



4/2019

L'INUTILIZZABILITÀ EFFETTIVA DELLA PROVA TRA TASSATIVITÀ E PROPORZIONALITÀ

di Novella Galantini

Abstract. Lo scritto si propone di verificare, attraverso il richiamo alla giurisprudenza, la reale operatività ad oggi della sanzione di inutilizzabilità con riguardo alla effettiva incidenza della tassatività dei divieti probatori. Prendendo spunto da pronunce rese in sede europea, viene considerato il ruolo del principio di proporzionalità, che si auspica possa informare le scelte legislative in materia di prova nell'osservanza delle sollecitazioni della Corte costituzionale.

SOMMARIO: 1. Le categorie di inutilizzabilità. – 2. Le applicazioni giurisprudenziali tra offensività e proporzionalità. – 3. Il principio di tassatività tra divieti e fonti non processuali. – 4. La questione della invalidità derivata. – 5. La prova indiretta.

1. Le categorie di inutilizzabilità.

Dal titolo assegnato alla lezione si individua l'obiettivo di verificare se e come la fattispecie di invalidità più innovativa sia ad oggi correttamente intesa nel suo nucleo originale di preclusione effettiva all'accesso del dato probatorio illegittimo segnato dalla violazione del divieto probatorio stabilito dalla legge. Già nel momento della sua introduzione nell'art. 191 c.p.p. era da subito apparso chiaro come l'inutilizzabilità si atteggiasse quale categoria a sé per via delle sue innumerevoli articolazioni tali da delinearne un profilo eclettico e trasformista, estraneo al tradizionale assetto delle invalidità, pur se inserito nel retaggio di esempi del passato. E se nei primi approcci si era rilevato come il concetto racchiudesse in sé specie diverse, con regimi variabili, in ogni caso era evidente come i canoni ordinari difficilmente potessero contenerne gli effetti, tanto da rendere complesso e vario il confronto giurisprudenziale¹. La stessa

¹ Cfr. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, p. 641; G. PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Digesto IV Discipl. pen.*, vol. VII, 1993, p. 293; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, t. I, Torino, 2009; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.



4/2019

individuazione della natura dell'istituto vedeva il confronto tra la teoria generale delle invalidità imperniata sulle tradizionali categorie adattate alla nullità² e il nuovo concetto di sanzione, da potersi impiegare nella logica di un istituto che talvolta fa propri gli schemi del diritto sostanziale in termini di obbligo al rispetto delle regole (art. 188 c.p.p.) e di fruizione di effetti tipici, come nel caso della 'inutilizzabilità a favore' ricavata oggi e nel passato dal principio generale della immediata declaratoria di cause di non punibilità³.

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 pur sempre in primo luogo 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 probatori⁴ che, scontati nelle inutilizzabilità speciali, sembrano costituire un'incognita per delineare i casi di inutilizzabilità generale. Da qui la ricerca dei criteri individuativi, che ha spaziato dal dato testuale o dall'interesse processuale od extraprocessuale tutelato dal divieto, alla tutela del diritto di difesa o di diritti individuali primari ovvero alla sussistenza del difetto di potere nella acquisizione dell'elemento conoscitivo, fino a inoltrarsi nella catalogazione di possibili variabili di divieti impliciti o espressi, assoluti o relativi, derogabili o inderogabili⁵, alla luce comunque del principio costituzionalizzato di legalità processuale e probatoria che vincola il libero convincimento al perimetro della prova legittima⁶.

Se poi alla individuazione dei casi di patologia dell'atto probatorio, si affianca la necessità di determinare i divieti relativi alla inutilizzabilità fisiologica, fondati sulla separazione funzionale tra le fasi, l'obiettivo è pur sempre rappresentato dallo stesso fine di una ricostruzione del fatto in termini di attendibilità, raggiungibile solo nel segno dei principi del giusto processo che esige una prova formata nel contraddittorio, con

² G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955.

³ In giurisprudenza, per la tesi secondo cui "la sanzione di inutilizzabilità è posta a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove a carico", così che "non può essere ritenuta al fine di ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa", Cass. Sez. 2, 17.1.2018 n. 17694, rv 272894.

Sul punto, per la nota teoria che applicava il principio dell'art. 152 c.p.p. 1930, F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 143. Secondo la disciplina vigente, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 630. V., inoltre, Corte cost. 15 gennaio 2013 n. 1, in questa *Rivista*, 16 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, [La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo](#).

⁴ G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (dir. proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, 2006, p. 3241; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 534; R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 1768; C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781; D. CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 889.

⁵ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 169 ss.

⁶ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, *passim*; ID., *Diritti per la fase che non conta e non pesa*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 35 ss.; F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 314.

minime deroghe quali effetti collaterali inevitabili o obbligati dal sistema che si regge anche sulla disponibilità della prova⁷.

2. Le applicazioni giurisprudenziali tra offensività e proporzionalità.

Sul piano sia della prima che della seconda fattispecie, la giurisprudenza ha manifestato la propensione a restringerne l'operatività. Già si era rilevato, per quanto riguarda l'inutilizzabilità patologica, la tendenza a stigmatizzare i vizi attinenti l'ammissione della prova piuttosto che quelli relativi alla sua assunzione, così da evidenziare il minore impatto della violazione di modalità esecutive, talvolta ritenute meramente formali⁸, nonostante l'affermata legittimità costituzionale della equiparazione tra l'inosservanza di regole formali e sostanziali⁹. La tendenza è anche emersa ad esempio in relazione alla minore censura verso l'inosservanza delle regole a disciplina delle domande in sede di esame testimoniale¹⁰, dove alle violazioni dei chiari divieti di domande nocive o suggestive¹¹ o, comunque, delle regole di svolgimento dell'esame dibattimentale, non ha corrisposto l'individuazione della sanzione¹². Analogamente, può dirsi che talvolta la preferenza verso il vizio meno grave della nullità si riflette sul regime di rilevabilità, in alcuni casi ristretto all'eccezione di parte¹³.

Con accenti sicuramente diversi se rapportati all'altra specie di inutilizzabilità fisiologica, emerge comunque la tendenza a ridurre l'effettività della sanzione là dove, senza voler rilevare una reviviscenza della cosiddetta restaurazione conservatrice degli anni novanta, poi in parte superata¹⁴, si rende utilizzabile un dato probatorio proveniente dalla fase preliminare nonostante la preclusione segnata dalla stessa Carta

⁷ P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 485 ss.

⁸ N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 70.

⁹ Corte cost. 5 luglio 2004 n. 209 e Corte cost. 16 dicembre 2004 n. 443.

