato anche mediante deposizione testimoniale, non essendo necessaria la trascrizione delle registrazioni nelle forme della perizia, atteso che la prova è costituita dalla bobina-cassetta o supporto digitale, che l'art. 271 co. 1 c.p.p., non richiama la previsione dell'art. 268, co. 7 c.p.p., tra le disposizioni la cui inosservanza determina l'inutilizzabilità e che la mancata trascrizione non è espressamente prevista né come causa di nullità, né è riconducibile alle ipotesi di nullità di ordine generale tipizzate dall'art. 178 cod. proc. pen.»; Cass., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33046, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1209: accesso della difesa ai files audio delle intercettazioni poste a fondamento della richiesta cautelare.

⁴⁰ L'attuale inutilizzabilità poteva, infatti, appellarsi “inefficacia” (con l'aggiunta di «probatoria», volendo “colorare” l'atto medesimo; sul fenomeno, v. la fondamentale voce di P. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Varese, 1965, p. 475). Riteniamo che, per l'inutilizzabilità c. d. fisiologica, l'irrelevanza del sapere predibattimentale sia la diretta sanzione, a carattere originario quindi e non secondario, del mancato rispetto della c. d. separazione delle fasi, che è il senso più importante – più profondo – della riforma del 1988. V., in tema, K. La Regina, *L'inefficacia*, in A. Marandola (a cura di) *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, Utet, 2015, p. 283 ss. e, per l'altro ambito, v. A. Nappi, *Codice di procedura penale*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 301: «alla struttura del processo, alla netta distinzione di ruoli tra giudice e accusatore ... corrisponde la separazione tra la fase procedimentale ... e la fase processuale», che, sottolinea C. cost., 14 aprile 1995, n. 130, Pestillo, in *Cass. pen.*, 1995, 2086, è «tipica della scelta accusatoria». Cfr. E. Lupo, *Il principio della separazione delle fasi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1572; M. Nobili, *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 34 ss.; G. Lozzi, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 301, sul principio di «non regressione ad una fase antecedente allorquando si è giunti validamente alla fase del giudizio». Sul c. d. doppio fascicolo e su quello dibattimentale, «delineato come contenitore separato e diverso da quello delle indagini, in quanto destinato ad essere riempito dagli atti che si formeranno in dibattimento nel contraddittorio delle parti», v. C. Valentini, *Udienza preliminare. Doppio fascicolo*, in A. Scalfati (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 572. Ovviamente, «il fascicolo per il dibattimento si costituisce in funzione del giudizio dibattimentale e, quindi, si forma solo se ed in quanto tale giudizio sia instaurato» (A.A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, Cedam, 2018, p. 752).

⁴¹ Si ritengono eccezionali quelle leggi che contengono norme derogative. Al riguardo, si è segnalato che il rapporto tra norma eccezionale (o speciale) e norma generale è rappresentato dal fenomeno della “deroga”: la norma generale è la norma derogata, mentre la norma eccezionale è la norma derogante (F. Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 520). In applicazione di siffatta qualificazione, sono state considerate norme eccezionali, escludendosi l'interpretazione analogica, norme che, derogando a regole o principi altrimenti applicabili, importino limitazioni alla capacità o ai diritti dei singoli (Cass. pen. 26 gennaio 2011 n. 13485; Cass., 12 febbraio 2009 n. 3488; Cass., 10 marzo 2008, n. 6328; Cass., 29 febbraio 2008, n. 5524; Cass., 19 maggio 2003, n. 7844; Cass. 1° aprile 2003 n. 4914).

richiesta al giudice⁴² e sottoposta ad un giudizio di ammissione sulla base dei parametri fissati dalla legge⁴³ (per cui la prova richiesta potrebbe non essere mai introdotta nel meccanismo probatorio di elaborazione, perché non ammessa⁴⁴), le regole di esclusione probatoria concorrono, al pari delle norme sul diritto alla prova e quali tessere di un mosaico, in pari grado e nella stessa misura quindi, alla ricostruzione dello statuto e della tenuta del sottosistema probatorio. In realtà, l'ingresso del c. d. diritto alla prova quale prerogativa delle parti (ricerca delle fonti di prova e richiesta della relativa ammissione, in vista dell'assunzione istruttoria e del vaglio dei suoi risultati nella fase conclusiva) – che traduce in norma una esigenza della dottrina (Vassalli) – ha l'autentico significato di un ribaltamento del rapporto regola-eccezione tra parti e giudice: l'accento ora è posto sulle prime e l'intervento da parte del secondo di un mezzo di prova diventa eccezionale. Quindi l'eccezione non riguarda la sanzione (come pretende la Corte costituzionale) ma l'azione, l'*agere* probatorio, la diversa posizione del giudice, ora del tutto residuale nel terreno della prova istruttoria (come testimonia la presenza, *in angulis*, nell'art. 507 c.p.p. di quell'ablativo assoluto: «Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice ... può disporre ... nuovi mezzi di prove»).

Che non si tratti di una sanzione eccezionale può dedursi dalla sua massima estensione applicativa, come espressamente ed ineludibilmente codificata («L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento», art. 191, comma 2, c.p.p.), dato che trova posto nel momento deliberativo della emanazione della sentenza, all'art. 526 c.p.p.: «Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

Vuole dirsi che sbaglia la Corte a stabilire l'ipotesi di un assetto che simulerebbe una sorta di assetto gerarchico tra i contigui artt. 190 e 191 c.p.p., tra il diritto alla prova e il regime delle «prove illegittimamente acquisite». Con le classi usate in altro ambito, e che prenderemmo a prestito, la prima è *norma di azione* mentre la seconda è *norma di relazione*, che mira a comporre il conflitto nascente dall'atto arbi-

⁴² In dottrina, v. M. Scaparone, *Le fasi del procedimento probatorio (ricerca della prova, allegazione, ammissione, assunzione, escussione, discussione)*, in *La prova penale (Quaderni CSM)*, 1997, n. 98, pp. 84-85, che, per quanto riguarda le attività sulla prova, si occupa, tra l'altro, della «assunzione della prova...l'attività con cui la prova, ammessa dal giudice, viene immessa nel processo e percepita dal giudice. L'assunzione è attività complessa e talora drammatica quando ha per oggetto le cosiddette prove costituenti ... testimonianza, esame». Cfr., pure, G. Ubertis, *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", "mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto")*, *ivi*, p. 48, secondo cui «si riuscirà ad individuare ciascuno dei momenti in cui appare strutturalmente scindibile la sequenza probatoria, concepita come l'insieme delle componenti, che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio». Per la «distinzione tra fase delle indagini preliminari e fase del processo», v. Corte cost., 24 aprile 1995, n. 136, Mariani, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2094.

Valutando le idee di fondo della riforma del nuovo codice, si è rilevato che «il nuovo processo si connota...come "processo di parti fondato sul principio dispositivo probatorio" (V. R. Garofoli, *L'introduzione della prova testimoniale del nuovo processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 2). Sul principio dispositivo delle prove v. art. 115, c. p. c. (al comma 1 «il giudice deve porre a fondamento della sua decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero»), su cui, ad esempio, cfr. Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5241; Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2002, n. 2076. Avverte Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 1983, n. 1165 (conf., Cass. civ., sez. II, 6 settembre 2002, n. 12980) che l'art. 115 c. p. c. – secondo cui il giudice deve decidere *iuxta alligata et probata* e, quindi, porre a base della decisione unicamente le allegazioni delle parti, cioè le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda o dell'eccezione – è inteso ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali della difesa e del contraddittorio, con l'impedire che una parte possa subire una decisione basata su fatti ad essi sconosciuti ed in relazione ai quali non si sia potuta difendere. Sul «principio dispositivo», richiamando «un processo di parti», v., tra gli altri, P. Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, p. 167.

Cfr. G. Guarneri, *Le parti nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1949, Prefazione, p. 8.

⁴³ In dottrina, v. R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 3, nota 2, che seleziona le attività delle parti, «quelle dirette a ottenere dal giudice una pronuncia di contenuto determinato ... valutate ... in base ai binomi ammissibili/inammissibili ... fondato/infondato ... efficace/inefficace o utilizzabile/inutilizzabile».

⁴⁴ Ma, v. la decisione innovativa di Cass., sez. III, 26 luglio 2019, n. 34091, Pres. Rosi, in *Guida dir.*, 2019, n. 42, p. 81, che, valorizzando la normativa *ad hoc* per le vittime di reati di violenze sessuali, specie se trattasi di minori, e richiamando le disposizioni sull'incidente probatorio, si occupa della norma che «disciplina una particolare ipotesi di ammissione di prove e, dunque, si conforma al lessico di regola seguito da consimili disposizioni, le quali evidenziano il diritto potestativo delle parti e, se del caso, delineano espressamente i poteri di valutazione attribuiti al giudice. Ove nulla sia specificamente previsto...vale il principio generale, sul quale è fondato l'ordinamento processuale, giusta il quale, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, fatta salva l'assenza delle condizioni previste dalla disciplina che consente il ricorso allo strumento anticipato di assunzione, si prevede l'obbligo di ammissione da parte del giudice». Questa sorta di *lex specialis* imporrebbe, cioè, di intendere l'ammissione del giudice quale atto dovuto. Sulla distinzione delle categorie della «facoltà di disporre» e del «dovere di disporre», v., per uno spunto, Corte cost., sent. 22à-24 gennaio 2018 Pres. Lattanzi – Rel. Morelli, in *Giust. pen.*, 2018, f. V, I, c. 135 s.

trario ed abusivo che ha aperto, nell'ordinamento, la forbice dell'antitesi⁴⁵. Perlopiù, l'inutilizzabilità mira a ridurre il divario generato dall'atto illegittimo e riordinare la tenuta dell'ordinamento processualpenalistico. Pur nel medesimo terreno probatorio, diritto alla prova ed inutilizzabilità si occupano di settori diversi. Dunque, non sono norme eccezionali e quindi tassative le norme sull'inutilizzabilità, insuscettibili di ospitare le estensioni analogiche, che, invece, sono tipiche del diritto processuale penale (e non di quello sostanziale⁴⁶).

