

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
Dipartimento di Giurisprudenza



DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE GIURIDICHE
Curriculum “Sistemi punitivi e garanzie del cittadino”
XXX Ciclo



I DIVIETI PROBATORI NELL'ESPERIENZA TEDESCA ED ITALIANA

Dottorando: Dott. Giulio Garofalo

Tutor: Prof. Luca Marafioti

Coordinatore: Prof. Giuseppe Grisi

**I DIVIETI PROBATORI
NELL'ESPERIENZA TEDESCA ED ITALIANA**

INDICE

CAPITOLO PRIMO

I FONDAMENTI COMUNI

1. I limiti alla ricerca della verità nel pensiero di Ernst Beling. I divieti probatori al crocevia di una pluralità di interessi contrastanti.....6
2. Dimensione logica ed etica dell'accertamento.....14
3. I fondamenti costituzionali dei divieti di prova.....21
4. La funzione disciplinare dei divieti di prova.....32

CAPITOLO SECONDO

I DIVIETI PROBATORI NEL SISTEMA TEDESCO

1. Questioni classificatorie. La fondamentale distinzione fra *Beweiserhebungsverbote* e *Beweisverwertungsverbote*.....43
2. I divieti di prova come strumenti di tutela di interessi individuali..51
3. Gli sviluppi delle teorie basate sulla protezione degli interessi individuali.....64

4. Il requisito della concreta offensività della violazione nell'ottica delle teorie dei divieti probatori.....	75
---	----

CAPITOLO TERZO

I DIVIETI PROBATORI NEL SISTEMA ITALIANO

1. Gli spazi per un approccio sostanzialistico alla tematica dei divieti probatori nel sistema italiano.....	82
2. Il problema dell'individuazione del divieto probatorio.....	94
3. Divieti riferiti all'an e divieti riferiti al quomodo della prova.....	104
4. La sterilizzazione degli effetti dell'inutilizzabilità.....	114

BIBLIOGRAFIA.....	126
--------------------------	------------

*«L'esistenza umana, imperfetta com'è,
si trova ubicata fra la verità e l'errore,
ed è per questo che tutto il pensiero umano
è, in definitiva, una lotta contro l'errore,
uno sforzo per incontrare la verità».*

ERNST BELING, Die Beweisverbote als Grenzen
der Wahrheitserforschung im Strafprozeß,
Darmstadt, 1903, p. 1.

Capitolo I

I FONDAMENTI COMUNI

SOMMARIO: 1. I limiti alla ricerca della verità nel pensiero di Ernst Beling. I divieti probatori al crocevia di una pluralità di interessi contrastanti. – 2. Dimensione logica ed etica dell'accertamento. – 3. I fondamenti costituzionali. Il sistema dei divieti probatori come sintesi normativa dei diversi interessi in gioco. – 4. La funzione disciplinare dei divieti di prova.

1. I limiti alla ricerca della verità nel pensiero di Ernst Beling. I divieti probatori al crocevia di una pluralità di interessi contrastanti

V'è un terreno comune alla base del moderno dibattito sul tema dei divieti probatori in Italia e in Germania, rappresentata dalle riflessioni di Beling dei primi anni del secolo scorso¹. È noto, infatti, che prima della prolusione di Tübingen del 1902 il tema in parola non esisteva «come tematica dotata di una propria autonomia»². Non è chiaro cosa spinse lo

¹ E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Darmstadt, 1903, p. 1.

² K. ROGALL, *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 1071, che rappresenta la traduzione, curata da R. Orlandi e M.P. Addis, di K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Europäisches Kolloquium, Wien, 18.-20. September 1997*, Freiburg im Breisgau,

studioso tedesco a dedicare la lezione inaugurale del suo corso universitario al processo penale ed, in particolare, al tema dei divieti di prova; tuttavia, una recente esegesi di quella relazione individua la matrice delle sue riflessioni in alcuni brani della manualistica di fine ottocento sul libero convincimento del giudice³.

Nelle trattazioni della dottrina meno recente si sosteneva, in particolare, l'incompatibilità fra un sistema processuale basato sul principio del libero convincimento del giudice e l'esistenza di regole

1999, p. 119 e ss. Alcune delle riflessioni esposte in questo testo riprendono i precedenti studi contenuti in K. ROGALL, *Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts*, in J. WOLTER (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrecht*, Neuwied, 1995, p. 113 ss. e, soprattutto, in K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in *ZStW*, 1979, p. 1 ss., di cui la relazione viennese rappresenta un'evoluzione.

³ Il riferimento è a K. ROGALL, *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, cit., p. 1072, il quale ritiene che Beling abbia tratto lo spunto per la sua prolusione dal seguente brano del Manuale di Glaser del 1883: «Si ha dunque un restringimento della libera valutazione e in tal modo una limitazione del principio, quando indirettamente si tenta di escludere mezzi di prova [...] perché nella loro assunzione non si sono rispettati determinati requisiti formali [...]. Il principio del libero convincimento del giudice è quindi inconciliabile con la sopravvivenza di regole tradizionali o di diritto comune e con l'imitazione di modelli stranieri che tendono ad escludere un mezzo di prova in difetto di determinati requisiti formali, ciò che porta a disconoscergli *a priori*, in base ad una regola astratta, una qualsiasi efficacia probatoria rendendo così impossibile l'influsso dello stesso sul giudicante e precludendo a quest'ultimo la presa di conoscenza dell'informazione o della traccia in essa contenuta. Mentre, vigente il principio del libero convincimento, la efficacia del mezzo di prova può e deve essere valutata unicamente alla stregua della sua effettiva idoneità a determinare il convincimento del giudice, seguendo questo modello si effettua invece un esame preliminare in base ad una norma astratta, e si nega *a priori* al mezzo di prova – ciò che non soddisfa certo il citato principio – una qualsiasi efficacia. In questa maniera non si proibisce, ma certamente si impedisce al giudicante di trarre il proprio convincimento dal mezzo di prova». Così J. GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Leipzig, 1883, p. 350.

formali “esterne” atte a restringere il patrimonio informativo spendibile nel processo o a vincolare l’attività di valutazione dell’organo giudicante. L’unico limite legittimo si rinveniva, piuttosto, in regole logiche “intrinseche” parametrize sull’idoneità o l’inidoneità di un certo mezzo di prova a fondare il convincimento del giudice.