¹⁰ Tra le altre, circa la assenza di vizi derivanti dalla inosservanza delle regole per l'esame testimoniale, Cass. Sez. 2, 3.12.2013 n. 51740, rv 258114; Cass. Sez. 3, 3.10.2017 n. 52435, rv 271883.

¹¹ Per la insussistenza di sanzioni processuali alla violazione del divieto di porre domande suggestive, Cass. Sez. 1, 16.5.2013 n. 13387, rv 259728. Cass. Sez.3, 22.10.2014 n. 4672, rv 262468, rileva la mancanza di sanzioni essendo la violazione censurabile sul piano della genuinità della prova "che può risultare compromessa esclusivamente se inficia l'intera dichiarazione e non semplicemente la singola risposta". Secondo Cass. Sez. 5, 2.5.2018 n. 27159, rv 273233, "l'eccezione circa la proposizione di domande suggestive deve essere proposta al giudice dinanzi al quale si forma la prova, essendo rimessa al giudice dei successivi gradi di giudizio soltanto la valutazione in ordine alla motivazione del provvedimento di accoglimento o di rigetto della eccezione stessa".

¹² In tema di esame del testimone, "l'eventuale intervento del giudice prima della conclusione dell'esame e del controesame delle parti, non configura una ipotesi di inutilizzabilità della testimonianza (Cass. Sez. 3, 20.5.2008 n. 27068, rv 240262). Cass. Sez. 3 9.10.2014 n. 45931, rv 260872, secondo cui "l'assunzione della prova testimoniale direttamente a cura del presidente o del giudice, pur non essendo conforme alle regole che ne disciplinano l'acquisizione, non dà luogo a nullità, né a inutilizzabilità".

¹³ Cass. Sez. 5, 22 dicembre 2009 n. 1586, rv 245818. in relazione all'art. 407 comma 3 c.p.p.

¹⁴ G.P. VOENA, *Rapporto tra indagini e dibattimento*, in AA.VV. *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi*, Milano, 2018, p. 113; N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 2, p 1.

costituzionale (art. 111 comma 5 Cost.). I casi, anche se apparentemente banali che si individuano nella prassi, come l'ammissione come prova documentale dell'ordinanza applicativa di misura non più in esecuzione malgrado il dettato dell'art. 432 c.p.p.¹⁵, o il rafforzamento del concetto di irripetibilità tale da consentire l'accesso in dibattimento di atti al limite di quell'area operativa¹⁶, ne sono esempi significativi.

In un intreccio delle due specie non può poi essere tralasciato l'ammorbidente della patologia dell'atto, vista come ipotesi estrema e residuale nel rito abbreviato¹⁷, piuttosto che la casistica degli atti acquisiti nel procedimento contro ignoti o formati precedentemente alla formale iscrizione della notizia di reato¹⁸.

A voler trarre una conclusione sulle ragioni di queste scelte può forse soccorrere il richiamo ad un criterio di offensività in concreto¹⁹ dell'atto viziato di cui si trova traccia nelle pronunce interne che perimetrano l'inutilizzabilità ai vizi più gravi ritenendone la sostanziale irrilevanza²⁰, mentre sembra riferirsi ad altri casi il principio di proporzionalità fondato sul bilanciamento tra l'interesse all'accertamento e la tutela dei diritti individuali²¹. Il che lascia aperto comunque l'interrogativo se sia apprezzabile un sistema che, per offensività o proporzionalità, estende gli spazi della discrezionalità giudiziale nelle scelte interpretative in ordine al fondamento dei divieti probatori dell'una o dell'altra specie di inutilizzabilità, che in realtà già il legislatore ha effettuato nel redigere le regole di esclusione.

¹⁵ Trib. Milano, Sez. IV, ord. 17.10.2018.

¹⁶ In tema di relazioni di polizia giudiziaria, Cass. Sez. 1, 21.3.2014 n. 13387, rv 259727; Cass. Sez. 4, 12.5.2015 n. 233305, rv 263874; Sez. Un, 17.10.2006 n. 41281 rv 234906-01.

¹⁷ Cass. Sez. 3, 12.1.2018 n. 882, rv 272258, secondo cui "l'inutilizzabilità cosiddetta patologica, rilevabile, a differenza di quella fisiologica, anche nell'ambito del giudizio abbreviato, costituisce una ipotesi estrema e residuale, ravvisabile solo con riguardo a quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento o tale da pregiudicare in modo grave ed insuperabile il diritto di difesa dell'imputato".

Per la nuova formulazione dell'art. 438 comma 6 bis c.p.p. per la quale sono rilevabili le sole inutilizzabilità derivanti dalla violazione di un divieto probatorio, A. MACCHIA, [La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali](#), in questa *Rivista*, 24 novembre 2017.

¹⁸ In tema, F. FALATO, *Sulla natura degli atti precedenti alla iscrizione della notizia criminis e sulla estensibilità del divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 1626; N. GALANTINI, *Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 124.

¹⁹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 485.

²⁰ Sul tema dell'effettivo pregiudizio, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012; R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Padova, 2018, *passim*. Tra gli scritti sulla disciplina delle nullità, G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali penali*, in *Enc. giur.*, Treccani, vol. XXI, Roma, 2005, p. 3; N. GALANTINI, voce *Nullità degli atti*, in *Digesto della procedura penale*, Giappichelli on line, 2013; ID., voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Digesto IV ed. Discipl. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 341.

²¹ In tema, R. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. Kostoris, Milano, 2018, p. 85; V. MARCHESE, *Principio di proporzionalità, diritti fondamentali e processo penale*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R. Kostoris, Bologna, 2016, p. 381; M. CAIANIELLO, [Il principio di proporzionalità nel procedimento penale](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4/2014, p. 145.

V. inoltre il documento "Rafforzare il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità nel processo decisionale dell'UE", in *Camera dei deputati, Ufficio Rapporti con l'Unione europea*, Dossier n. 16 - 26 novembre 2018.

Al di là delle riflessioni sul tema, già svolte all'insegna del mantenimento in linea di principio di una legalità che non si trasferisca sul piano strettamente giudiziale²², vanno in ogni caso richiamate recenti pronunce significative dell'affermarsi del criterio di proporzionalità. Si tratta ad esempio della sentenza con cui la Corte europea dei diritti ha ritenuto violato l'art. 8 Cedu, sul diritto individuale alla vita privata, per 'ingerenza della autorità pubblica' da ritenersi indebita in relazione alla esecuzione di una perquisizione senza le garanzie 'adeguate e sufficienti' tali da offrire un controllo sulla legalità e necessità della misura. La singolarità della pronuncia, resa in un caso di evasione fiscale poi oggetto di provvedimento di archiviazione, si coglie nel fatto che, non essendo seguito alcun sequestro alla perquisizione, non si sono prodotti effetti probatori concreti. La mancanza tuttavia di tutela giudiziale, *ex ante* o *ex post*, essendo la normativa italiana imperniata sul solo provvedimento non impugnabile del pubblico ministero²³, ha reso evidente 'il rischio di abuso di potere' dell'autorità procedente o la sua 'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione'. Né, al fine di escludere la violazione, ha avuto rilievo il fatto che la perquisizione non sia stata determinante, essendo comunque da riconoscersi che il mezzo sia stato sproporzionato e ingiustificato²⁴.