Nel merito, invece, l'impostazione può essere condivisa: i divieti probatori, nel caso di specie, sono il riflesso di valori che trovano posto e rilevanza nella Costituzione, agli artt. 13, 14, la quale, nel proprio ordine, non ammette ispezioni, perquisizioni e sequestri al di fuori di provvedimenti motivati dell'autorità giudiziaria. Invece, l'errore della Corte consiste nel riferirsi all'ordine che darebbe il legislatore tipico (quello ordinario, cioè) che avrebbe creato una gerarchia di valori e in cui la nostra vicenda (quella tematizzata dal G.u.p. di Lecce) non rivestirebbe, nella sensibilità del legislatore, una caratura primaria, se è questo ciò che vuole dire, implicitamente, la Corte. Scrive infatti: "proprio in ragione delle peculiarità " funzionali" che caratterizzano il sistema delle inutilizzabilità e dei connessi divieti probatori, in ragione dei valori che mirano a preservare, esista una gamma "differenziata" di regole di esclusione, alle quali corrisponde un altrettanto differenziato livello di lesione dei beni che quelle regole intendono tutelare: il tutto, come è ovvio, in funzione di scelte di 'politica processuale' che soltanto il legislatore è abilitato, nei limiti della ragionevolezza, ad esercitare".

Altrettanto ovviamente, questi non impersonano l'onnipotenza del legislatore ottocentesco, non potendo, assolutamente, reinterpretare gli assetti costituzionali, per cui è vincolato all'impostazione garantista – in precedenza richiamata, nel filtro della convalida motivate per varie misure adottate – voluta dai padri costituenti. In altri termini, per le ispezioni, perquisizioni e i sequestri non bisogna riorganizzare una gerarchia di valori da salvaguardare rispetto ad altri in una scala comparativa, dato che la loro posizione è ricompresa nella categoria aurea della libertà personale, classificata inviolabile (la paratassi degli artt. 2, 13, 14 Cost.). Quindi, l'esempio della Corte sulla tortura di cui all'art 191 2-bis c.p.p. («Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale»⁴⁷), non può incrinare il livello che occupano le libertà personali anzidette, non risultando calzante, in definitiva.

Ma l'aver contestato il metodo è importante poiché, così, può ammettersi l'interpretazione analogica, per quanto problematica⁴⁸. In tal senso, si indica l'osmosi – ciò in cui si risolverebbe l'impostazione del

⁴⁵ Sulla distinzione, v., per tutti, E. Casetta, in F. Fracchia (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 306, avvisando che "Le norme che, attribuendo poteri, riconoscono interessi pubblici "vincenti" su quelli privati, sono norme di relazione, caratterizzate dal fatto di risolvere conflitti intersoggettivi di interesse ... Le norme di relazione esprimono quindi un giudizio relazionale tra interessi"; mentre "le norme che disciplinano l'azione amministrativa non partecipano dei caratteri delle norme di relazione ... Le norme chiamate a questo compito ... hanno ad oggetto l'azione dell'amministrazione, e ... sono definite norme di azione (Guicciardi, A. Romano)" (*op. cit.*, p. 362). In ordine alle «singole articolazioni dell'agire amministrativo ... la legge ... riconducendone l'agire discrezionale al principio di legalità», v., da ultimo, Cass. civ., sez. un., sent. 5 aprile 2019, n. 9680, Pres.: Cappabianca – Est.: Frasca.

⁴⁶ L'ordinamento giuridico statale tende alla sua completezza regolativa: non ammettere lacune, dovendo essere dotato di meccanismi compositivi in grado dare una soluzione ad ogni possibile conflitto. Il ricorso all'analogia è, dunque, consentito quando difetta nel sistema delle disposizioni una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda, quindi, necessario colmare il vuoto normativo rilevato (ad esempio, v. Cass., sez. un., 14 aprile, 2008, n. 9741; Cass. 12 maggio 2003, n. 7185; Cass. 6 luglio 2002, n. 9852; Cass., 29 aprile 1995, n. 4754).

La giurisprudenza distingue tra applicazione analogica delle norme penali ed eccezionali, vietata, ed interpretazione estensiva, che si ritiene ammessa, quale strumento idoneo ad offrire protezione a beni giuridici esposti a nuove modalità di aggressione (G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 356; F. Giunta., *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium Iuris*, 1999, p.14; in giurisprudenza, v., per un'ipotesi di interpretazione estensiva, v. Cass. 16 luglio 2013 n. 38978 – dep. 20 settembre 2013, Fregnan).

⁴⁷ Comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, l. 14 luglio 2017, n. 110.

⁴⁸ Favorevoli a tale soluzione interpretativa E. Basso, *Commento all'art. 252 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 731; Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata dalle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1158; F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 91; F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 253; M. Montagna, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1126; A. Scella, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 216. *Contra*,

Giudice di Lecce – con l’art. 185 c.p.p., in ordine agli effetti della declaratoria di nullità: «La nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo».

L’altro limite della sentenza della Corte in commento è quello di procedere *per saltum* poiché non esperisce la “prova di resistenza” dell’art. 191, rispetto, principalmente, alla diade dell’artt. 13 e 14 Cost. In tal senso, la sent. n. 219 del 2019 può considerarsi, sostanzialmente, elusiva della *quaestio* sollevata dal rimettente, per non aver esperito un autentico e diretto scrutinio della norma censurata con il piano sovraordinato, approfondendolo appunto.

La Corte pensa di affidare il suo giudizio reiettivo al piano classificatorio, inquadrando il *petitum* in quello di una domanda di una sentenza additiva o manipolativa, conclusivamente. In realtà, si sarebbe integrata una sentenza correttiva calata in un settore – quello probatorio – affetto da una certa anomia in ordine agli esiti di una perquisizione illegittima intrinsecamente legata al conseguente sequestro e che priva di tutela le situazioni dei diritti costituzionali vulnerati. Si trattava – appunto – di colmare una lacuna rilevante per la tenuta complessiva della normativa nel settore coinvolto. Può applicarsi estensivamente l’art. 185 c.p.p. che fissa un parametro di trattamento per le ipotesi di nullità derivate, invece di lasciare, o abbandonare, priva di disciplina una fattispecie rilevante o dobbiamo rassegnarci ad una condizione di insuperabile anomia⁴⁹?

Rispetto al precedente impianto normativo, l’inutilizzabilità rappresenta una categoria additiva ma che si inserisce nel discorso più generale sull’inosservanza delle disposizioni e dei divieti processuali, concernenti sia atti che prove. Nel caso che ci occupa, tuttavia, la normativa pertinente può riguardarsi come un *continuum* che, d’altro canto, è già sistematico seguendo la linea della successione cardinale: i due dettati normativi sulle nullità (artt. 177-186 c.p.p.) e sulle prove (artt.187 ss. c.p.p.) sono separati dalla linea di confine della numerazione nei diversi quadranti speculari o corrispondenti degli Atti, al libro II, e delle Prove al libro III. In tale ricostruzione comune, la disposizione sugli “effetti della dichiarazione di nullità” deve considerarsi *una tantum*, che, come tale, non occorre ripetere nell’addizione normativa sull’inutilizzabilità, atteso che l’art. 191 c.p.p. non si attesta al pari di una monade, ma, come precisato, si salda in un tessuto omogeneo ed unitario. Potrebbe dirsi che la sanzione riguardi “atti di prova”, unitariamente.

N. Galantini, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, pp. 344-345. Esplicitamente, v. A. Cabiale, *L’inutilizzabilità derivata: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir.pen. cont.*, n. 4/ 2013, p. 113: «L’applicazione analogica dell’art. 185 c.p.p. sembra la via più semplice. Tuttavia ... la nullità è una “sanzione processuale” tipica, che può operare solo a fronte di fattispecie altrettanto tipiche. 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 ... 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. ... viene da molti correttamente considerata discutibile»; v., pure, P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 562, «lascia perplessi, in ogni caso il ricorso al ragionamento per analogia in una materia che si ritiene governata dal principio di tassatività»; e P. Felicioni, *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prove illegittime e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1519 ss.; R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 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*, Padova, Cedam, 1992, p. 83, secondo cui estendere l’istituto dell’invalidità derivata all’inutilizzabilità rappresenta una «forzatura». In giurisprudenza, vale il principio secondo cui alla categoria della inutilizzabilità non si applica il principio secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi, che dipendono da quello dichiarato nullo (ad esempio, v. Sez. VI, 20 dicembre 2015 – (dep. 2016), Ferminio, Rv. 266496), sent. n. 3027. Secondo C. cost., sent. 27 settembre 2001, n. 332, sono fenomeni tutt’altro che sovrapponibili quelli della nullità e della inutilizzabilità, “così da non potersi trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema della nullità”.