Che la ricerca della verità nel processo penale fosse attività sottoposta a vincoli non rappresentava, pertanto, una novità assoluta nel momento in cui Beling introduceva la sua teoria dei divieti probatori. Anzi, si riconosceva che il processo è attività regolata “per eccellenza”, in quanto permette di veicolare il potere punitivo statale all’interno di determinate formalità. Questa caratteristica fondamentale, d’altronde, segna il discrimine fra l’attività del ricercatore scientifico e quella dell’operatore giudiziario⁴: se il primo si muove liberamente verso l’obiettivo prefissato, il secondo è, invece, costretto a seguire una strada già delimitata. È la legge stessa, infatti, a fissare un cammino obbligato per l’operatore del processo, vietandogli la pratica di certe prove⁵.

I limiti all’investigazione, tuttavia, rappresentano, in quel contesto giuridico-culturale, eccezioni⁶ al principio generale della ricerca della “verità materiale” (*Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung*) - già da tempo affermato nell’ordinamento processuale tedesco -, in base al

⁴ L’efficace metafora si trova in E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung*, cit., p. 1, ed è stata successivamente ripresa, se non abusata, dalla dottrina italiana del novecento. A titolo meramente esemplificativo, si veda, di recente, G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, vol. II, Milano, 2006, p. 153 ss.

⁵ E. BELING, *op. loc. cit.*

⁶ «*Glücklicherweise*» (fortunatamente), aggiunge E. BELING, *op. cit.*, p. 2.

quale tutti i fatti rilevanti possono e devono essere ricercati con ogni mezzo disponibile⁷. È in gioco, evidentemente, il prezzo della “giusta decisione” che coincide con l’assoluzione dell’innocente e la condanna del colpevole e che può legittimamente fondarsi soltanto sull’accertamento veritiero e completo degli accadimenti reali⁸. In questo contesto, appare chiaro il motivo per il quale ogni vincolo alla libera ricerca, imposto dal legislatore, rivesta carattere eccezionale.

Eppure, simili restrizioni alla libertà investigativa non sono prive di giustificazione: in primo luogo, la loro presenza riafferma indirettamente la regola della ricerca della verità materiale nei casi non rientranti sotto la loro previsione; in secondo luogo, esse possono consentire, se ben calibrate, di innalzare il grado di giustizia della decisione. Se un cammino vincolato può, certo, allontanare dalla verità, comportando il rischio che un colpevole venga assolto, è pur vero che una ricerca senza freni può condurre all’evenienza – di certo più “deplorabile” (*beklagenswert*) – della condanna di un innocente⁹.

⁷ Suggestiva, sul punto, la prosa dell’Autore: «*Deshalb darf im Prinzip der Strafjustizbeamte ad detegendam veritatem rücksichtslos mit der Fackel hineinleuchten in das finsterste Dunkel [...]. Alle Beweismittel sind ihm Recht, und jede Art ihrer Verwertung. Zum Verderbendes Schuldigen sogut wie zu Rechthung des Unschuldigen kann im Prozess das ganze Reich der Natur bedeutungsvoll werden*». Così E. BELING, *op. loc. cit.*

⁸ Significativo, in merito, il brano di E. BELING, *op. loc. cit.*

⁹ «*Wäre es nicht auch beklagenswert, wenn infolge selbstgeschaffener Hemmnisse die Aufhellung dunkler Vorkommnisse verhütet, und dadurch die Freisprechung eines Schuldigen herbeigeführt würde? Wäre es nicht noch beklagenswerter, wenn infolge des so geschaffenen Halbdunkels womöglich ein Unschuldiger verurteilt würde?*». Così, E. BELING, *op. cit.*, p. 3.

Dinanzi a simili inconvenienti è lo Stato stesso che, nel conferire agli organi della giustizia penale i poteri necessari allo svolgimento della potestà punitiva, ne stabilisce, al contempo, le limitazioni¹⁰. Beling definisce questi vincoli «*Beweisverbote*»¹¹ (“divieti di prova”, o “divieti probatori”), intendendo, con tale espressione, le norme giuridiche (*Rechtsätze*) che prescrivono di accantonare un certo fatto (*absolute Beweisverbote*) o dichiarano inammissibili certi mezzi di prova (*relative Beweisverbote*).

La loro natura, però, è totalmente differente rispetto ai limiti del sapere umano connessi a *deficit* naturali. I divieti probatori sono, al contrario, limiti autoimposti della conoscenza («*selbstaufgelegte Schranken der Erkenntnis*»): si tratta di quei casi in cui non è permesso provare, non di quei casi in cui non è possibile provare¹².

Essi nulla hanno a che vedere con le restrizioni di carattere eminentemente logico che sorreggono il giudizio di idoneità o inidoneità di un dato mezzo di prova ad incidere sul convincimento del giudice¹³; anzi, i divieti probatori impediscono percorsi conoscitivi che, in loro assenza, sarebbero stati utilmente percorribili.

¹⁰ «*In dieser Freiheit der Forschung bei Ausübung seiner Strafverfolgungsthätigkeit ist der Staat solange überschänkt, als er sich nicht selbstbeschränkt*». Così, ancora, E. BELING, *op. loc. cit.*

¹¹ E. BELING, *op. cit.*, p. 3.

¹² «*Es handelt sich bei ihnen um das Nichtbewiesenwerden dürfen im Gegensatz zum Nichtbewiesenwerden können*». Così, E. BELING, *op. cit.*, p. 3.

¹³ Si tratta dei limiti logici al convincimento del giudice, di cui parlava J. GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, cit., p. 351 ss.

È bene, tuttavia, non confonderli con le regole di prova negative (*negative Beweisregeln*) che guidano il giudice nella valutazione di certi fatti imponendogli di considerarli come “veri” o “non veri”¹⁴. Poiché nell’ordinamento tedesco vige il principio di libera valutazione delle prove, la determinazione del loro valore è attività di esclusivo appannaggio del giudice.

Né si può sovrapporre il tema delle proibizioni di prova a quello, diverso, delle regole intese a salvaguardare il principio di immediatezza - che escludono l’utilizzo di elementi ottenuti indirettamente - o a vietare l’utilizzo di certe modalità nella formazione della prova - come la proibizione dell’uso della tortura. Si tratta in entrambi i casi di disposizioni che devono la loro origine a considerazioni “interne” al diritto probatorio e alla tecnica stessa della prova¹⁵.