In altra pronuncia, se pure con accenti diversi, si profila il ruolo della proporzionalità affermato dalla Corte di giustizia sulla base del diritto dell'Unione là dove tutela il diritto alla vita privata (art. 7 Carta dei diritti) e ne rileva il conflitto con misure quali le intercettazioni che ne consentano una ingerenza indebita. Investita della questione pregiudiziale attinente alla compatibilità di norme comunitarie a tutela di interessi finanziari con disposizioni in tema di intercettazioni disposte da giudice incompetente, la Corte ha fornito risposta affermativa sul presupposto che essendo violato il principio di proporzionalità, le intercettazioni autorizzate da autorità priva della competenza necessaria si risolvono in atti non previsti dalla legge 'ai sensi dell'art. 52 paragrafo 1 della Carta'. Da qui il riconoscimento del principio "persino quando solo tali elementi di prova siano atti a dimostrare la commissione dei reati"²⁵.

Se l'approccio manifestato dalle pronunce menzionate non può trovare riscontro nella giurisprudenza interna, essendo per il primo caso escluso lo stesso riesame del provvedimento di perquisizione²⁶ e, per il secondo, la presenza di una norma che dispone espressamente al contrario per l'utilizzabilità della prova acquisita dal giudice

²² N. GALANTINI, *Inutilizzabilità*, cit. p. 81.

²³ Che il decreto del pubblico ministero non sia assoggettabile a riesame è riconosciuto da Cass. Sez. 3, 13.1.2009 n. 8841, rv 243002 secondo cui l'impugnazione contestuale del decreto di perquisizione e di sequestro è considerata solo in relazione ai motivi inerenti il sequestro. Per l'inammissibilità della richiesta di riesame del decreto di perquisizione locale, Cass. sez. 5, 2.7.2010 n. 37289, rv 248638. Secondo Cass. Sez. 1, 24.6.2015 n. 30130, rv 264489 nel ricorso per cassazione contro l'ordinanza del tribunale del riesame confermativa di decreto di sequestro contestuale a decreto di perquisizione non possono essere dedotti motivi attinenti ai presupposti di quest'ultimo.

²⁴ Corte Edu, 27 settembre 2018 - ricorso n. 57278/11 - *Brazzi c. Italia*.

²⁵ Corte di Giustizia UE, IV Sezione, causa C-310/16, 17 gennaio 2019, avente ad oggetto domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* proposta dal Tribunale speciale per i procedimenti penali della Bulgaria, *proc. pen. Dzivev, Angelova, Dimov, Velkov*.

²⁶ V., *supra*, nota 23.

incompetente (art. 26 comma 1 c.p.p.)²⁷, si rende tuttavia evidente la assenza di previsioni codicistiche generali sul criterio di proporzione adattabile ai diversi casi²⁸. Il che induce a ritenere ancora preferibile la tesi, certamente isolata²⁹, per cui un bilanciamento tra interessi generali e diritti soggettivi è comunque già presente a monte nelle scelte normative cui è subordinata la valutazione del singolo caso concreto. Sfugge talvolta che il criterio di proporzione è parametrato certo sui fini di interesse generale, tra cui l'accertamento del reato, ma considerando la gravità dei fatti per i quali si deve procedere. È chiaro, ad esempio, che l'ammissibilità delle intercettazioni viene stabilita in misura tale da tutelare il diritto alla privacy attraverso la previsione di presupposti stringenti. Nello stesso tempo è tuttavia il catalogo dei reati per cui si consente l'intervento sulle comunicazioni personali a tracciare il piano della proporzionalità (art. 266 c.p.p.), così da delineare un percorso interpretativo vincolato alla scelta legislativa, che non consente ovviamente di ritenere proporzionata la captazione per accertare reati di minore gravità. D'altra parte è la formulazione della proporzionalità nella Carta dei diritti che, se pure riferita ai diritti previsti dalla stessa, implica che sia la legge a stabilirne i limiti tutelandone il contenuto essenziale (art. 52 comma 1). Una apertura acritica alla proporzionalità apre a pronunce di vario segno, come ad esempio nel caso di perquisizione presso lo studio del professionista presso il quale si cercano i dati archiviati nel computer, negandosi la valenza di un diritto di cui si ritiene oppure no la natura costituzionale valorizzando criteri arbitrari relativi al contesto nel quale si compie l'atto³⁰.

Assunto quindi come concetto di base quello di una proporzionalità legale³¹ e volendo poi spostare il quesito su una possibile incidenza del principio di proporzionalità sul piano della inutilizzabilità fisiologica, allo stesso modo va evidenziato come siano le norme codicistiche sulla separatezza funzionale tra le fasi, sintetizzate dall'art. 526 c.p.p., e derivanti dall'art. 111 commi 5 e 6 Cost., a segnare le deroghe al contraddittorio nella formazione della prova. Anche in questo ambito si è di fronte ad un diritto, che è anche garanzia su come formare correttamente la prova, da bilanciarsi con l'interesse alla attendibile ricostruzione del fatto in termini di costi e benefici così da escludere che il diritto possa essere ridimensionato se non in casi tassativi.

²⁷ Per un commento alla sentenza, E. ADDANTE – G. GAETA, *L'inutilizzabilità degli atti di prova assunti dal giudice non competente: dalla 'regola delle eccezioni' a un cogente principio di diritto*, in *Arch. pen.* 2019, n. 1, p. 1.

²⁸ Circa la previsione di proporzionalità ex art. 275 comma 3 c.p.p. in tema di restrizione della libertà personale, F. ZACCHE, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018.

²⁹ V. tuttavia le osservazioni di F. NICOLICCHIA, [Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova](#), in questa *Rivista*, 8 gennaio 2018.

³⁰ Cass. Sez. Trib., ord. 6.3.2019 n. 6486, in [dirittoegiustizia.it](#).

³¹ In senso diverso, sul fatto che "ragionare di una simile 'legalità teleologica' può scuotere certezze antiche", ma che "è comunque irrealistico pensare che quello della giustizia penale possa rimanere un territorio del tutto impermeabile rispetto ai profondi rivolgimenti che sta subendo il quadro giuridico complessivo in questa fase della postmodernità", R. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, Torino, 2018, p. 185.