La inutilizzabilità della prova richiede la illegittima acquisizione della specifica prova della cui validità si controverte; detta invalidità processuale rimane circoscritta alle prove assunte in violazione di divieti probatori e non incide sulle altre risultanze probatorie, ancorché collegate a quella inutilizzabili: in tal senso, Cass., sez. V, 20 novembre 2014, (dep. 2015), Strazimiri, Rv. 263031, n. 12697.

⁴⁹ In dottrina, v. A. Gusmai, *Giurisprudenza, interpretazione e coproduzione normativa*, Bari, Cacucci, 2015; R. G. Rodio, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 1/16 gennaio 2019, p. 1 ss.

In giurisprudenza per l’approdo ad una regola extratestuale, v. Cass., sez. V, sent. 16 marzo 1994, n. 3144: benché l’art. 623 del vigente codice di rito non preveda espressamente l’ipotesi di annullamento da parte della Corte di cassazione, con rinvio al giudice di primo grado per effetto di nullità assolute, al pari dell’art. 543, n. 6, c.p.p. abrog., la possibilità di una siffatta pronuncia si desume sia dalla relazione al progetto preliminare, che giudica “superflua, quanto al giudizio di cassazione, un’apposita disciplina dell’annullamento con rinvio per le ipotesi di nullità”, sia dal complesso delle norme che regolano il regime delle nullità, e, in particolare, dagli artt. 179, 185, comma 3 e 569, comma 4, c.p.p.

Infine, un distinto rilievo critico non entra nel campo di ricognizione della decisione della Corte e riguarda il trattamento della fonte anonima d'accusa che, utilizzata nelle indagini preliminari, non sarà ripetuta a dibattimento sottraendosi alla "prova da sforzo" del controesame (nel blocco normativo degli artt. 498-500 c.p.p.), ciò che appare disallineato rispetto al precetto costituzionale di cui all'art. 111, comma 4, secondo periodo, a mente del quale "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore".

Si tratta di una libera condizione della radice dell'accusa che rimane incontrollata (la fonte confidenziale) e che fuoriesce dal *radar* del giudice *a quo* e dal sindacato della Corte, ma eccepibile in questa sede, dato che la condizione oggettiva dell'anonimo è che il nome del protoaccusatore, chiuse le indagini, mai giungerà a dibattimento e lo stesso autore mai deporrà nel contraddittorio delle parti per verificarne la consistenza del racconto, l'attendibilità e la credibilità della fonte e, non secondariamente, *apud iudicem*, il soggetto che renderà il giudizio finale nella sentenza. Così, la genesi della condanna appartiene al fenomeno del *wellerismo* giudiziario, la colpevolezza dell'imputato provenendo anche dall'originaria dichiarazione di chi si sarà sottratto ai ferrei controlli del pubblico dibattimento. In tale ambito, il divieto costituzionale fissato all'art. 111, comma 4, non avrà svolto alcun ruolo selettivo, salvo che (ciò che metterebbe fra parentesi il discorso che precede) trovi posto la normativa *ad hoc* per gli informatori: «Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi forniti non possono essere acquisiti né utilizzati» (art. 203, comma 1, II p., c.p.p.; v. art. e 240 c.p.p.)⁵⁰.

L'INAMMISSIBILITÀ COME SANZIONE "DIFFUSIVA". IL SEQUESTRO QUALE "ATTO DOVUTO"

La Corte costituzionale, pur a fronte di due ordinanze di rimessione motivate e fortemente articolate, le ha giudicate inammissibili, ciò che rappresenta l'emarginazione più radicale della domanda di incostituzionalità dell'art. 191 c.p.p.

Si tratta di argini, posti all'ingresso della porta d'ingresso del Palazzo della Consulta, oramai in uso, probabilmente nella forma patologica dell'abuso come si è già notato, presso altri organismi giudiziari, specialmente presso la Corte di cassazione, per sfoltire il carico giudiziario.

La Corte di cassazione è divenuta (o viene raffigurato come) un corpo saturo, per l'elevata quantità dei ricorsi di cui è destinataria e, verosimilmente, temendo di essere sopraffatta⁵¹ o ritenendo di non dovere gestire un carico di lavoro oltre un certo limite predeterminato, lancia segnali all'esterno, agli aspiranti ricorrenti. Ma, trattandosi di un sottotesto, e quindi di un linguaggio indiretto ed extradichiarativo, sta all'interprete potarlo alla luce.

Così i suoi provvedimenti, specie quelli che declinano la competenza della Corte ad occuparsi di

⁵⁰ L'art. 203 cit. regola il c.d. *ius tacendi* relativo all'identità degli informatori (confidenziali). Ma il "segreto di polizia" è stato oggetto di critiche non del tutto superate dal duplice intervento della Corte costituzionale (sent. 28 novembre 1969, n. 114, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2047 e sent. 2 dicembre 1970, n. 175, *ivi*, 1970, p. 2101; per un cenno alle informazioni acquisite in via confidenziale dalla polizia giudiziaria, v. Cass., sez. VI, 25 luglio 2011, n. 29666, Failla, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 109). In dottrina, v. M. Pisani, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 201; M. Scaparone, *Agenti di polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 123 ss.; Sulla definizione di "informatori", v. Cass., sez. II, 7 novembre 2007, n. 46023, Montagnese, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2988; Cass., sez. VI, 12 giugno 2001, n. 36720, Vardaro, *ivi*, p. 1264.

Le informazioni assunte da un confidente della polizia giudiziaria e da questa riferite all'autorità giudiziaria dopo la morte del medesimo (nella specie assassinato) possono essere legittimamente utilizzate all'interno della fase delle indagini preliminari e per l'applicazione delle misure cautelari, siccome informazioni assunte da persona in grado di riferire sui fatti oggetto di indagini, secondo Cass., sez. I, 13 gennaio 1993, n. 3952. Precisa Cass., sez. VI, sent. 12 giugno 2001, n. 36720: "Gli informatori della polizia o dei servizi segreti sono i confidenti della polizia o dei servizi, che – di regola dietro compensi in denaro o in vista di altri vantaggi – forniscono loro occasionalmente, ma con sistematicità, notizie riservate. Non rientra in questa figura, né può essere ad essa assimilata, la persona informata dei fatti che rifiuti di formalizzare le sue dichiarazioni e di sottoscrivere un verbale, e cui pertanto non sono applicabili le disposizioni contenute nel predetto art. 203 c.p.p.". Altresì, v. Cass., sez. II, sent. 7 novembre 2007 Cc. – dep. 10 dicembre 2007 – Rv. 239265, n. 46023: «gli "informatori della polizia giudiziaria", da individuarsi nei "confidenti" che, agendo di regola dietro compenso in denaro od in vista di altri vantaggi, forniscono alla polizia giudiziaria, occasionalmente ma con sistematicità, notizie da loro apprese».

In tema, recentemente, v. Cass., sez. VI, sent. n. 18 settembre 2017, n. 42566.

⁵¹ Sulla "Corte assediata", v. il convegno di Roma del 27-29 settembre 2012, i cui atti risultano pubblicati in AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità. Atti del convegno*, Milano, Giuffrè, 2014.

domande che non superano la soglia di ammissibilità delle doglianze addotte⁵², diventano predittivi – statuiscono sui ricorsi e solo in una certa misura, e valgono anche *pro futuro* – per gli scenari che possono instaurarsi. La tacita finalità è quella di scoraggiare – o “disincentivare” per usare l’espressione del giudice remittente di Lecce e ripreso dalla C. cost. 3 ottobre 2019, n. 219 – l’attivazione del mezzo di impugnazione previsto (artt. 606-607 c.p.p.) strozzandolo al suo apparire, ponendo cioè, all’ingresso di Piazza Cavour, degli argini che misurano il moto reattivo della Corte al *surplus* di domande di giudizio di legittimità. Oggettivamente, è questa la direzione del giudizio di inammissibilità del ricorso, che da alcuni anni è stato reclutato per servire e perseguire siffatta finalità moltiplicandosi i “pesi” per l’accesso alla Corte, come quando, nella griglia selettiva della Corte, l’eccezione di inutilizzabilità di una prova diventa condizione necessaria ma non sufficiente per valicare la soglia d’ingresso del giudizio di legittimità, nel cui ambito è richiesto, invece, che la parte si faccia carico di rappresentare, additivamente, gli effetti della eliminazione dell’elemento probatorio dal raggio degli atti conoscibili ai fini del giudizio, e quindi verificare se altri atti, ad onta dell’avvenuta espunzione, «risultino sufficienti a giustificare l’identico convincimento (Sez. 6, n. 18764 del 5/2/2014, Rv. 259452)»⁵³.