I divieti probatori, al contrario, si pongono “di fronte alla prova”¹⁶ ed esprimono esigenze “esterne” rispetto al diritto delle prove; non guardano all’utilità o all’inutilità di un mezzo di prova, né alla libertà o alla carenza di libertà nella sua valutazione; non sottraggono o attribuiscono valore ad una prova. Le loro ragioni, che devono essere valide per non degenerare in “impulsi capricciosi” o “arbitrii tirannici”, “stanno altrove”¹⁷.

¹⁴ Beling accusa Glaser di non aver sufficientemente chiarito la differenza fra le due categorie. Si veda E. BELING, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵ E. BELING, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶ Così, ancora, E. BELING, *op. loc. cit.*

¹⁷ E. BELING, *op. cit.*, p. 4.

In particolare, nel diritto processuale tedesco venivano individuate sei classi di interessi meritevoli di tutela a cui afferivano tutti i divieti probatori in quel momento positivizzati. Così, ad una prima classe che si riferiva all'interesse superiore dello Stato a mantenere il segreto su determinati fatti¹⁸, se ne aggiungeva una seconda riguardante la posizione privilegiata della famiglia regnante¹⁹, nonché altre quattro concernenti, rispettivamente, la sfera della personalità del cittadino²⁰, le relazioni di parentela²¹, i segreti sorti in virtù di una relazione giuridica rilevante²² e, infine, la proprietà privata²³.

Dalla presenza di questa griglia di beni giuridici meritevoli di tutela si sviluppano alcune riflessioni che segneranno il corso futuro del tema dei divieti probatori nella dottrina tedesca ed europea. La novità di tali considerazioni non sta, tanto, nell'aver riconosciuto la presenza di ostacoli alla libertà investigativa non afferenti ad esigenze meramente epistemologiche, quanto, piuttosto, l'aver compreso e messo in luce come dietro ad ogni scelta legislativa circa l'introduzione di un limite alla ricerca della verità si agiti un pressante conflitto fra l'interesse dello Stato alla repressione criminale e interessi di altro tipo²⁴.

¹⁸ Si veda E. BELING, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹ E. BELING, *op. cit.*, p. 9.

²⁰ E. BELING, *op. cit.*, p. 10.

²¹ E. BELING, *op. cit.*, p. 14.

²² E. BELING, *op. cit.*, p. 17.

²³ E. BELING, *op. cit.*, p. 22.

²⁴ Questo problema non sembra essere stato affrontato, *ex professo*, precedentemente. Così, oltre allo stesso E. BELING, *op. cit.*, p., anche K. ROGALL, *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, cit., p. 1071, nt. 27.

La questione del bilanciamento di valori può definirsi, invero, come un tipico problema del diritto²⁵ e si riconnette direttamente alla concessione di determinati poteri agli organi pubblici. Per il processo penale questo tema assume un'importanza decisiva perché segna gli esatti confini dell'intervento dei pubblici funzionari nella sfera dei diritti dei cittadini. E il problema diviene ancora più pressante se solo si considera che non sempre il legislatore è consapevole di operare attraverso meccanismi di ponderazione nel momento in cui sancisce la presenza di un divieto di prova. Si denuncia il rischio che una scorretta tecnica di distribuzione delle proibizioni probatorie possa comportare il trasferimento in capo al giudice della delicata opera di bilanciamento: è su di lui, infatti, a ricadere la responsabilità di sciogliere il pressante dubbio fra "umanità" e "compassione", da un lato, e le ragioni dello Stato "offeso" dal delitto, dall'altro²⁶.

2. Dimensione logica ed etica dell'accertamento

Dalle riflessioni della dottrina tedesca sul rapporto fra la libera ricerca della verità ed i suoi limiti emerge una particolare concezione secondo la quale lo scopo preminente del processo sarebbe quello di ottenere la verità materiale. In questa visione, poiché il giudizio consiste

²⁵ Ne è consapevole lo stesso E. BELING, *op. cit.*, p. 33.

²⁶ Così, sostanzialmente, E. BELING, *op. loc. cit.*

nell'oggettiva applicazione di norme giuridiche alla fattispecie concreta, ogni ostacolo all'ingresso di un elemento conoscitivo rappresenta un impedimento all'attuazione della legge e della giustizia, da cui consegue la necessità di ridurre al minimo le limitazioni legali al potere istruttorio del giudice.

I divieti probatori sono, in questo contesto, strumenti che mirano a tutelare soprattutto interessi estranei alle esigenze logiche dell'accertamento, come la sicurezza dello Stato o la dignità della persona, ponendosi in rotta di collisione con il principio di istruzione vigente nell'ordinamento tedesco - ricavabile dai §§ 155, 160 II e 244 StPO²⁷ - secondo il quale il giudice è, per un verso, slegato dalle allegazioni delle parti e, per altro verso, obbligato ad assumere tutte le prove rilevanti ai fini del raggiungimento della verità²⁸.

²⁷ In questo senso K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, Berlin, 2010, p. 24; F. ARLOTH, *Dogmatik in der Sackgasse. Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote*, in GA, 2006, p. 258; W. BEULKE, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in Jura, 2008, p. 665.

²⁸ Sul principio di istruzione nell'ordinamento tedesco si vedano, senza pretesa di completezza, M. ALSBERG – K.H. NÜSE – K. MEYER, *Der Beweisantrag im Strafprozeß*, Köln, 1983, p. 98 ss.; W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2016; U. EISENBERG, *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, München, 2017, p. 71 ss.; D. ENGELS, *Die Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO*, Bonn, 1979, *passim*; G. FEZER, *Zur Problematik des gerichtlichen Rechtsschutzes bei Sperrerklärungen gem. § 96 StPO*, in K.H. GÖSSEL – H. KAUFFMANN (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, München, 1985; G. GRÜNWARD, *Die Wahrunterstellung in Strafverfahren*, in E. BARTH, *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag am 3. Januar 1970*, Göttingen, 1970, p. 46 ss.; P. HOFFMANN, *Der Unerreichbare Zeuge im Strafverfahren*, Berlin, 1991; K.P. JULIUS, *Die Unerreichbarkeit von Zeugen im*

La frizione con il principio istruttorio risulta evidente proprio in quanto i divieti di prova limitano l'attività dell'autorità giudiziaria nell'accertamento dei reati e, allo stesso tempo, impediscono al giudice di valutare e, quindi, porre a fondamento della decisione l'elemento probatorio vietato ed escluso dalle trame del processo. Il restringimento dell'area del conoscibile si riflette direttamente sulla qualità dell'esito processuale, restituendo un'immagine «fittizia»²⁹ ed incompleta della realtà storica ricostruita nel giudizio. L'abbandono di una porzione di verità rappresenta, in questa prospettiva, un costo molto alto da sopportare, tanto da dover essere considerato alla stregua di un'eccezione rispetto al generale principio della libera ricerca del vero.