Che poi in questo modo si possa ricondurre l'assetto della proporzionalità ai criteri del giusto processo non implica alcuna omologazione dell'uno agli altri, ma una utile e reciproca interazione che segna le linee di applicazione delle singole disposizioni, tutte accomunate dall'obiettivo di affidare al processo e ai suoi epiloghi solo quegli elementi la cui attendibilità deriva dal vaglio dalla dialettica probatoria. Resta comunque il fatto che la caratterizzazione in termini relativistici del criterio di proporzione applicato al momento valutativo della inutilizzabilità può comportare una attenuazione della legalità se non ricondotto alla *ratio* che ha informato la scelta del legislatore.

3. Il principio di tassatività tra divieti e fonti non processuali.

Il tema della offensività o della proporzionalità, se può coinvolgere il principio di tassatività, non ne rappresenta tuttavia la sola potenziale incrinatura, coinvolgendo più profili. L'inutilizzabilità si misura infatti sul divieto di analogia che già conduce alla inapplicabilità di un mezzo di prova o di ricerca della prova fuori dal suo ambito. Salvo che sia la legge a stabilirlo, come è nel caso della applicabilità del privilegio contro l'autoincriminazione all'esame dell'imputato per via del richiamo dell'art. 209 c.p.p. all'art. 198 comma 2 c.p.p., uno strumento probatorio non è omologabile ad un altro quando vi sia tra i due mezzi una eterogeneità strutturale, così come ha stabilito ad esempio la Corte costituzionale che ha negato l'estensione della intercettazione alla corrispondenza epistolare³². Riferire la tassatività alla inutilizzabilità significa inoltre esaminare il quesito se la tassatività riguardi in sé la sanzione ovvero gli stessi divieti probatori che la sostengono, con conclusioni variegata a seconda che divieti previsti per un caso siano estensibili a casi diversi, parimenti da tutelarsi per corrispondenza di *ratio*, come può essere ad esempio per il divieto di perizia criminologica (art. 220 comma 2 c.p.p.) in rapporto alla consulenza tecnica. O, ancora, ci si può chiedere quale sia la sorte *ex art. 238 c.p.p.* della prova illegittima o irrituale fuori dal processo di origine, o se un divieto probatorio possa essere fatto valere in un processo di natura non penale. Un esempio singolare di recente comparso sulla scena giurisprudenziale amministrativa ha riguardato un caso di procedimento per abuso edilizio su ricorso per l'annullamento di sanzione amministrativa, il cui avvio era basato su una denuncia anonima per la quale si era posta la questione di inutilizzabilità ai sensi degli artt. 240 c.p.p. e 333 c.p.p. Senza cenni al tema del divieto di analogia, il Tar ha semplicemente ammesso l'applicabilità della norma sul divieto di uso del documento anonimo, salvo poi tuttavia escluderne l'efficacia sulla scorta della interpretazione della giurisprudenza penale che consente di utilizzare l'anonimo come spunto investigativo. Con ciò di fatto è stato riconosciuto il

³² Corte cost. 7 dicembre 2016 n. 20, sulla quale E. ANDOLFATTO, [Intercettazioni delle comunicazioni epistolari: la Corte costituzionale ribadisce l'inapplicabilità dell'art. 266 c.p.p. in via analogica](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 284 ss. V., inoltre, E. APRILE, *Per la Consulta resta illegittima l'acquisizione del contenuto della corrispondenza epistolare dei detenuti effettuata senza le formalità dell'art. 18-ter ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1877.

principio della estensibilità di un divieto probatorio ad un procedimento di natura diversa³³.

Più problematici sono tuttavia da sempre stati, in termini di tassatività, i rapporti dell'art. 191 c.p.p. con la prova illecita e con la prova incostituzionale.

Come è noto, sul primo punto sono stati diversi gli approcci di dottrina e giurisprudenza, a mezzo tra il dubbio se il documento rubato possa influire o no sulla attendibilità della prova o se la testimonianza resa dal titolare del segreto professionale o d'ufficio incida sulla ricostruzione del fatto³⁴. Se recenti affermazioni giurisprudenziali escludono quest'ultimo caso dall'area operativa della inutilizzabilità³⁵, per altre fattispecie si è ritenuto applicabile il principio per cui l'illiceità della condotta acquisitiva investe di sé la prova frantumandone il nucleo³⁶.

Ribadendo quanto già in passato è stato sostenuto circa l'ininfluenza della commissione del reato sulla validità della prova³⁷, non sembra che neppure l'introduzione del cosiddetto dossieraggio illegale (art. 240 commi 2 e 6 c.p.p.) rappresenti un caso di prova illecita. Come già si è osservato, la condotta non inciderebbe in sé sulla utilizzabilità dei dati se non vi fosse l'espressa previsione del divieto e la inutilizzabilità rafforzata dalla distruzione (art. 240 comma 5 c.p.p.). Né può integrare una ulteriore ipotesi la fattispecie della diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617 *septies* c.p.), per la quale è prevista la non punibilità se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta e immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca (art. 617 *septies* comma 2 c.p.)³⁸. Analoga osservazione può essere riferita alle condotte relative al trattamento illecito di dati personali, di recente rimodulate (art. 167, art. 167 *bis*, art. 167 *ter*)³⁹. Nel caso poi della cosiddetta Lista Falciani, frutto di una raccolta illecita di dati bancari, si è ritenuto utilizzabile il suo contenuto⁴⁰.

Il principio di fondo è dunque collocato nel rispetto delle regole processuali che stabiliscono quanto può avere validità e quanto no, senza che rilevi la distinzione tra i

³³ T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 23 ottobre 2018 n. 10268, in *Dirittifondamentali.it*

Per un caso di documento privo di sottoscrizione – chiavetta USB contenente dati riferibili a contabilità occulta di una società – ma ritenuto utilizzabile in quanto rinvenuto nella borsa della segretaria, Cass. Sez. 3, 24.3.2019 n. 12686, in *Ipsa.it*.

³⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1197.

³⁵ Cass. Sez. 2, 23.5.2017 n. 46588, in *dirittoegiustizia.it*, riferendosi al caso del dottore commercialista il cui obbligo al segreto professionale è sancito dall'art. 5 d.lgs. n. 139/05 per rinvio all'art. 200 c.p.p., nega riflessi sanzionatori processuali. V., inoltre, sulla utilizzabilità della testimonianza del difensore, Cass. Sez. 6, 27.2.2013 n. 15003, rv 256234 e Cass. Sez. 2, 28.3.2017 n. 22954, rv 270479.