Detto giudizio di inammissibilità, addirittura dal 2001, riceve un trattamento riservato, quello preliminare del presidente della corte di cassazione. Questi, e quindi un organo monocratico e non collegiale e senza la necessità che si apra una qualche forma di contraddittorio su una determinazione presidenziale (o protodecisione), «se rileva una causa di inammissibilità dei ricorsi, li assegna ad apposita sezione» (art. 610, comma 1, c.p.p., in quanto l’originario comma è stato sostituito dall’art. 6, l. 26 marzo 2001, n. 128 e, successivamente, così modificato dall’art. 1, comma 61, l. 23 giugno 2017, n. 103⁵⁴).

In tale modo, il ricorso in cassazione diventa inappagante in quanto la forbice della conflittualità non si chiude con la decisione emessa, che, paradossalmente, chiude la serie dei ricorsi interni (quelli nazionali), non rinvenendosi altro stadio oltre la sommità, come per l’Areopago⁵⁵, del giudice di legittimità nel territorio nazionale⁵⁶. La conflittualità sociale, cioè, rimane sopita, infrangendosi le doglianze superstiti contro lo scoglio della definitività del provvedimento. L’indicato profilo ci pare di particolare interesse scientifico, perché denotativo delle tecniche di decifrazione ed esame dei ricorsi che in Italia investono la Corte, laddove permette di risalire all’attuale ruolo del giudice di legittimità, quanto spazio nel quadrante della giustizia intende (o è disposto ad) occupare, se quel giudizio di inammissibilità sia pertinente oppure una superfetazione, espressione di un atteggiamento rinunciatario. Da alcuni anni la Corte, “assedata” dal superlavoro derivante dalla pletora dei ricorsi, per smaltirli ha reagito rivalutando la classe della inammissibilità (come quando il legislatore-

⁵² Per esempio, v., da ultimo, Cass. sez. II, 30 maggio 2019, dep. 8 luglio 2019 n. 29642, Pres. Geppino Rago, Cons. Est. Ignazio Pardo, ric. Pagni Massimo Luciano e altri.

⁵³ Così, Cass. sez. II, 30 maggio 2019, dep. 8 luglio 2019 n. 29642, cit.

In precedenza, in ordine alle decisioni di inammissibilità, v. Cass., sez. III, sent. n. 7724, 12 ottobre 2018-16 febbraio 2018, Pres. Savani, Rel. Corbetta, P.M. Cuomo (concl. conf.); Ric. Tuci, in *Giust. pen.*, 2018, f. V, III, c. 303: è inammissibile la richiesta di patteggiamento parziale, limitata solo ad un frammento della condotta di reato oggetto di imputazione. (Fattispecie relativa ad una richiesta di patteggiamento limitata alla condotta di concorso nella detenzione di una parte del più ampio quantitativo di stupefacente indicato nel capo d’imputazione). In tema, v. Cass. n. 41138 del 2013, in *CED Cass.*, m.2 56.929; n. 10109 del 2016, *ivi*, m. 266.249.

⁵⁴ La versione originaria dell’art. 610 era diversa, al comma 1, c.p.p.: «Il presidente della corte di cassazione provvede all’assegnazione dei ricorsi alle singole sezioni secondo i criteri stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario», su cui v., in dottrina, ad esempio, M. Garavelli, Sub art. 610, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino, Utet, 1991, p.239 ss.

⁵⁵ Per tale riferimento v. F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p.310: «il tribunale allestito da Atena nella causa contro Oreste si chiama Areopago perché siede su colle dedicato ad Ares».

⁵⁶ È come se il terreno fosse dominato da una servitù negativa, *altius non tollendi*, e ciò per designare la condizione di soggezione del ricorrente soccombente al quale l’ordinamento gli richiede l’arresto dei propri poteri reattivi.

Sulle varie decisioni d’inammissibilità, v. Cass., sez. II, sentenza n. 4727, 11 gennaio 2018-1° febbraio 2018, Pres. Davigo, Rel. Pardo, P.M. Viola (concl. diff.); Ric. Oboroceanu, in *Giust. pen.*, 2018, f. V, III, c. 303: ai sensi dell’art. 448, comma 2-bis, c.p.p. introdotto con la legge 23 giugno 2017, n. 103, è inammissibile il ricorso per cassazione, avverso la sentenza di patteggiamento, con il quale si deduca l’omessa valutazione da parte del giudice delle condizioni per pronunciare sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p.; in tal caso, la corte provvede a dichiarare l’inammissibilità con ordinanza *de plano* ex art. 610, comma 5-bis, c.p.p. V., pure, Cass., n. 23049 del 2017, in *CED Cass.*, m.2 70.034.

re individua forme alternative alla detenzione per “una scelta del tutto coerente con lo scopo di deflazionare le carceri”⁵⁷) che meglio sarebbe chiamarla la “politica dell’inammissibilità” (da altri “cultura dell’inammissibilità”⁵⁸), assunta verosimilmente per svolgere il ruolo obliquo di alleggerire il carico di lavoro (fino all’imponente cifra del 60 per cento delle impugnazioni)⁵⁹, che viene respinto già alla porta d’ingresso di Piazza Cavour. Infatti, si è osservato che «la Corte assediata dal sovraccarico di lavoro che grava sui suoi magistrati ha deciso di porre in essere forme di autodifesa, probabilmente sproporzionate rispetto alla reale consistenza della minaccia e comunque calibrate sostanzialmente su un unico possibile rimedio rappresentato dall’inasprimento dei filtri volti alla deflazione dei ricorsi»⁶⁰.

L’interrogativo riguarda l’ambito che la stessa vuole impegnare nel terreno della giustizia. La domanda è così riducibile, e vale anche per la Corte costituzionale, organo eletto per il settore della giustizia costituzionale, quando richiama il c. d. diritto vivente⁶¹: se della c. d. amministrazione della giustizia si voglia isolare, dei due addendi, il primo termine e puntare, dunque, sull’amministrazione quale ruolo dominante, emarginando, per le ragioni più varie⁶² porzioni di materie devolute. Se fosse incamminata verso tale obiettivo o destino, più che organo di chiusura del sistema⁶³ – “la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” (è la funzione di nomofilachia fissata all’art. 65 Ordinamento giudiziario, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) – la Cassazione, nella metamorfosi, si rivelerebbe di chiusura delle istanze di giustizia che i cittadini rivolgono alla Corte, ricusandole sostanzialmente attraverso un uso ripetuto dell’imbuto dell’inammissibilità. La messa in campo di questo filtro restrittivo non sarebbe, cioè, casuale oppure occasionale, ma frutto di una scelta, di un lucido disegno. Non lontane da questa posizione è la Corte costituzionale, che liquida come inammissibile una problematica – che rimane irrisolta – di cospicue dimensioni che tocca profondamente l’*Ethos* che l’agire giudiziario non può non possedere. Con questa pronuncia della Consulta, la polizia di sicurezza può seguitare a battere il terreno in ciò che è l’equivalente della malversazione del pubblico funzionario: la *mala gestio* delle indagini incardinate *sine titulo*, con la certezza o l’elevata probabilità del lavacro della successiva convalida⁶⁴ e facendo assegnamento i suoi autori sullo scudo del sequestro quale “atto dovuto”, “che sterilizza” la perquisizione illegittima.

⁵⁷ C. cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 41, Pres. Lattanzi – Rel. Lattanzi, in *Giust. pen.*, 2018, f. V, I, c. 129 ss.: va dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospenda l’esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni, anche se costituente residuo di maggiore pena, anziché a quattro anni. Il legislatore non è incorso in un mero difetto di coordinamento, ma ha leso l’art. 3 Cost. Si è infatti derogato al principio del parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato.

⁵⁸ O. Mazza, *La nuova cultura dell’inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 10, 440. 3, p. 3472 ss., che richiama Marafioti, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, Torino, Giappichelli, 2004, p.159 ss.

⁵⁹ A. Nappi, *Guida al Codice di Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 946: “è la selezione dei ricorsi... a caratterizzare davvero i modelli “a Corte Suprema”, permettendo di limitare sia i carichi di lavoro sia gli organici delle Corti, che possono così esprimersi in un discorso giurisprudenziale unitario ed efficientemente comunicabile”. Cfr., recentemente, Mazza, *La nuova cultura dell’inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, cit., p. 3472-3473, secondo cui la Corte non chiarisce fino in fondo le imponenti dimensioni del fenomeno che finisce per abbracciare circa il 60% delle impugnazioni».

⁶⁰ O. Mazza, *La nuova cultura dell’inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, loc. cit.

⁶¹ P. Ferrua, *L’inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto ‘vigente’ e diritto ‘vivente’*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3008. In tema, v. R. Fonti, *L’inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, Cedam, 2008, p. 88.

⁶² M. Chiavario, *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi. Riscrivere la norma costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2898 ss., che riporta pure il dibattito in seno all’Assemblea costituente.

⁶³ La Corte di cassazione può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto, solo entro i limiti in cui esso sia stato già storicamente ricostruito dai giudici di merito [Cass., sez. II, sent. n. 7462, 30 gennaio 2018-15 febbraio 2018, Pres. Gallo, Rel. Recchione, P.M. Zacco (concl. conf.); Ric. Lunardi e altro, in *Giust. pen.*, 2018, f. V, III, c. 303; conf. Cass., n. 23391 del 2017, in *CED Cass.*, n. 270.144. In precedenza, v. Cass., n. 3763 del 2013, *ivi*, m. 258.262; Cass., n. 41767 del 2017, *ivi*, n. 271.391].