L'impostazione concettuale e normativa appena descritta trae la sua linfa ideologica dall'astratto dualismo fra un tipo di libera ricerca conoscitiva, che dovrebbe portare all'acquisizione di una «verità assoluta e ipostatizzata»³⁰, e un tipo di ricerca vincolata, che si attua nel processo

Strafprozeß, Köln, 1988; ID., *Zum Verhältnis von Aufklärungspflicht und Beweisantragsrecht im Strafprozeß*, in *NStZ*, 1986, p. 61 ss.; M. KÖHLER, *Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung*, Heidelberg, 1979; J. KÜHL, *Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren*, Baden-Baden, 1987; K. LÜDERSSEN, *Zur "Unerreichbarkeit" des V-Mannes*, in G. KOHLMAN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag. Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, vol. I, Köln, 1983; K.H. NÜSE, *Zur Ablehnung von Beweisanträgen wegen Offenkundigkeit*, in *GA*, 1955, p. 72 ss.; W. PERRON, *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Berlin, 1995; C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, München, 2017.

²⁹ K. VOLK, *Grundkurs StPO*, München, 2010, § 28, nota 6.

³⁰ Si veda, in tal senso, G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 35; S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, p. 76 ss.

e che, viceversa, dovrebbe condurre ad una «verità relativa»³¹. A sua volta, la contrapposizione fra verità materiale e verità formale non è che la proiezione, sul piano del risultato della ricerca, di una «pretesa antitesi fra leggi logiche e leggi giuridiche», nella quale si manifesta «un chiaro sintomo della sopravvalutazione della logica assoluta e trascendentale», dotata di una «indiscutibile virtù razionale» e di un «potere taumaturgico di apprensione diretta della verità»³²; una concezione che muove dal presupposto dell'esistenza di un unico tipo di logica, «esistente ed autosufficiente», abbandonato il quale non può che ottenersi un risultato processuale «modesto», ossia un «surrogato di verità»³³.

Sul piano filosofico, poi, il mito della verità materiale è stato alimentato dallo sviluppo dell'idea di evidenza razionale, tipica del cartesianesimo, e di evidenza sensibile, propria dell'empirismo, che, partendo dal presupposto del carattere autoevidente della natura, giungono alla conclusione che una verità di questo tipo sia agevolmente raggiungibile mediante un'operazione solitaria del ricercatore della realtà³⁴.

³¹ In questi termini, G. DE LUCA, *Logica e metodo*, loc. cit. Per la distinzione fra verità materiale e verità formale, per tutti, F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992 (rist.), p. 27 ss.

³² In questo senso, ancora, G. DE LUCA, *Logica e metodo*, cit., p. 36.

³³ G. DE LUCA, *Logica e metodo*, cit., p. 37, secondo il quale «Il metodo probatorio giudiziario è un metodo di conoscenza che ha in comune con altri metodi delle scienze umane strumenti e finalità, e ciò non pertanto ha una sua specifica natura e fisionomia. Per questo non ha senso immaginare una illimitata libertà di ricerca che dovrebbe sottostare ad una razionalità assoluta e trascendentale, che ne garantisce l'attendibilità del risultato.

³⁴ Sul superamento di simili concezioni dovute alla consapevolezza che di un fatto si può asserire l'esistenza o la non esistenza, giammai la verità, si veda, in

Queste due correnti di pensiero – efficacemente definite come «epistemologie ottimistiche»³⁵ – hanno esercitato una tale influenza sul concetto di prova giudiziaria da condizionare fortemente le stesse strutture giuridiche degli ordinamenti processuali dell'Europa continentale, basate, non a caso, sulla figura di un giudice funzionario, signore del processo e della prova. Se la verità risulta intellegibile mediante un'operazione di ricerca solipsistica - senza, quindi, un'analisi corale e condivisa – e se la figura del giudice viene assimilata a quella del libero ricercatore, ne deriva non solo una svalutazione del ruolo delle parti, ma anche l'impoverimento del concetto stesso di procedimento probatorio, che porta conseguentemente alla ritrosia nei confronti dell'idea del limite all'accertamento del fatto.

Una simile compenetrazione fra modello culturale di riferimento e sistema processuale concreto risulta evidente non solo nell'ordinamento tedesco, ma anche in quello italiano del secolo scorso, nel quale il concetto di verità materiale rappresentava una meta culturale dominante a cui veniva attribuita un'importanza assoluta, tanto da venire

particolare, G. UBERTIS, «Fatto» e «valore» nel sistema probatorio penale, Milano, 1979, p. 89 ss.; ID., voce *Prova. II) Teoria generale del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 2 ss. Sul rapporto fra conoscenza giudiziale e fatto storico, si veda, inoltre, P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, p. 10 ss.; ID., *Processo penale e verità*, in AA. VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, p. 211 ss.; ID., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 303 ss.

³⁵ G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo codice di procedura penale*, in AA. VV., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, p. 201.

espressamente indicato come criterio guida dell'operato del giudice in ordine alla gestione della prova.

In perfetta sintonia con il § 244 II StPO, l'art. 299 c.p.p. 1930 prescriveva, infatti, al giudice l'obbligo di compiere tutti gli atti che, in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione, fossero «necessari per l'accertamento della verità», consacrando in una norma giuridica quello che fino ad allora poteva, al più, considerarsi come un ideale a cui tendere. La ratifica normativa di questo principio non poteva, allora, che condurre al risultato di una forte «disaffezione del giudice verso le regole e quindi alla svalutazione delle tecniche probatorie», «all'elusione delle norme di esclusione probatoria, al recupero e all'utilizzazione delle prove illegittimamente acquisite, alla sopravvalutazione del libero convincimento del giudice»³⁶: in breve, alla dissociazione fra gli aspetti logici ed etici del processo.