³⁶ Cass. Sez. 5, 30.5.2014 n. 35681, rv 261445 sulla inutilizzabilità della registrazione ottenuta attraverso una interferenza nella vita privata del coniuge derivante dalla violazione dell'art. 615 *bis* c.p.

³⁷ F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi*, cit.

³⁸ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità dei risultati*. in *Le intercettazioni di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Bari, 2018, p. 227.

³⁹ Sulle modifiche introdotte con il d.lgs. n.101/2018, G. DE BERNARDO, *Le sanzioni penali previste nel nuovo D.lgs. n. 101/2018*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 2.

⁴⁰ Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto, P. DE MARTINO, [Lista Falciani: il fine giustifica i mezzi? Note a margine di due provvedimenti 'innovativi'](#), in questa *Rivista*, 29 settembre 2015.

casi in cui la prova viene formata nel procedimento e quelli in cui il dato conoscitivo viene raccolto al di fuori. Il che vale dire che la illiceità della prova incide nella misura in cui si converte o si identifica in illegittimità sulla base dei divieti probatori violati. Come è stato osservato "la ragion d'essere della disciplina stabilita dall'art. 191 non è tanto di ordine etico (e cioè il rifiuto del legislatore di riconoscere valore probatorio ad atti illeciti", ma di disincentivare le pratiche di acquisizione illegittima attraverso il divieto di utilizzo⁴¹.

Può dirsi che la tesi trovi conferma nella disciplina degli agenti sotto copertura, anche secondo l'ultima riformulazione che, estendendo lo statuto giuridico dell'organo di polizia giudiziaria ai soggetti incaricati di svolgere indagini in ordine ai reati contro la pubblica amministrazione, fissa anche in questi casi il limite alla ricerca probatoria trattandosi di una "attività compresa nel perimetro delle indagini preliminari, alle cui peculiari regole si deve uniformare"⁴². Del resto, in specifici casi si è esclusa l'utilizzabilità quando gli atti sono stati acquisiti da soggetti non legittimati o per reati non compresi nella lista⁴³, individuandosi così le cause del vizio in violazioni di regole processuali⁴⁴. Anche con riguardo alla figura del *whistleblowing*, ora estesa al settore privato e perfezionata nel settore pubblico (l. 30.11.2017 n. 179)⁴⁵, si è ritenuto che la normativa non prevede "alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge"⁴⁶.

Che poi sia la legge a stabilire quando prova illecita e prova illegittima coincidono, emerge dalla integrazione dell'art. 191 c.p.p. secondo cui le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate del delitto al solo fine di accertarne la responsabilità penale (art. 191 comma 2 *bis* c.p.p.). Se è vero che già con la previsione dell'art. 188 c.p.p. sul divieto di ricorrere a metodi che influiscano sulla libertà di autodeterminazione, si è data copertura a questa come ad altre fattispecie di prova, ulteriori rispetto a quella dichiarativa⁴⁷, è anche vero che la nuova disposizione è stata ritenuta necessaria a rimarcare il ruolo primario della previsione legislativa di inutilizzabilità processuale⁴⁸, con ciò ribadendo l'ininfluenza in sé della condotta illecita in ambito probatorio.

⁴¹ Trib. Lecce, Ufficio Gip, ord. 3 ottobre 2017, in *Giurisprudenza penale web*, 28 novembre 2017.

⁴² P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in questa *Rivista*, 5 marzo 2019.

⁴³ Cass. Sez. 3, 5.5.2004 n. 37074, rv 230027-01. V., tuttavia, Cass. 9.5.2013 n. 37805, rv 257675.

⁴⁴ Sul tema della validità della prova ottenuta attraverso la provocazione, B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in questa *Rivista*, 5 marzo 2019.

⁴⁵ In tema, G. CARDINALE, *Whistleblowing: tra discipline di settore e interventi di riforma*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 6.

⁴⁶ Cass. Sez. 5, 26.7.2018 n. 35792, in *Cassazione Web*.

⁴⁷ Il caso del ricorso a una procedura ipnotica per indurre la persona informata sui fatti a recuperare i ricordi rimossi, trattata da Cass. Sez. Un. Civ. 1.2.2008, n. 2444, era stato citato in N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, cit., p. 75, ed è poi stato ripreso da S. CASSIBBA, *Brevi riflessioni sulle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in questa *Rivista*, fasc. 4/2018, p. 109 ss.

⁴⁸ Sul tema, A. CONTINIELLO – G. CHIARINI, *Anatomia del reato di tortura. Riflessi attuali e conseguenze processuali*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1.

Il tema si intreccia d'altra parte con quello della cosiddetta prova incostituzionale⁴⁹, derivante dalla violazione di diritti inviolabili della persona, alla quale si era ricorsi prima dell'avvento della inutilizzabilità anche in base al principio fissato dalla Consulta in materia di intercettazioni⁵⁰. Successivamente il quesito si è riproposto non tanto per la indiscussa valenza delle prerogative costituzionali, quanto per la individuazione dei divieti in una fonte primaria ma non processuale, che semmai proietta su quest'ultima i suoi valori⁵¹. Come già si è sottolineato, se il metodo è tale da consentire la estensibilità alla sanzione, esso costituisce tuttavia la fonte potenziale di esiti variabili a fronte di discipline incomplete⁵², quale è ancora la normativa sulle intercettazioni anche secondo nuove modalità⁵³. Resta poi comunque vago il profilo della utilizzabilità di elementi conoscitivi acquisiti al di fuori del procedimento, collocati a mezzo tra la prova documentale e la prova atipica⁵⁴.

Analogie si riscontrano in quella che si può definire la 'prova inconvenzionale', frutto di violazioni di diritti di fonte europea⁵⁵, tali da generare talvolta effetti interni come nel recente caso Knox in cui si è ritenuta sussistente l'inosservanza delle garanzie difensive a fronte dell'evidente emergere di indizi a carico della persona interrogata, che già trova riscontro nell'art. 63 c.p.p.⁵⁶. Senza poter qui affrontare il tema dell'efficacia delle norme convenzionali o della incidenza della giurisprudenza europea, va comunque rilevato come anche per la prova 'inconvenzionale' emergano limiti là dove non vi sia corrispondenza almeno sostanziale tra norma interna e disposizione convenzionale, come peraltro è già emerso in uno dei casi che si sono prima menzionati⁵⁷.

⁴⁹ G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 506.; A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove 'incostituzionali'*, in *Cass. pen.* 1999. p. 1192; L. COMOGGIO, *L'inutilizzabilità 'assoluta' delle prove 'incostituzionali'*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30.