⁶⁴ Sulla sanatoria delle nullità, sempre nel regime del vecchio codice, v., per tutti, F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 74. Allorché si stia instaurata «un’attività processuale vietata in modo assoluto», non potrebbe ripetersi l’atto compiuto poiché si tratterebbe di «sommare invalidità ad invalidità» (G. Galli, *L’inammissibilità dell’atto processuale penale*, Milano, 1968, p. 169). Così, già F. Cordero *Il procedimento probatorio*, cit., p. 72, nota 191.

La norma dell'art. 185 c.p.p., nel solco dell'art. 189 c.p.p. 1930, detta una regola di trattamento nell'ipotesi, specifica, in cui il vizio di un atto coinvolga la validità di altri atti (che sono) indenni avuto riguardo al modello legale particolare, ma contraddistinti da un vincolo di dipendenza rispetto a quello dichiarato nullo. Cioè, l'atto valido subisce la sorte di quello viziato, per via del nesso specifico che lega determinati atti⁶⁵. Il corrispondente accertamento positivo impone l'invalidazione sia dell'atto colpito dal vizio specifico che degli atti con quello collegati: *vitiatur et vitiat*⁶⁶.

Questo è uno schema specifico e, si aggiunga, anche generale, applicabile e applicato in altri settori, come quello costituzionale, secondo cui «dalla dichiarazione di incostituzionalità ... consegue l'incostituzionalità delle altre norme, le quali presuppongono» quanto censurato⁶⁷.

Dopo il conteggio della dottrina, sulla misura dell'abbattimento dei ricorsi azionando la mannaia dell'inammissibilità e pari al 60 %⁶⁸, sarebbe ora che ci si occupasse di fare lo stesso per la Corte costituzionale, sollevando il velo che attualmente la ricopre⁶⁹.

L'INUTILIZZABILITÀ DERIVATA

I compilatori del codice di procedura penale introducendo con l'art. 191 la figura dell'inutilizzabilità quale categoria che soddisfacesse la domanda di trattamento delle "prove illegittimamente acquisite" (così la rubrica dell'art. 191 cit.) – e che risalirebbe alla dottrina di J. Goldschmidt⁷⁰ – ebbero chiaro che dell'invalidità stavano occupando spazi nuovi, un raggio d'azione e un canone interpretativo diverso

⁶⁵ La nullità del provvedimento di distruzione del corpo del reato non si comunica agli atti anteriori e, segnatamente, al verbale di sequestro dello stesso corpo del reato, che fa parte del fascicolo del dibattimento (Cass., sez. I, sent. 19 giugno 2007, n. 23887).

Qualora l'esistenza delle cose da sequestrare, nella specie documentazione bancaria, risulti da un interrogatorio dell'indagato, poi dichiarato nullo, in applicazione dell'art. 185 c.p.p., rende invalido il provvedimento di sequestro emesso, venendo questo in concreto a dipendere dall'atto nullo (Cass., sez. IV, sent. 18 luglio 1996, n. 7173).

⁶⁶ V. Cass., sez. II, 20 giugno 2012, n. 24552, P.F., in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 648 ss.

⁶⁷ Corte cost., sent. 14 novembre 2005, n. 417, in *Dir. giust.*, 2005, n. 44, p. 98.

⁶⁸ O. Mazza, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, loc.cit.

⁶⁹ E ciò dopo lo "scandalo" della notizia dei costi della Corte: v. T. Oldani, Roberto Perotti, docente alla Bocconi, fa le pulci alle spese della Corte costituzionale. *Ma quanto ci costa 'sta Consulta. Restano nascosti gli stipendi e le pensioni scandalose*, in *Italia oggi*, 19 dicembre 2017, p. 7, sui costi economici della Consulta, soprattutto sugli stipendi e le pensioni pagate ai giudici costituzionali e ai loro dipendenti, nonché sui bilanci annuali di questo organismo: «C'è un solo aggettivo per caratterizzare i bilanci della Corte di qualche anno fa, e soprattutto le remunerazioni dei giudici e i loro benefit: scandalosi. Lo stipendio attuale di 360 mila euro è quasi il doppio dello stipendio degli omologhi statunitensi ... Ci sono in giro ex presidenti della Consulta che pontificano regolarmente sull'eguaglianza della nostra società e che hanno ricevuto una liquidazione da 900 mila euro, e ricevono ogni mese una pensione di 21 mila euro».

Anche i giudici di merito seguono questa "pratica" dell'inammissibilità, trovandovi uno spazio in cui incanalarla (per esempio, del gravame, essendo necessario che le ragioni su cui si fonda il gravame siano esposte con sufficiente grado di specificità, da correlare, peraltro, con la motivazione della sentenza impugnata nel convincimento espresso da C. App. civ. Catania, sez. I, sent. 2 maggio 2019, n. 976, in *Il Merito*, 2019, n. 10, p. 16: siamo nel terreno dell'opinabile in cui il giudice ha buon gioco, nel ritenere generico oppure oscuro l'apparato espositivo difensivo, a cui lo stesso organo *ad quem* non possa rimediare con le comuni risorse interpretative; di contrario avviso, in altro settore, la giurisprudenza di merito del Trib. civ. Brescia, sez. III, sent. 13 giugno 2019, n. 1845, *ivi*, p. 19, secondo cui in tema di azioni a difesa della proprietà, nell'azione di regolamento di confini, il giudice, del tutto svincolato dal principio *actore non probante reus absolvitur*, deve determinare il confine in relazione agli elementi che sembrano più attendibili).

⁷⁰ R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 4, nota 2: «Può considerarsi un indiretto risultato della dottrina goldschmidtiana la creazione della specifica sanzione processuale (l'inutilizzabilità: art. 191 c.p.p.), adeguata a quella *Erwirkungshandlung* per eccellenza che è la formazione della prova».

In tema, v. M. Panzavolta, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano, Aras Edizioni, 2012, p. 263-275; A. Cabiale, *L'inutilizzabilità derivata: un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, cit., p. 112 ss.; C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 796; A. Scella, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, cit., p. 216.

In giurisprudenza, recentemente, v. Cass., sez. VI, sent. 18 settembre 2017, n. 42566: «L'eventuale vizio di inutilizzabilità, genericamente lamentato dal difensore, non potrebbe estendere i suoi effetti agli altri atti di indagine compiuti e, ovviamente, alle dichiarazioni confessorie rese dallo stesso indagato nel corso dell'interrogatorio di garanzia. Né, al di là della questione della inutilizzabilità derivata, è stata anche solo prospettata dal difensore la decisività probatoria autonoma del contenuto delle singole intercettazioni di cui si assume la inutilizzabilità».

dalla tradizione⁷¹. Però non chiarirono o definirono i rapporti con la sanzione tradizionale della nullità, licenziando un testo tanto misurato quanto inappagante, se confrontato con le diverse disposizione che disciplinano le nullità degli atti (artt. 177-186 c.p.p.). Al riguardo, sfruttando la norma di chiusura dell'art. 185 c.p.p., il suo ventaglio onomastico, potrebbe riguardare la categoria dell'inutilizzabilità come riferibile alle «nullità concernenti le prove» (art. 185, comma 4, c.p.p.).

Questa approssimativa assimilazione intersanzionatoria potrebbe pure scorgersi all'art. 134, comma 1, c.p.p.: «quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale».

Testo inappagante, dunque, che ha attirato le osservazioni e gli interrogativi della dottrina: «alle potenzialità insite nella fattispecie si contrappongono peraltro ancora oggi i limiti derivanti dalla sua tenuta rispetto al principio di tassatività, tracciato dal divieto di analogia per la nullità, ma con criticità interpretative se adattato alla inutilizzabilità, su cui incombe ... l'individuazione della fonte della invalidità da ricavarsi in base ad un unico riferimento normativo, l'art. 191 c.p.p., tanto sintetico quanto propositivo di un variegato universo di divieti probatori che ... sembrano costituire un'incognita per delineare i casi di inutilizzabilità generale. Da qui la ricerca dei criteri individuativi»⁷². La Cassazione sembra allineare nullità ed inutilizzabilità ai fini dell'art. 185 c.p.p. in una decisione non più recente (ed anche in dottrina, l'accostamento non è rifiutato)⁷³.

L'ART. 111, COMMA 4, COST.: L'APPLICAZIONE PRATICA

Alla penale responsabilità è riservata una disposizione *ad hoc*, sebbene per dettare un principio generale e generico (per esempio, si parla di "interrogatorio" e non di esame). Questo è così declinato: «La

⁷¹ Cfr. M. Nobili, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 641; G. Pierro, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, ESI, 1992; N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 169 ss.; F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto IV Discipl. pen.*, vol. VII, cit., p. 293; F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, loc. cit.; A. Scella, *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, t. I, cit., p. 479 ss.