Il tentativo di recuperare il rapporto fra queste due componenti si deve, ancora una volta, al mutamento del paradigma culturale di riferimento, che può riassumersi nella riviviscenza dell'eterno dialogo tra logica ed etica, che per quasi due millenni si sono contese il dominio della verità nel procedimento di ricostruzione dei fatti controversi³⁷. Iniziato verso la seconda metà del secolo scorso e sfociato nell'approvazione del codice di procedura penale del 1988, questo rinnovamento dell'assetto valoriale si fonda sull'abbandono dell'idea

³⁶ In questi termini, G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., p. 205.

³⁷ Si veda, in tal senso, il fondamentale contributo di A. GIULIANI, voce *Prova in generale: a) Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 522 ss.

“monistica” della verità in favore del principio della divisione della conoscenza e dello «scambio uguale del vero attraverso il movimento di contraria informazione»³⁸; un principio che presuppone l’uguaglianza fra le parti dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale e che tende ad esaltare la componente etica dell’accertamento processuale, prima ancora che quella logica.

Il nuovo contesto concorre a rinnovare l’idea stessa di verità. Abbandonato il mito della verità materiale, il principio della divisione della conoscenza obbedisce ad un rinnovato codice logico, in quanto costituisce una condizione per la conoscenza della verità pratica che, a differenza della verità teorica, appartiene al dominio del probabile, del verosimile e dell’opinione³⁹. La disillusione verso la possibilità di ottenere una verità materiale nel processo concorre, inoltre, a ridefinire quell’antitesi fra verità assoluta e relativa, che si fondava sulla contrapposizione tra un’attività conoscitiva libera ed un’attività conoscitiva vincolata. La consapevolezza dell’idea della continua perfettibilità dei metodi ideati dall’uomo per indagare la realtà ed accrescere la propria conoscenza viene trasferita anche sul terreno del metodo probatorio giudiziario. Al pari di tutti gli altri strumenti possibili, anch’esso obbedisce a propri canoni o principi direttivi collaudati dall’esperienza ed è legato ai particolari mezzi di investigazione di cui dispone, alle finalità pratiche cui è preordinato, alla matrice culturale in

³⁸ Ancora, A. GIULIANI, voce *Prova in generale*, cit., p. 524.

³⁹ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., p. 184 ss.

cui nasce e si sviluppa⁴⁰; perciò non ha senso immaginare un'illimitata libertà di ricerca che dovrebbe sottostare ad una razionalità assoluta e trascendentale, che ne garantisce l'attendibilità del risultato⁴¹.

In rapporto ai mutamenti culturali intervenuti, le innovazioni tecniche approntate dall'attuale codice di procedura penale italiano risultano «marcatissime»⁴², poiché ribaltano a centottanta gradi il rapporto fra libertà e limite – fra regole ed eccezione - al potere giudiziale di conoscere. Se il previgente *corpus* normativo elevava la massima libertà del magistrato nell'accertamento penale a regola, salvo le eccezioni previste dalla legge, «il nuovo codice, invece, concepisce non già una generale libertà salvo eccezioni, ma le fattispecie probatorie come attributive del potere di conoscere»⁴³.

3. I fondamenti costituzionali dei divieti di prova

⁴⁰ G. DE LUCA, *Logica e metodo*, cit., p. 37. Si confronti, sul punto, A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 73 ss.; ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 29 ss.; G. UBERTIS, *Riflessione sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705, secondo il quale «gli uomini si trovano nella condizione di dover guardare il medesimo fatto sfruttando quegli strumenti che vengono loro offerti dalle singole branche del sapere».

⁴¹ Ancora, G. DE LUCA, *Logica e metodo*, cit., p. 38.

⁴² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, III, 1991, c. 642.

⁴³ Così, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, loc. cit. Che questo sia, d'altronde, il rapporto che intercorre fra potere e limite rispetto all'operato degli organi giudiziari, è ben chiaro a F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Würzburg, 1976, p. 40 ss.

In assenza di precisi parametri che impongano al legislatore la tutela di determinati beni giuridici, il problema dell'esatto punto di equilibrio fra l'esigenza di repressione dei reati e gli interessi di carattere individuale messi a repentaglio dall'attività dei pubblici poteri viene interamente lasciata alle scelte legislative di politica criminale, che, a loro volta, risentono del contesto socio-culturale nelle quali vengono operate.

L'esigenza, sentita dal legislatore tedesco dei primi anni del novecento, di proteggere alcuni interessi giuridici dall'ingerenza degli organi processuali, ha trovato traduzione normativa in una disciplina probatoria assai variegata ed eterogenea che poneva, accanto ad interessi di indole collettiva, anche alcune esigenze di matrice individuale⁴⁴. Quest'ultima componente non va, invero, sopravvalutata, dal momento che nell'ordinamento tedesco ogni limitazione all'investigazione processuale, così anche la protezione della sfera privata degli individui, veniva ricondotta ad un interesse *lato sensu* pubblicistico⁴⁵. L'interesse dei privati, pertanto, lungi dal costituire una sfera di tutela autonoma, rappresentava nulla più che il segmento di una più ampia e complessa attività di distribuzione legislativa di poteri e limiti, di natura pubblica, posti in capo agli organi del processo.

⁴⁴ Valorizza tale aspetto K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 18.

⁴⁵ Sullo sviluppo dei diritti della persona nella Germania pre e post-bellica, risultano fondamentali le riflessioni di F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 7.

Se il retroterra culturale di un certo Stato determina inevitabilmente una corrispondente concezione del processo, si può dire che l'intera evoluzione delle teorie sui divieti probatori abbia risentito in maniera decisiva degli sviluppi dell'idea di "persona"; una grande opera di concettualizzazione che ha interessato gli ordinamenti giuridici più disparati lungo l'intero arco del secolo scorso, e germogliata, in particolare, nel contesto di più generali opere di «costituzionalizzazione»⁴⁶ dei diritti fondamentali.

Prima ancora che una rinnovata sensibilità verso la comparazione si riaffacciasse nella metodologia giuridica moderna⁴⁷, proprio lo sviluppo del concetto di persona rappresenta il *file rouge* che lega esperienze giuridiche fra loro assai diverse. Le *exclusionary rules* dell'ordinamento statunitense ed i *Beweisverbote* di quello tedesco conoscono, infatti, vicende del tutto analoghe in periodi simili. Nel primo – a parte un primo approccio al tema nella pronuncia *Boyd v. United States* del 1886⁴⁸ - risale al 1914 la sentenza con la quale, per la prima

⁴⁶ Terminologia ripresa essenzialmente da H.J. FRIENDLY, *The Bill of Rights as a code of criminal procedure*, in *Cal. Law. Rv.*, 1965, p. 929. Più di recente, si veda C. SLOBOGIN, *The word without a fourth amendment*, in *UCLA Law Review*, 1991-92. P.te I, p. 1 ss.