⁵⁰ Corte cost. 6 aprile 1973 n. 34.

⁵¹ Sulla *ratio* dell'art. 191 c.p.p. di tutela di valori costituzionalmente protetti, le profonde considerazioni in Trib. Lecce, Ufficio Gip, 3 ottobre 2017, cit.

⁵² C. RIZZO, *Videoregistrazioni domiciliari e l'incerta distinzione tra condotte comunicative e non*, in *Cass. pen.* 2017, p. 722; G. DI PAOLO, *Tecnologie del controllo e prova penale*, Padova, 2008, p. 179.

⁵³ V., *infra*, nota 75.

⁵⁴ Per la casistica, AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014.

⁵⁵ V., ad esempio, Corte Edu 27 novembre 2018, *Soytemiz c. Turchia*, per il vaglio dell'equità del procedimento in caso di limitazioni al diritto di difesa tecnica.

⁵⁶ Corte Edu, Sez. 1, 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, ric. 76577/13, commentata da M. GIALUZ, [La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2019, p. 155 ss.

La Corte ha inoltre dichiarato ricevibile il ricorso di Bruno Contrada in ordine alle perquisizioni e intercettazioni disposte nei suoi confronti in assenza di formali addebiti. V. la notizia in *La Repubblica.it*, 27 febbraio 2019.

Per la vicenda che ha visto annullata la condanna di Contrada a seguito della sentenza della Corte Edu (Corte Edu, 14 aprile 2015), F. VIGANÒ, [Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada](#), in questa *Rivista*, fasc. n. 9/2017, p. 173 ss.

⁵⁷ V., *supra*, note 24 e 25.

4. La questione della invalidità derivata.

Il quadro risulta dunque vario e talvolta ancora in correlazione con il principio di proporzionalità che sembra incidere su ulteriori aspetti tra i quali si può collocare ad esempio il tema della invalidità derivata. Da sempre oggetto di approfondimenti all'insegna della condivisione o della negazione del criterio *male captum bene retentum*⁵⁸, la fattispecie non ha ancora ad oggi trovato un approdo sicuro. Se da un lato si è negato, anche in sede di giustizia costituzionale, che la regola dell'estensione del vizio agli atti consecutivi dipendenti, prevista per la nullità (art. 185 comma 1 c.p.p.), possa estendersi alla inutilizzabilità⁵⁹, la giurisprudenza si è d'altra parte tendenzialmente occupata del rapporto tra perquisizione e sequestro, attestandosi su una posizione di salvaguardia dei risultati probatori pure se provenienti da una condotta illegittima⁶⁰. Un approccio isolato di segno diverso è tuttavia rinvenibile in una recente sentenza che, trattando un caso di perquisizione eseguita senza avviso circa il diritto di assistenza difensiva nonostante la sussistenza di una iscrizione delle persone sottoposte ad indagine ex art. 335 c.p.p., ha riconosciuto che il mancato adempimento ha costituito la violazione di un divieto a tutela del diritto di difesa di chiara pregnanza sostanziale, tale da comportare l'inutilizzabilità patologica di quanto acquisito a seguito dell'atto. Il finale è dunque nel senso per cui il vizio consistente nella violazione di norme processuali determina la 'illegittimità derivata' della attività 'istruttoria' di seguito espletata, con l'effetto della invalidità del sequestro probatorio⁶¹.

La pronuncia menzionata ripropone dunque il risalente quesito della invalidità derivata alla luce della tutela dei diritti, anche in assonanza con la giurisprudenza europea che segue la linea dell'equità nel dichiarare l'estendersi della sanzione⁶². Da qui la recente richiesta del vaglio di legittimità costituzionale da privilegiarsi, anche nella logica che si è adottata in questa sede, rispetto alle soluzioni giurisprudenziali

⁵⁸ Sul tema, v. l'ampio studio di L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie, tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pisa, 2017. V., inoltre, M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata*, Fano, 2012.

⁵⁹ Corte cost. 27 settembre 2001 n. 332.

⁶⁰ Sez. Un. 27.3.1996 n. 5021, rv 204644 ha aperto alla interpretazione secondo cui l'illegittima perquisizione non invalida il conseguente sequestro qualora vengano acquisite cose costituenti corpo del reato a questo pertinenti. Nel solco di questa pronuncia, Cass. Sez. 2, 23.4.2010 n. 26819, rv 247679; Cass. Sez. 2, 29.3.2016 n. 15784, rv 269856 e Cass. Sez. 2, 29.3.2017 n. 15784, rv 2269856, secondo cui il potere di sequestro non dipende dalle modalità con cui le cose oggettivamente sequestrabili sono state reperite. Per l'affermazione secondo cui la nullità del provvedimento di perquisizione non si trasmette a quello di sequestro delle cose rinvenute nel corso della sua esecuzione, né determina l'inutilizzabilità a fini di prova delle stesse, Cass. Sez. 1, 10.5.2011 n. 23764, rv 250428 e Cass. Sez. 5, 12.7.2018 n. 32009, rv 273641-01.

In tema, A. CABIALE, [L'inutilizzabilità 'derivata': un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, p. 112.

⁶¹ Cass. Sez. 3, 8.11.2018 n. 50657, in *Diritto.it*.

⁶² Corte Edu, Gafgen c. Germania 30 giugno 2008, ricorso n. 22978/05 su cui V. MAFFEO, *Il mantello della legge. Male captum bene retentum e dottrina del 'ritrovamento inevitabile' in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di M. Pisani*, vol. II, 2010, p. 349.



4/2019

estemporanee. La questione è infatti pendente in ordine all'art. 191 c.p.p. "nella parte in cui non prevede che la sanzione della 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 al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dalla autorità giudiziaria con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività" ⁶³. In una articolata sequenza argomentativa, relativa ad un caso di perquisizione per il reato di detenzione di stupefacenti al fine di cessione a terzi, il giudice rimettente evidenzia la assenza dei requisiti per il compimento dell'atto del quale risultavano assenti i presupposti sia della flagranza *ex art.* 354 e 356 c.p.p., sia delle ragioni idonee a una restrizione della libertà nei soli casi e modi previsti dalla legge di cui all'art. 13 Cost., sia dei fondati motivi ricavabili nello specifico caso dall'art. 103 d.p.r. n. 309/1990 ⁶⁴. Valutata la "monolitica interpretazione" del diritto vivente nel segno della irrilevanza della invalidità della perquisizione sul sequestro conseguente, nonostante la prescrizione dell'art. 191 c.p.p., viene sottolineata di quest'ultima il ruolo di "valido presidio ai diritti costituzionalmente garantiti" tale da scoraggiarne la violazione. Intercorrendo tra i due atti una consequenzialità non meramente cronologica bensì sostanziale, ammettere la possibilità di "una sorta di sanatoria *ex post*" equivarrebbe a consentire la possibilità di abusi che solo una interpretazione dell'art. 191 c.p.p. vincolata ai principi sanciti negli artt. 13 e 14 Cost. può evitare.