Più recentemente, v. G. Pierro, voce *Inutilizzabilità degli atti (dir. proc. pen.)*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 3241 ss. che definisce l'inutilizzabilità quale modello di qualificazione normativa riguardante gli atti processuali penali di rilievo probatorio; G. Illuminati, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 534; R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, cit., p. 1768; D. Chinnici, *L'inutilizzabilità della prova tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 889.

⁷² N. Galantini, *L'inutilizzabilità effettiva della prova*, cit. Cfr., pure, A. Scella, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit., p. 479, sottolineando che «queste regole di esclusione probatoria operano ... in assenza della benché minima unitarietà nella definizione e nella disciplina delle prove inutilizzabili».

⁷³ In dottrina, v. P. Felicioni, *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prove illegittime e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1519; R. Mendoza, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1941-1942; N. Rombi, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2334.

In tema di informazione di garanzia, in base al principio per il quale la nullità o inutilizzabilità di un atto possono rispettivamente comunicarsi o avere effetto solo su atti successivi o solo in quanto dipendenti dall'atto nullo o inutilizzabile e non su quelli antecedenti, che hanno una propria autonomia, deve ritenersi che la nullità della informazione di garanzia può determinare la nullità dell'atto a cui si riferisce ma non nullità ovvero invalidità di atti derivati, perché *utile per inutile non vitiatur* (Cass., sez. VI, sent. 24 gennaio 1997, n. 454).

Per la dottrina, v. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 280, che evoca la problematica, assai spinosa, dei rapporti tra perquisizione e sequestro: «Si pone il problema se il sequestro possa o no ritenersi valido allorquando venga effettuato in conseguenza di una perquisizione illegittima. La soluzione è controversa in quanto accanto alla tesi per cui la inutilizzabilità o la nullità della perquisizione non potrebbe comunicarsi al sequestro stante l'autonomia giuridica del sequestro ... vi è la tesi per cui se la perquisizione è lo strumento giuridico mediante il quale si attua il processo, l'illegittimità del mezzo di ricerca della prova non potrebbe non comportare l'illegittimità del sequestro che risulterebbe un atto consecutivo dipendente dalla perquisizione». Al riguardo è più che nota la posizione di F. Cordero, *Procedura penale*, 2012, Milano, Giuffrè, p. 833: «perquisizione e sequestro compongono una sequela causale ma il secondo non dipende dalla prima...comunque rinvenute, cose simili sono sequestrabili».

Se la procedura penale non deve diventare il lavacro di un vasto piano di bonifica, il precedente di una perquisizione illegale (art. 609 c. p.) permane sul piano processuale, poiché questo non tollerebbe o sanerebbe quella (anche secondo le linee dello schema anglosassone: *Theory of the fruit of the poisonous tree*). Propriamente, il perquirente opera per il sequestro: si tratta, appunto, di "cose sequestrate nel corso della perquisizione illegittima" (v. Cass., sez. V, 23 maggio 1992, Casini, in *Arch. proc. pen.*, 1994, 1172, Molinari, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*; in tema, v. Cass., sez. I, 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, *ivi*, 1993, 649).

colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi si è sempre sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore» (art. 111, comma 4, II periodo, Cost.)⁷⁴. Questo segmento normativo dell'art. 111 Cost. ha un tratto testuale che lo accomuna all'altro, precedente, segmento presente al comma 3 del citato art. 111 («facoltà ... di interrogare o far interrogare») ⁷⁵.

È fuori discussione il collegamento, non estemporaneo, tra prova e giudizio⁷⁶, che nel caso sia di condanna, richiede una "speciale" prova, quella che sappia dirigere il giudice fuori dalle sabbie mobili dell'incertezza e lo guidi quindi «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533, comma 1, c.p.p.⁷⁷). Si tratta dell'importazione, nel diritto nazionale, della "beyond any reasonable doubt rule", vessillo del sistema processuale penale anglosassone e divenuto, per noi, «manto regale di ogni ordinamento processuale democratico»⁷⁸. La regola acquista un valore finale: «per dichiarare l'imputato colpevole – questo, in via di prima approssimazione, il suo significato – non basta ritenere l'ipotesi affermativa della responsabilità penale "più probabile" dell'ipotesi antagonista: occorre che le prove acquisite innalzino il verdetto di colpevolezza a quote elevatissime di probabilità assoluta, confinanti ... con la certezza»⁷⁹.

Ora l'esame procede con una domanda articolata e stringente: riesce a sottrarlo a tale rigoroso dubbio (alla tenaglia del) e a riportare il giudicante nell'area della certezza processuale, l'acquisizione nel pubblico dibattimento di un atto querelatorio, depositato (*illo tempore*) presso una caserma dei carabinieri, il cui autore in giudizio si è reso o risulta irreperibile (e quindi escludendo una colpa dell'imputato o un suo interesse), e leggendolo in udienza, perché atto divenuto irripetibile (c.d. irri-

⁷⁴ Recentemente, v. F. Ruggieri, *Diritto processuale penale e pratiche criminali*, Bologna, Zanichelli, 2018, p. 550 ss. nel cui manuale, e nella parte VII, intitolata ai Giudizi e al contraddittorio, quest'ultimo è agganciato al canone costituzionale sancito all'art. 111, comma 4, Cost.

Per uno spunto, v. C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91, in *Cass. pen.*, 2018, f. 10, p. 3186 ss., n. 423: «Se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna».

⁷⁵ In dottrina, v. D. Carponi Schittar, *Esame controesame. Teoria e tecnica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 395; nonché E. Selvaggi, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 53 ss.; G. Gianzi, *Esame diretto e controesame dei testimoni*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, p. 592-593: «La scelta legislativa del metodo dialettico nell'assunzione dell'esame testimoniale ed il correlativo potere dispositivo delle parti danno vita ad un meccanismo assai efficace, ma, nel contempo, estremamente delicato». Cfr. E. Fassone, *Le forme dell'esame testimoniale. Le contestazioni. La formazione progressiva del fascicolo del dibattimento*, in *La prova penale (Quaderni CSM)*, 1997, n. 98, p. 377.

⁷⁶ Cfr., per tutti, G. Ubertain, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, Utet, 1995, p. 3 ss.

⁷⁷ Secondo F. Caprioli, *Condanna (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, t. 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 102, la regola è «sfornita di rango costituzionale». Ci chiediamo, però: cosa impedisce di agganciare tale regola all'art. 27, comma 2, Cost., interpretando rigorosamente l'onere probatorio del P.M. per superare la presunzione di non colpevolezza di cui gode l'imputato, dovendo dotarsi di un *quantum* di prova tale da collocarsi «al di là di ogni ragionevole dubbio ex art. 530, comma 1, c.p.p.?».

Cfr. O. Mazza, *Il ragionevole dubbio nella media delle decisioni*, in *Criminalia*, 2012, p. 364 e, recentemente, P. Ferrua, *L'oltre ogni ragionevole dubbio e il teorema di Bayes*, in *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 98 ss. In giurisprudenza, da ultimo, v. Corte cost., sent. 20 marzo-23 maggio 2019, n. 124.

⁷⁸ Così, con esaltante enfasi, F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 104 ss.

⁷⁹ Caprioli, *Condanna (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, t. 1, cit., p. 104. In termini consimili si esprimeva Antifonte, II, *Sull'omicidio di Erode*, in M. Marzi (a cura di), *Oratori attici minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, Torino, Utet, 1995, V, 187, quando ammoniva che bisogna accertare «la verità dei fatti con assoluta certezza».

Cfr. D. Chinnici, *L'«oltre ogni ragionevole dubbio: nuovo criterio del giudizio di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1553; C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, in A. Scalfati (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, Milano, Ipsoa, 2006, p. 87; R. Kostoris, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. "legge Pecorella"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 633; E. Marzaduri, *Commento all'art. 5 l. n. 46/2006*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 88; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1243; G. Spangher, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in A. Gaito (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, Utet, 2006, p. 250; nonché J. Della Torre, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2014.

In giurisprudenza, da ultimo, richiama tale regola C cost., sent. 23 maggio 2019, n. 124.

petibilità sopravvenuta, ex art. 512 c.p.p.⁸⁰), e senza che la difesa abbia mai potuto interrogare, controesame, vedere e sentire, il suo autore per un confronto dialettico in grado di ribaltare la versione di quel racconto unilaterale? In tal caso, secondo il recente insegnamento della Suprema Corte, si è rispettato il canone in base al quale «bisogna procedere all'accertamento del reato, in tutte le sue componenti soggettive ed oggettive, assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio»?⁸¹.

Il potere di revocare in dubbio la conoscenza fattuale, quella trasfusa in un verbale, mediante l'esame e il controesame in dibattimento del suo autore, al fine di concludere, eventualmente, che la barriera del dubbio è stata abbattuta e valicata e si è raggiunta una prova per la condanna dell'imputato, equivale a rendere quella conoscenza irrefutabile. E quando questo percorso non può praticarsi (per impossibilità oggettiva di procurare in aula la presenza del teste), e riguarda, ad esempio, non una testimonianza acquisita attraverso l'incidente probatorio, bensì unilateralmente dalla P.G. o dal P.M., allora quel *deficit*, affinché non si traduca in un *vulnus* per la difesa (se diventa poziore quell'atto non garantito, riguardato al pari di una *fictio* – come prova che ha superato il dubbio ex art. 533 c.p.p.), deve essere colmato e, conseguentemente, diventa indispensabile ricreare una situazione di garanzia, escutando, massimamente, anche altre fonti di prova nel pubblico dibattimento⁸².