⁴⁷ Valorizza tale aspetto F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 47 ss. Ampiamente sul tema, già E. AMODIO, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1338 ss.

⁴⁸ Il riferimento è a *Boyd v. United States* 116 U.S. 616, 6 S. Ct. 524, 29 L. Ed. 746 (1886), su cui si veda Y. KAMISAR – W.R. LA FAVE – J.H. ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, 1994, West Publishing Co., p. 701 ss. Sulla pronuncia in questione si vedano anche L.P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nella esperienza angloamericana e germanica*, Pavia, 1966, p. 297 ss., nonché M. SCAPARONE, «Common law» e *processo penale*, Milano, 1974, p. 26 ss.

volta, la Corte Suprema introdusse un esplicito divieto di utilizzazione di prove ottenute in violazione del IV emendamento al *Bill of Rights*, che tutela i diritti della persona «*against unreasonable searches and seizures*»⁴⁹.

In Germania, invece, proprio le riflessioni di Beling pongono all'attenzione della scienza penalistica tedesca il tema in questione, che troverà, però, una compiuta sistematizzazione solo grazie all'ampio dibattito sorto in merito all'introduzione del § 136a StPO, che vieta espressamente l'utilizzo delle dichiarazioni ottenute mediante coercizione fisica o psichica, anche in presenza del consenso dell'indagato⁵⁰.

Ovviamente, le più autorevoli teorizzazioni dottrinali non potevano giovare degli approdi giuridico-culturali successivi, relativi ai diritti fondamentali della persona, che cominciarono ad affacciarsi in Germania solamente dal primo dopoguerra con la Costituzione di Weimar. Eppure, già nel 1902 si riusciva a cogliere come l'intero fulcro di ogni discussione intorno al concetto di divieto probatorio ruotasse intorno alla posizione riconosciuta all'individuo rispetto al potere statale⁵¹.

⁴⁹ Si tratta di *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914), su cui si veda MCCORMICK, *On Evidence*, West Publishing Co., 1984, p. 446. Sul punto, anche L.P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite*, cit., p. 298 e M. SCAPARONE, «Common law» e processo penale, cit., p. 27. Si veda, inoltre, il contributo di K. ROGALL, *Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts*, in J. WOLTER (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrecht*, cit., p. 123 ss.

⁵⁰ Si veda, in particolare, U. EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, cit., p. 121 ss.

⁵¹ Così H. OTTO, *Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren*, in *GA*, 1970, p. 290.

Questa posizione, che oggi si plasma nei principi dello Stato di diritto e, più in concreto, nei concetti di “dignità umana” e di “libero sviluppo della personalità”, valorizza al massimo grado l’idea che esistano delle aree protette dall’ingerenza statale dentro le quali l’accertamento mediante determinati meccanismi probatori risulta vietato⁵², e consacra il passaggio della figura dell’accusato da oggetto passivo a soggetto attivo del processo⁵³. La libertà di autodeterminazione è considerata intangibile e per nessun motivo può essere sottoposta a manipolazioni o a menomazioni; minacce, inganni, coercizioni intese ad ottenere informazioni dall’indagato sono, conseguentemente, proibite.

La dottrina tedesca, in particolare, trae da un simile, progressivo, riassetto di valori la convinzione che i divieti probatori si siano affrancati dallo schermo esclusivo dell’area pubblica, e siano formati da una componente collettiva ed una individuale⁵⁴. Per un verso, infatti, servono alla garanzia dei diritti fondamentali⁵⁵, in quanto tutelano l’accusato dall’utilizzazione *contra se* delle prove illegalmente o illegittimamente ottenute⁵⁶; per altro verso, hanno la fondamentale funzione di preservare

⁵² K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, cit., p. 1.

⁵³ B. KELKER, *Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, in *ZStW*, 2006, p. 398 ss., part. 420; U. MURMANN, *Über den Zweck des Strafprozesses*, in *GA*, 2004, 65; Y. CHAO, *Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht*, Berlin, 2009, p. 54; E. SCHMIDT – K. SCHNEIDER, *Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis*, in *SJZ*, 1949, p. 450.

⁵⁴ Così, K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 18.

⁵⁵ Limpidamente, in tal senso, K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 16 ss.

⁵⁶ Le prove a discolta, al contrario, devono sempre rimanere utilizzabili. In tal senso, risultano fondamentali i riferimenti a C. ROXIN – G. SCHAEFER – G. WIEDMAIER, *Die Mühlenteichtheorie. Überlegungen zur Ambivalenz von*

l'integrità costituzionale, particolarmente attraverso l'attuazione del *fair trial*⁵⁷.

La difficile relazione fra l'interesse ad un'amministrazione della giustizia funzionale ed efficace – da compiersi attraverso la repressione dei reati – e la garanzia dei diritti fondamentali dell'imputato apre la strada ad una complessa opera di ponderazione che raramente riesce a soddisfare entrambi i poli del bilanciamento. Una relazione ben descritta dalla dottrina d'oltralpe attraverso l'antitesi fra la giustizia materiale, orientata alla realizzazione della pretesa penale, e la garanzia del giusto processo, incentrata, invece, sul rispetto dei diritti dell'imputato. Tradotto nel lessico delle moderne teorie “funzionalistiche” della pena⁵⁸, può parlarsi di una «doppia funzione stabilizzatrice della norma» (*doppelten*

Verwertungsverboten, in *SV*, 2006, p. 655; C. ROXIN, *Zum Beweisverwertungsverbot bei bewussten Missachtung des Richtervorbehaltes nach § 105 I 1 StPO*, in *NStZ*, 2007, p. 616; C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 2009; M. JAHN, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008. Bd. I. Gutachten*, Teil C, Erfurt, 2008, p. 112 ss.; M. LÖFFELMANN, *Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren*, Berlin, 2008; C. JAEGER, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote als processuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat*, in *GA*, 2008, p. 498 ss. Critico, in proposito, C. PITSCH, *Strafprozessuale Beweisverbote*, Hamburg, 2009.