5. La prova indiretta.

La questione su cui a breve si dovrà pronunciare la Consulta coinvolge l'ulteriore profilo, prima richiamato, del divieto di testimonianza sugli esiti probatori acquisiti illegittimamente. Anche su questo piano emergono gli aspetti critici già sottolineati in passato. Se è vero che niente impedisce di trarre elementi da una fonte legittima e indipendente da quella irrituale (ad esempio, art. 202 comma 6 c.p.p.), è anche vero che non è consentito utilizzare un metodo o un mezzo probatorio diverso aggirando un preciso divieto. A questa stregua non dovrebbe ad esempio essere ammissibile la testimonianza del consulente tecnico sugli esiti di un accertamento tecnico non ripetibile, inutilizzabile *ex art.* 360 c.p.p. ⁶⁵. E in effetti il sistema predispone antidoti per alcuni casi ravvisabili nella previsione di inutilizzabilità delle dichiarazioni da chiunque rese aventi

⁶³ Trib. Lecce, Ufficio Gip, ord. 3 ottobre 2017, cit., in Reg. ord. n. 14/2018 in G.U. 7.2.2018 n. 6.

⁶⁴ Per un caso di perquisizione operata dalla polizia giudiziaria *ex art.* 103 d.p.r. n. 309/1990, Cass. Sez. 3, 17.2.2016 n. 19365, rv 266580 in relazione ad illecita detenzione di sostanza stupefacenti, secondo cui l'atto può essere effettuato anche sulla base di notizie confidenzialmente apprese, senza obbligo di apprestare avvisi sul diritto alla assistenza difensiva e senza effetti invalidanti sull'atto conseguente di sequestro dello stupefacente.

⁶⁵ Cass. Sez. 3, 3.12.2009 n. 3908, rv 246022 secondo cui non è ammissibile la testimonianza in dibattimento del consulente tecnico del pubblico ministero sul contenuto degli accertamenti tecnici non ripetibili, dichiarati inutilizzabili per violazione dell'art. 360 c.p.p. La Corte ha ricondotto la fattispecie alla inutilizzabilità derivata.

ad oggetto il contenuto di atti rogati inutilizzabili (art. 729 comma 3 c.p.p.) o nel divieto di riferire su fatti coperti dal segreto di Stato in capo ai soggetti individuati dall'art. 41 l. n. 124/2007 o, ancora, nel divieto di deposizione su notizie acquisite con intercettazioni preventive (art. 226 n. coord. c.p.p.). Il che sembra peraltro non bastare a fissare un principio generale per il quale la prova indiretta può avere spazio solo entro limiti determinati. Al di là del perimetro fissato dall'art. 62 c.p.p. sul divieto di dichiarazioni rese dall'imputato⁶⁶, alcune applicazioni dell'art. 195 c.p.p. sulla testimonianza indiretta rendono evidente come sia talvolta possibile attraverso questo mezzo di prova l'accesso di elementi conoscitivi acquisiti con uno strumento diverso. La questione si è posta in particolare con riferimento alla testimonianza di polizia giudiziaria⁶⁷, anche per aspetti solo apparentemente irrilevanti come può essere il caso, frequente nella prassi, dell'operatore di p.g. che, riferendo delle attività investigative svolte, richiami espressamente il contenuto della relazione riepilogativa, introducendo così in qualche modo elementi fisiologicamente inutilizzabili ovvero il caso in cui lo stesso operatore riassume il contenuto dei documenti prodotti dal pubblico ministero. E' evidente in questa ipotesi la violazione di un divieto spesso ignorato ma presente nell'art. 195 comma 5 c.p.p. secondo cui le disposizioni sulla testimonianza indiretta "si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale". Sulla base di questa disposizione non è ammissibile che attraverso la prova dichiarativa si consenta l'ingresso di dati provenienti da altro strumento costituito dalla prova documentale⁶⁸, che viene ammessa e acquisita secondo le regole dibattimentali e che non necessita di una spiegazione né ammette una interpretazione dei contenuti⁶⁹.

La patologia della prova indiretta emerge poi là dove si ammetta l'introduzione di dati quali contenuti di messaggi telefonici, *chat online*, corrispondenza elettronica o, ancora, contenuti di intercettazioni attraverso la testimonianza di polizia giudiziaria. Su quest'ultimo fronte la questione è ancora attuale alla luce di differenti approcci giurisprudenziali. Da una iniziale tesi per cui il contenuto delle conversazioni può essere provato solo a mezzo della trascrizione delle registrazioni, così da essere inammissibile la deposizione sul loro contenuto, si è passati all'indirizzo secondo cui la testimonianza non incorre nella inutilizzabilità in quanto non riconducibile alla sanzione generale o a specifiche previsioni, potendo semmai essere inquadrata nell'ambito della nullità generale *ex art. 178 lett. c) c.p.p.*, sanabile secondo gli artt. 180 e 182 c.p.p.⁷⁰. Una recente

⁶⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 233.

⁶⁷ Ad esempio si è consentita la testimonianza dell'operatore di polizia giudiziaria su fatti oggetto di videoriprese non acquisite (Cass. Sez. 5, 28.6.2017 n. 38767, rv 271210) o su fatti trattati in una relazione di servizio priva della sottoscrizione (Cass. Sez. 5 11.3.2011 n. 21047, rv 250415-).

⁶⁸ Secondo Cass. Sez. 5, 28.6.2017 n. 38767, cit., il contenuto rappresentativo di un documento può essere provato anche attraverso una testimonianza.

⁶⁹ Sul tema l'ampia e approfondita analisi di F. ZACCHÈ, *La prova documentale*, Milano, *passim*. In tema di natura surrogatoria della prova documentale rispetto alla prova orale, G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2516.

⁷⁰ In tema, M. L. STRUMMIELLO, Brevi note in tema di testimonianza della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni dell'imputato oggetto di intercettazione, in *Archivio penale Web*, 2015, n. 2; A. CIAVOLA, La

pronuncia ha infine ribadito il principio della ammissibilità di 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, né è riconducibile alle ipotesi di nullità di ordine generale tipizzate dall’art. 178 c.p.p.”⁷¹. La non condivisibilità di questo assunto fa capo non tanto e non solo al tema della lesione del diritto di difesa, esposto comunque a criticità che derivano dalla fisiologica intrusione di valutazioni del narrante, quanto piuttosto al principio di non sostituibilità di un mezzo di prova con un altro quale che sia purché in grado di inserire il dato probatorio, con il risultato di una legalità variabile⁷² piegata alla praticità ovvero alla praticabilità del metodo diverso.