Questo è quello che potremmo appellare il “bilanciamento della prova”.

Se il P.M., d'altra parte, nel suo repertorio non dispone di altre fonti di prova, per incuria o sciatteria investigativa (l'omonima fase è stata condotta lacunosamente), poiché è assai rischioso giungere in dibattimento con un solo teste non sentito con la procedura incidentale (l'incidente probatorio, ai sensi degli artt. 392 c.p.p.), in quel caso (ma può non essere un “caso”: il P.M. conta di sfruttare la lettura-acquisitiva), *imputet sibi*⁸³. Quel racconto, divenuto incontrollabile, e che nessuna scienza può apprendere come vero, rigoroso e legittimato a fondare un verdetto di colpevolezza⁸⁴, *contra reum* quindi, appare inutilizzabile.

Quando la soglia del dubbio non viene superata, cioè la colpevolezza non «risulta ... al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533, comma 1, c.p.p.) – escludendo la “sospensione del giudizio” – la vicenda ricade (per legge) nell'alveo dell'art. 530, comma 2, c.p.p.⁸⁵ che impone la pronuncia della sentenza di

⁸⁰ Per gli «atti assunti dalla polizia giudiziaria ... quando, per fatti sopravvenuti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione» e allorché «il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura» (art. 512, comma 1, c.p.p.): nell'antitesi, v. art. 111, comma 3, Cost., sulla «facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico». In dottrina, specialmente, v. S. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, in G. Ubertis-G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXIII.2, Milano, Giuffrè, 2000, p. 23. In aggiunta, v. G. Frigo, *Sub Art. 432*, in M. Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, Utet, 1990, 735

⁸¹ Così, Cass., sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5936, Pres. Rosi, in *Guida dir.*, 2019, n. 18, p. 66. Cfr. CEDU, sez. III, 29 gennaio 2019, Stirmsnov c. Russia, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 722: la Corte ha accettato una violazione dell'art. 6, par. 2, della Convenzione, in quanto il ricorrente era stato ritenuto colpevole di un reato senza poter esercitare i propri poteri difensivi.

⁸² Cass., sez. III, 20 marzo 2019, n. 12250, Pres. Cervadoro, in *Guida dir.*, 2019, n. 18, p. 60: «La Corte territoriale ha spiegato che la prova della responsabilità è stata desunta dalle chiare e limpide rese dalla persona offesa ... Le dichiarazioni della vittima sono state poi confermate da altre prove orali coerenti e in linea tra loro. La sentenza impugnata ha riportato il contenuto delle prove dichiarative».

⁸³ Al pari dell'attore: *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

⁸⁴ Per tali ragioni, riteniamo che quell'auto-narrazione [in cui fonte e “*dictum*”, coincidono (una sorta di proprietà riflessiva), come nel discorso autoreferenziale] al pari di un “racconto”, una composizione (per esempio, una querela scritta) a carattere narrativo. Non può che essere questa la classificazione (o degradazione) di una dichiarazione monologante, cioè rimasta incontrollata e quindi non sottoposta a verifica in udienza, e in più versanti (credibilità, affidabilità, corrispondente al fatto di reato, spiccata verosimiglianza, ad esempio). Al riguardo, v., per la dottrina più accreditata, F. Cordero, *Le miserie della procedura penale*, loc. cit.: «È regolo capitale che le parole raccolte fuori contraddittorio servano al vaglio del dichiarante ma non provino i fatti ivi asseriti».

⁸⁵ D'altra parte, deliberando (collegialmente) la sentenza ai sensi dell'art. 527, comma 3, c.p.p. «qualora vi sia parità di voti, prevale la soluzione più favorevole all'imputato».

Antifonte, II, *Sull'omicidio di Erode*, in M. Marzi (a cura di), *Oratori attici minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, cit., p. 169: «Ebbene, l'uguaglianza è dalla parte dell'accusato piuttosto che dell'accusatore, poiché il calcolo dei voti, in caso di parità, favorisce l'accusato piuttosto che l'accusatore». Scrive F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 840, nota 10: «quando ... l'organo sia collegiale, anche la deliberazione è complessa ... a parità di voti, prevale l'opinione più favorevole all'imputato ... Questo lavoro appartiene alle radici occulte dell'atto: la deliberazione, infatti, è segreta».

La materia è abbastanza ampia, rinviandosi, ad esempio, a G. Lozzi, «*Favor rei*» e *processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 15; E. Fassone, *Favor rei (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.

Sulla richiamata regola *onus probandi incumbit ei qui dicit*, v. App. Brescia civ., sez. I, sent. 30 novembre 2018, n. 846, in *Il me-*

assoluzione («il giudice pronuncia sentenza di assoluzione», nel senso, inequivoco o imperativo, che il giudice deve emettere siffatta pronuncia⁸⁶) quando «manca, è insufficiente ... la prova». Del pari, «se la colpevolezza dell'accusato non è provata né dalle verosimiglianze né dalle testimonianze, non resta alcun mezzo di prova contro gli accusati»⁸⁷.

Infatti, in quel caso specifico, l'imputato è "tutelato" o coperto dallo scudo della presunzione di non colpevolezza di grado costituzionale (art. 27, comma 2, Cost.), che il P.M. in udienza non è riuscito a superare poiché, ai fini della condanna, l'art. 530, comma 2, c.p.p. impone che la prova sia – per spessore, credibilità, attendibilità⁸⁸, qualità (quella orale) e quantità (*unus testis, nullus testis*) – di tale portata da sottrarre la decisione all'incertezza, che il dubbio persistente origina.

In angulis, forse mai chiaramente precisato, vuole segnalarsi che la radice dell'art. 533 cit. può individuarsi nell'obiettivo di evitare l'errore giudiziario, stante che «il processo non è forse nulla di meglio che un sistema di precauzioni contro l'errore»⁸⁹.

La problematica così riassunta interviene dopo che ci siamo occupati dell'ipotesi consimile dell'anonimo (dalla fonte confidenziale muovono, sostanzialmente, ispezione, perquisizioni sequestro nella sentenza della C. cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219⁹⁰).

IL TRATTAMENTO DEL SEQUESTRO QUALE "ATTO DOVUTO"

Il fine cui mira la perquisizione (*scrutatio*) è tipicamente l'*adprehensio rei*⁹¹ e il mezzo per contrastarla è l'occultamento materiale, quale *vis* (dispiegata) uguale e contraria, valicabile mediante i gemellari occhi e mani.

Alla perquisizione, quale mezzo coattivo di ricerca della prova (e non della notizia di reato), può farsi legittimamente ricorso solo se sia stato già individuato il tema probatorio, nella cui cornice lo strumento euristico acquista i caratteri della concretezza e specificità⁹². Così, la motivazione deve accompagnare il sequestro, poiché non può mancare almeno il *fumus* (il «fondato motivo» che si celino *corpora delicti*)⁹³, per giustificare il sacrificio patrimoniale.

rito, 2018, n. 4, p. 22: in tema di appalto e vizi e difformità delle opere, per le relative controversie, qualora la parte convenuta eccepisca la decadenza dall'azione, con riguardo all'onere probatorio, grava alla parte attrice dimostrare di aver fatto la denuncia entro 60 giorni dalla data in cui era venuta a conoscenza dei vizi. Sempre sull'onere probatorio, v. App. Roma civ., sent. 22 novembre 2018, n. 3959, *ivi*, p. 25.

⁸⁶ Il potere iussivo, tipico del giudice quando sentenza, si ritrova quale espressione anche del potere legislativo.

⁸⁷ Antifonte, *Prima tetralogia*, in M. Marzi (a cura di), *Oratori attici minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, cit., p. 130, 3.

⁸⁸ G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio del)* II *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. X, cit., p. 11: «la carenza dialettica, assicura di per sé un basso coefficiente di credibilità agli stessi ... risultati di quell'atto unilaterale». In tema di valutazione circa l'attendibilità e credibilità delle dichiarazioni della persona offesa, v. Cass., sez. V, 16 luglio 2018, n. 32640, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 304, n. 35.

In materia di prova testimoniale, v. App. Cagliari civ., sez. I, sent. 28 novembre 2018, n. 1030, in *Il merito*, 2018, n. 4, p. 29.

⁸⁹ Così, lucidamente, F. Carnelutti, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 9.

Tratta la problematica della responsabilità dei magistrati, ad esempio, V. Vigoriti, voce *Responsabilità dei giudici* II *Responsabilità del Giudice, dei suoi ausiliari, del P.M.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 e, da ultimo, C. Tomba, *La pregiudizialità delle questioni di legittimità costituzionale in tema di responsabilità civile dei magistrati*, in *A.I.C.*, n. 1, 19 febbraio 2019; L. Salvato, *Ambiguità ed equivoci in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 32.

⁹⁰ V. *amplius retro-nota* 6.