⁵⁷ Si vedano, in questo senso, W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., p. 454; T. FINGER, *Processuale Beweisverbote. Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen*, in *JA*, 2006, p. 529 ss.

⁵⁸ In particolare, K. AMELUNG, *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverboten*, in B. SCHÜNEMANN – W. BOTTKE – H. ACHENBACH – B. HAFFKE – H.J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin u.a., 2001, p. 1259 ss.; C. JAEGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, 2003, p. 128.

Normstabilisierungsfunktion)⁵⁹: lo Stato deve stabilizzare non solo le norme giuridiche penali mediante una persecuzione penale effettiva, ma anche, sul medesimo piano, i diritti fondamentali degli imputati attraverso il riconoscimento e, soprattutto, l'applicazione di proibizioni di utilizzazione della prova in caso di violazioni dei diritti dell'individuo⁶⁰.

Nel sistema tedesco, pertanto, le garanzie processuali – che si contrappongono all'esigenza di un'efficace opera di persecuzione dei reati – vengono concepite come espressione di un diritto individuale essenzialmente esterno al processo, riconducibile all'ampia nozione dignità umana⁶¹.

Sul tema dei divieti probatori emerge, pertanto, una considerevole differenza fra il sistema tedesco e quello italiano; se, per quest'ultimo, le ragioni dei divieti sono tendenzialmente riportate nell'alveo del diritto di difesa, consacrato nell'art. 24 comma 2 Cost., per il primo, invece, le ragioni del divieto vengono ricondotte essenzialmente alla tutela della dignità umana, sanita dall'art. 1 comma 2 e 2 comma 2 GG⁶². Il rispetto

⁵⁹ Si veda K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 19.

⁶⁰ K. ROGALL, "*Abwägungen*" im Recht der Beweisverbote, in E. EBERT – C. ROXIN – P. RIEB – E. WAHLE (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 300 ss. Critico, K. AMELUNG, *Zum Streit*, cit., p. 1273 ss. Sulla dottrina di prevenzione generale, già F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, 1977, p. 59 ss.; B. MÜSSIG, *Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren*, in GA, 1999, p. 130 ss.; F. ARLOTH, *Dogmatik in der Sackgasse*, cit., p. 258 ss.

⁶¹ Si veda, in proposito, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, p. 51 e ss.

⁶² R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, loc. cit.

di questo principio e dei suoi corollari rappresenta condizione essenziale perché si possa ammettere una prova nel processo.

Secondo la dottrina che ha dedicato le proprie riflessioni alla comparazione fra i due sistemi⁶³, il criterio finalistico basato sul rispetto della dignità umana prende in Germania il posto di quello che in Italia è l'orientamento teleologico usato dalla Corte costituzionale in tema di diritto di difesa. Questa diversa impostazione consente al legislatore tedesco di differenziare secondo i casi e secondo gli interessi in gioco il regime di utilizzabilità probatoria. Se è vero che la sfera intima della persona è intangibile e non tollera compressioni di sorta, è anche vero, però, che le espressioni della *Menschenwürde* estranee al nucleo più interno di questa sfera possono venire sacrificate in virtù, ad esempio, della gravità del reato da perseguire.

La necessità di stabilire un esatto punto di equilibrio fra i diversi interessi in gioco spiega, pertanto, il grande rilievo che il principio di proporzionalità assume nella normativa e nella letteratura tedesca, anche in materia di prove. Il «*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*» - concetto di derivazione giurisprudenziale - è criterio di razionalità pratica al quale frequentemente si ricorre per valutare la legittimità di norme che limitano l'esercizio di diritti fondamentali dell'individuo. Secondo tale principio, la norma ordinaria può dirsi "proporzionata" quando: introduca l'uso di un mezzo effettivamente idoneo a perseguire il fine dichiarato («*Geeignetheit*»); scelga il più mite fra i possibili mezzi idonei, cosicché

⁶³ Ci si riferisce, ancora una volta, a R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, loc. cit.

il sacrificio imposto all'individuo appaia un male necessario per il raggiungimento dello scopo («*Erforderlichkeit*»); il costo del mezzo sia commisurato al bene perseguito, di modo che la compressione dei diritti fondamentali, inevitabilmente ricollegata alla misura coercitiva, sia orientata a salvaguardare quegli stessi diritti in relazione alla genericità dei consociati («*Proportionalität*»)⁶⁴. Dalla Carta fondamentale tedesca si possono ricavare, pertanto, altrettante gerarchie di interessi individuali o sociali, alla stregua dei quali la accennata esigenza di proporzionalità acquista una fisionomia più concreta e definita.

In Italia bisognerà attendere gli interventi della Corte costituzionale degli anni settanta in materia di intercettazioni telefoniche per vedere affrontato il problema dell'utilizzo di prove assunte in violazione di norme costituzionali. La Corte riconosce, in una celebre pronuncia⁶⁵, che nell'art. 15 Cost. «trovano protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà e segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale»⁶⁶.

Secondo schemi propri delle argomentazioni della Suprema Corte degli Stati Uniti e del *Bundesverfassungsgericht*, anche la Corte

⁶⁴ Sul principio di cui si discute, si veda, per tutti, W. DEGENER, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlin, 1985, *passim*.

⁶⁵ Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 326.

⁶⁶ Così, Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, *loc. cit.*

costituzionale italiana enuncia, pertanto, la necessità di un temperamento fra diversi interessi contrapposti, ugualmente meritevoli di tutela: i diritti della persona, da un lato, e l'interesse alla persecuzione penale, dall'altro ⁶⁷. Pur ritenendo la disciplina, allora vigente, delle intercettazioni di per sé non in contrasto con l'art. 15 Cost., la nostra Corte individuava nella norma costituzionale un preciso limite all'uso processuale di prove ottenute in violazione delle garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali. Qualora intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente, senza previa e motivata autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, possano valere a carico dell'interessato, come indizi o come prove, il principio sancito dall'art. 15 Cost. «sarebbe gravemente compromesso» e «un diritto riconosciuto e garantito come inviolabile dalla Costituzione sarebbe esposto a gravissima menomazione»⁶⁸.