Torna dunque inevitabilmente in gioco il tema della proporzionalità, potendo sembrare secondo questo principio che possa non rilevare se un elemento di conoscenza accede al processo in modo alternativo. Se la *ratio* che informa il criterio di proporzione è la misura in cui può essere sacrificato un diritto individuale, ciò non toglie che si debba ragionare di proporzione anche in relazione al ‘sacrificio’ di uno strumento probatorio in favore di altro se l’effetto è quello di una rappresentazione dei fatti secondo modalità che la legge non prevede e che non ha privilegiato. Anche questo aspetto, che riguarda le scelte discrezionali del giudice su come apprestare una fase del procedimento probatorio, rivela dunque le criticità del principio quando è applicato in concreto. Disconoscerne le potenzialità non significa peraltro svilirne la portata ma perimetrarla nei confini che impediscano quei disallineamenti della prassi che, pur se fisiologici, non giovano alla tenuta del principio la cui indiscutibile positività va ravvisata nel porsi quale criterio-guida delle opzioni legislative.

Al quesito iniziale circa l’effettività della inutilizzabilità si può allora rispondere ancora nel segno del principio di tassatività, essendo pur sempre nella sua logica che si sono tratteggiati i valori fondanti della sanzione e dei quali è depositario il giudice delle leggi nella lettura costituzionale delle relative disposizioni ⁷³. Come bene emerge dalla questione di legittimità costituzionale dell’art. 191 c.p.p., prima richiamata, non basta talvolta ricorrere ad una interpretazione costituzionalmente orientata o affidarsi a un principio di proporzionalità dai contorni ancora sfumati che rendono ancora relative le sue applicazioni, ma è opportuno rivolgere agli strumenti superiori il controllo di costituzionalità. Il che tra l’altro si rivela ancora più utile ed opportuno là dove ai ‘suggerimenti’ interpretativi più autorevoli espressi talvolta nei ‘moniti’ provenienti

testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova, in *Proc. pen. giust.*, n. 2019, p. 222.

⁷¹ Cass. Sez. 3, 20.2.2018 n. 603, su cui, in senso adesivo, G. VISIONE, *Le intercettazioni tra perizia trascritta e prova testimoniale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, n. 5, p. 916.

⁷² Sul punto, O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L’uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1524.

⁷³ Circa l’apertura al test di proporzionalità nel rispetto della giurisprudenza costituzionale, V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 181.

dalla Consulta⁷⁴, non si è dato seguito da parte del legislatore ⁷⁵, ciò che ha aperto inevitabilmente alle valutazioni contingenti dei casi concreti con una applicazione sottesa della proporzionalità non affinata nel metodo né mirata al riscontro del bilanciamento tra esigenze e diritti effettuato dal legislatore ⁷⁶. Forse, anche alla luce del criterio della "incostituzionalità prospettata"⁷⁷, promosso dalla Corte costituzionale attraverso una sorta di giudizio anticipato ma non dichiarato di illegittimità, si potrebbe pervenire infine a spingere il legislatore agli interventi che gli competono anche in materia di prova, così attuando il criterio di proporzione nella sua dimensione più autentica.

⁷⁴ Ci si riferisce alla espressa richiesta della Consulta di provvedere a disciplinare la materia delle riprese audiovisive (Corte cost. 24 aprile 2002 n. 135). Il modello del 'monito' è ricordato dal Presidente Lattanzi: "Tradizionalmente la Corte si relaziona con il Parlamento su questo piano attraverso i cosiddetti moniti, con i quali, dopo averle riscontrate nel corso di un giudizio, segnala la presenza di aree di criticità o di sospetta illegittimità costituzionale e auspica un intervento del legislatore idoneo a sanare tale situazione. Altre volte il "monito" sottolinea la presenza, già nell'attuale tessuto normativo, di una criticità che non si è ancora evoluta in illegittimità costituzionale (e non è detto che ciò accada), ma che sarebbe comunque opportuno prendere in considerazione (sentenze n. 6 e n. 93 del 2018). Infine non mancano casi in cui la Corte si preoccupa di segnalare squilibri normativi che possono essere indirettamente cagionati dalle stesse pronunce di illegittimità costituzionale quando, intervenendo sulla trama della legislazione, ne alterano la coerenza, ovvero quando aprono vuoti bisognosi di regolazione legislativa. al fine di adempiere al dovere di eliminare disposizioni incostituzionali preservando la discrezionalità legislativa", *Relazione sugli indirizzi della giurisprudenza nel 2018*, in cortecostituzionale.it, 21 marzo 2019, sulla quale C. CUPELLI, [Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa](#), in questa *Rivista*, 27 marzo 2019.

⁷⁵ Per quanto riguarda i vuoti nella riforma delle intercettazioni, O. MAZZA, *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino, 2018, XI; T. BENE, Premessa, in *Le intercettazioni di comunicazioni*, a cura di T. Bene, cit., p.13. Sull'utilizzo del captatore informatico, G. ZICCARDI, *Il captatore informatico nella "Riforma Orlando": alcune riflessioni informatico-giuridiche*, in *Arch. pen.*, 2018, *Speciale Riforme*, pp. 5 ss., 10; M. BONTEMPELLI, [Il captatore informatico in attesa della riforma](#), in questa *Rivista*, 20 dicembre 2018.

⁷⁶ F. NICOLICCHIA, *Il principio*, cit., p. 12-13. Per gli approfondimenti sulla natura di rimedio del principio, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen. web*, 2017, p. 3. Circa le aperture alla proporzionalità nella disciplina dell'ordine europeo di indagine, M. DANIELE, [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, p. 72 ss.; C.M. GATTO, [Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale](#), in questa *Rivista*, fasc. n. 2/2019, p. 69 ss.; F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen. web*, 2018, n. 1.

⁷⁷ Di una scelta della Corte costituzionale verso la 'incostituzionalità prospettata' ha parlato il Presidente Lattanzi nella Relazione sugli indirizzi della giurisprudenza nel 2018, cit., secondo cui si apre una nuova forma di collaborazione con il legislatore, nel processo di attuazione della Costituzione e con "l'occasione di esercitare lo spazio di sovranità che gli compete". Il successo della tecnica dell'ordinanza di "incostituzionalità prospettata" sarebbe anzitutto un successo per la funzione rappresentativa del legislatore, che andrebbe perduto se tale funzione non fosse in concreto esercitata".