⁹¹ Osserva N. Triggiani, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, vol. II, t. 1 (*Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 449 che "pur potendo ben accadere che il sequestro non sia preceduto da perquisizione – tanto più che la legge tende a favorire le forme di consegna (art. 248 c.p.p.) o di esibizione (art. 256, 1° comma, c.p.p.) delle cose da sequestrare – appartiene tuttavia all'ordine naturale delle sequenze di ricerca probatoria che 'le cose rinvenute a seguito di perquisizione' (personale, locale o informatica), ove questa abbia avuto buon fine, vengano 'sottoposte a sequestro' (art. 252 c.p.p.)". Sull'istituto, prima e dopo la riforma, v. P. Perrone, *Il sequestro nel processo penale*, I, Milano, 1974, p. 49; G. Paolozzi, *Il sequestro penale* (artt. 337-347), Padova, Cedam, 1984, p. 16 ss.

⁹² Una denuncia anonima può costituire il presupposto di un decreto di perquisizione e sequestro (Cass., 29 aprile 2004, Bettio, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3402. *Contra*, Cass., 13 maggio 2004, Pateicelli, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 751, secondo cui una denuncia anonima non legittima una perquisizione o una intercettazione di comunicazione.

⁹³ Secondo Cass., sez. III, 23 giugno 2011, 25326, Liuzzo Scopo, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 109, è affetto da nullità, per vizio di motivazione apparente, il decreto di convalida del sequestro probatorio redatto su un modulo prestampato e recante mere

L'autorevole dottrina pone un quesito, al riguardo: «se l'autorità giudiziaria non indica per iscritto l'urgenza di intervenire oppure si risolve a indicare delle ragioni che non implicano affatto l'urgenza? Si potrebbe profilare l'irritualità dell'operazione ... pervenire all'inutilizzabilità delle cose sequestrate, a meno che non prevalgono le usuali esigenze di efficientismo ... legate al brocardo *male captum bene retentum*»⁹⁴, a cui fa da contrappunto l'altro *simil stabunt, simul cadent*. Il secondo versante di trattamento della complessa vicenda perquisitiva rappresenta il corollario della rilevanza di un nesso intrinseco non rescindibile, «e non soltanto accidentale od occasionale», tra perquisizione e susseguente sequestro⁹⁵.

Privilegiando l'impostazione conservativa, quella di uno sviluppo filoacquisitivo, «perquisizione e sequestro compongono una sequela causale ma il secondo non dipende dalla prima comunque rinvenute, cose simili sono sequestrabili ... può darsi che la ricerca coattiva risulti illegittima ... ma il reperto è acquisibile, dove non vengano divieti probatori» o univocamente enucleabili dal sistema»⁹⁶.

Secondo le linee dello schema anglosassone (*Theory of the fruit of the poisonous tree*), richiamato dalla Corte costituzionale del 2019 nella decisione in commento⁹⁷ il rapporto di dipendenza – funzionale, logica e giuridica – fra perquisizione e sequestro rende il secondo, operato a seguito di una perquisizione illegittima, anch'esso illegittimo in virtù di un effetto estensivo, di comunicazione e propagazione.

Senza la perquisizione diretta ad individuare la *res* e che permette l'*inventio* non si avrebbe l'agnizione reale: il sequestro non potrebbe contare sul suo precedente e la carenza sarebbe irriducibile.

Questa impostazione è minoritaria, osteggiata dall'altra la quale o non riconosce un rapporto di dipendenza del sequestro dalla perquisizione oppure pur essendo la *consecutio* innegabile la stessa si infrange contro il sequestro quale atto dovuto. Questa teoria è talmente consolidata che la sua critica equivale quasi alla violazione di un tabù.

Occorre distinguere, rigorosamente, tra l'atto dell'autore che pratica il sequestro, doverosamente (non essendo organo autoregolatore), e quello del giudice, che con il suo provvedimento applica, autonomamente, il trattamento al c.d. atto dovuto⁹⁸, sottoponendolo allo scrutinio di merito (vaglio riservato) ed invalidandolo eventualmente.

Giunto *banco iudicis* il sequestro, il soggetto chiamato ad emettere sullo stesso una pronuncia, quale organo di controllo e sindacato dell'attività e degli atti dell'operatore, non è vincolato a quest'ultimo e non può attribuire al sequestro, con ineluttabile automatismo, valore sanante del vizio d'origine. Il re-

formule di stile adattabili a qualsiasi caso, in quanto tali prive di qualsiasi riferimento alle concrete e specifiche esigenze probatorie. In tema di sequestro probatorio, ai fini della legittimità dello stesso, non è necessaria la prova del carattere di pertinenza o di corpo del reato delle cose oggetto del vincolo, essendo sufficiente la semplice possibilità del rapporto [...] con il reato. Tuttavia, non può mancare la motivazione in merito alla funzione probatoria del vincolo e alle condizioni legittimanti la sua prosecuzione (Cass., sez. VI, 18 luglio 2014, n. 33229, V.M., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1066 ss.).

⁹⁴ A. Giarda, *Sub art.* 245, in A. Giarda (coordinato da), *Codice di procedura penale. Commentario (a schede)*, II, Milano, Ipsoa, 1993, p. 6. Altresì, v. Montagna, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, loc. cit.

Per uno spunto, sul profilo dell'efficientismo, v., da ultimo, N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019.

⁹⁵ V. Cass., sez. I, 20 settembre 1991, Giannuzzi, in *Cass. pen.*, 1993, p. 385, m. 231, nei seguenti termini "stipulativi": "è necessario che gli atti successivi all'atto dichiarato nullo siano con esso in rapporto di derivazione, cioè in rapporto di dipendenza reale ed effettiva ... nel senso che l'atto dichiarato nullo deve costituire la premessa logica e giuridica degli atti successivi, per modo che, cadendo tale premessa, deve necessariamente venir meno anche la validità degli atti che ne conseguono". In dottrina, N. Triggiani, *Ispesioni, perquisizioni e sequestri*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009: sul «problema se il sequestro possa o no ritenersi valido allorché venga effettuato in conseguenza di una perquisizione illegittima», richiamando i «due principali orientamenti».

⁹⁶ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, p. 2012, p. 833. Sui «divieti probatori», v. P. Moscarini, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 140: «Dunque, esistono talune prove vietate».

⁹⁷ C. cost., sent. 3 ottobre 2019, n. 219, cit.: «La tesi del giudice rimettente, secondo la quale la illegittimità della perquisizione dovrebbe condurre – come soluzione costituzionalmente imposta – alla "inutilizzabilità" del sequestro del corpo del reato, secondo la nota teoria dei "frutti dell'albero avvelenato"».

⁹⁸ Cass., sez. un., 16 maggio 1996, Sala.

sponsabile delle operazioni conosce i due atti, il giudice ne riconosce il collegamento e il “vizio diligante” (quando trapassa l’effetto dell’illegittimità della perquisizione al suo prodotto, nel rapporto di filiazione irrefutabile allorché il sequestro non sarebbe intervenuto senza il *prius* della perquisizione, al pari di un indefettibile presupposto).

L’idea del c.d. atto dovuto, quale categoria refrattaria a qualsivoglia trattamento come se il sequestro fosse assistito da una “presunzione assoluta”⁹⁹ di legittimità, risponde ad una esigenza conservativa degli atti del processo¹⁰⁰. Ma, una decisione è attendibile se lo è il suo metodo, quello usato per emanarla¹⁰¹. Nel rito inquisitorio, il lavoro dibattimentale somiglia al metodo storico, antiselettivo e tutto retrospettivo, senza calare un vaglio distintivo¹⁰².

⁹⁹ Mutuando, riferita quell’espressione ad altro contesto (alla pericolosità di un determinato soggetto), un passaggio di CE-DU, sez. I, sent. 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16 – Stralcio, in *Guida dir.*, 2019, n. 44, p. 15 ss., *Ergastolo ostativo: per i reati legati all’art. 4-bis cade la presunzione assoluta che limita l’accesso ai benefici*.

¹⁰⁰ Scrive F. Cordero, *Le miserie della procedura penale*, in *Costituzionalismo.it*, f. 2, 2 ottobre 2008: «Dopo quasi sessant’anni avevamo bisogno d’un codice nuovo. Come Dio vuole, eccolo dal 24 ottobre 1989. Non è una meraviglia ... Ma bene o male dopo 181 anni uscivamo dall’ibrido radicato nelle code *d’instruction criminelle* 1808, e gli ottimisti speravano. Li delude la Corte costituzionale. È regola capitale che le parole raccolte fuori contraddittorio servano al vaglio del dichiarante ma non provino i fatti ivi asseriti. Idea ovvia: niente vieta testimonianze *de auditu*; parole rievocate diventano materia della decisione. Qui il caso è diverso: le cose dette nello spazio processuale valgono in quanto vi fosse contraddittorio. Perdiamo una verità storica, obietta l’abituato alla gnoseologia inquisitoria, dove i fatti contano comunque risultino, essendo giuridicamente amorfo l’iter decisivo».

¹⁰¹ Il metodo applicato precede, nell’ordine, la decisione, e lo stesso può riguardarsi, alla fine, cioè dopo la “gestazione” delle udienze dibattimentali, un modo per organizzarla secondo le regole dell’arte processuale.

¹⁰² Cordero, *Le miserie della procedura penale*, loc. cit., nota 161.