In questa prospettiva, i sistemi angloamericano, tedesco ed italiano sembrano ragionare, in definitiva, in modo analogo, rinvenendo nel dettato costituzionale la fonte di determinati divieti di prova. Le cose cambiano radicalmente, però, allorquando si tratti di trasporre simili conclusioni sul piano delle conseguenze pratiche.

Sia nell'ordinamento nordamericano sia in quello tedesco la norma costituzionale funziona da fonte diretta e cogente del divieto probatorio,

⁶⁷ Per opportuni approfondimenti, si rimanda a F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità*, cit., p. 57.

⁶⁸ Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, cit., p. 337. In tal modo la Corte ricava dall'art. 15 Cost. un vero e proprio divieto all'impiego processuale delle prove ottenute in spregio del precetto risultante dal comma 2 del medesimo testo. In tal senso, per tutti, V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 338.

vincolando il giudice al riconoscimento della sua sussistenza. Negli Usa, in particolare, le disposizioni del *Bill of Rights* sono formulate proprio allo scopo di assicurare i diritti fondamentali del singolo nei confronti del potere giudiziario; è la giurisprudenza della Corte Suprema a fissare direttamente le regole in tema di prova, tenendo anche conto delle diverse esigenze di politica criminale di un determinato momento storico⁶⁹.

Analogamente, in Germania l'assenza di una regola di trasformazione idonea a sancire un divieto d'uso a fronte di un errore in fase acquisitiva, apre la strada ad un approccio casistico della giurisprudenza di legittimità, che risolve il conflitto fra le diverse esigenze in campo ritenendo prevalente ora l'interesse alla repressione dei reati, ora quello alla tutela del nucleo fondamentale (il *Kernbereich*) dei diritti della persona⁷⁰.

In Italia, invece, l'idea che l'inosservanza di un divieto probatorio posto da una norma costituzionale possa tradursi in un divieto di utilizzazione ha sempre faticato – e fatica tutt'oggi – a farsi strada. L'ostacolo deriva dalla comune constatazione che le disposizioni della

⁶⁹ Il che appare evidente se solo si consideri come negli anni sessanta la Corte estese anche agli ordinamenti dei singoli Stati le regole di esclusione e fissò, a tutela dei diritti difensivi in ogni fase critica del procedimento, le garanzie icasticamente riassunte nei *Miranda Warnings* a tutela della libera determinazione della persona arrestata. Successivamente, invece, la Corte stessa mitigò sensibilmente l'operatività del divieto probatorio, operando un diverso bilanciamento fra gli interessi in gioco. Emblematico, al riguardo, fu il riconoscimento della legittimità di una prova, pur illegittimamente assunta dalla polizia giudiziaria, in caso di *goodfaith* degli operanti. Sull'evoluzione della giurisprudenza nordamericana si veda, per tutti, Y. KAMISAR – W.R. LA FAVE – J.H. ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, cit., p. 453 ss.

⁷⁰ Sul punto, si rimanda a K. ROGALL, *Questioni fondamentali*, cit., p. 1086.

Carta fondamentale fungano semplicemente da principi guida per il legislatore ordinario e siano, pertanto, sprovvisti di efficacia normativa diretta⁷¹. Tale principio, valorizzato soprattutto in dottrina, ha trovato riscontri nella stessa giurisprudenza costituzionale degli anni settanta. Ancora una volta, la Corte, dopo avere evidenziato che «il principio secondo il quale attività compiute in spregio dei diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁷², ha poi rimesso nelle mani del legislatore l'individuazione della concreta reazione endoprocessuale alla lesione dei principi costituzionali⁷³.

Di più, proprio la giurisprudenza costituzionale di quegli anni ha affermato che il *balancing test* o, per usare una terminologia tedesca, l'*Abwägung* tra diritti in contrasto non spetti esclusivamente al Giudice delle leggi e al legislatore ma anche, sebbene in via sussidiaria, al giudice ordinario. Nel contemperamento fra interessi diversi, questi deve operare con particolare cautela onde impedire, ad esempio, «che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni venga ad essere sproporzionalmente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali»⁷⁴. È l'organo giurisdizionale, infatti, che deve «accertare

⁷¹ Si veda, soprattutto, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 153 ss.

⁷² Ancora, Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, cit., p. 328.

⁷³ Com'è noto, il legislatore di quegli anni, rispondendo alla sollecitazione della Corte, ha sanzionato l'illegittima limitazione della libertà di comunicazione attraverso una nullità insanabile.

⁷⁴ Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, cit., p. 329.

se ricorrano effettive esigenze, proprie dell'amministrazione della giustizia, che realmente legittimino simile forma di indagine e se sussistano fondati motivi che mediante la stessa possano essere acquisiti risultati positivi per le indagini in corso»⁷⁵.

4. La funzione disciplinare dei divieti di prova

La tutela costituzionale dei diritti fondamentali della persona consente di individuare una sfera di protezione di determinati beni giuridici che lo Stato, nell'opera di repressione criminale, non può violare. L'attività legislativa nella previsione dei divieti probatori è, pertanto, sottoposta a vincoli.

Eppure, a fronte di una costellazione di principi fondamentali di cui si impone la salvaguardia, residuano inevitabili spazi di discrezionalità dell'attività del legislatore nello stabilire quale grado di tutela concedere ad un singolo interesse rispetto agli altri; una tendenza favorita dall'assenza di una rigida gerarchia fra valori costituzionali diversi. Il che, apre a fenomeni di ponderazione fra beni giuridici di natura eterogenea, il cui esatto punto di equilibrio viene lasciato a scelte di politica criminale.

Non si può trattare la tematica dei divieti di prova, pertanto, senza un attento esame degli scopi che un singolo ordinamento assegna loro e

⁷⁵ Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, cit., p. 330.

che consente di rispondere alle fondamentali questioni avanzate dalla dottrina nordamericana⁷⁶ riguardo alla *ratio* delle regole di esclusione: «una prova è una prova, seppure illegittimamente ottenuta; perché non usarla?».

La risposta dipende, in buona misura, dalla funzione che si intende assegnare alle norme processuali in genere e, in particolare, a quelle sulla prova. Stabilire gli scopi dei divieti probatori è un'operazione concettuale che riveste, pertanto, un'importanza decisiva sia per il sistema tedesco sia per quello italiano.

In Germania la concreta applicazione di un divieto di utilizzazione non consegue automaticamente alla lesione di un divieto di ammissione della prova, a causa della mancanza di una norma generale, simile all'art. 191 c.p.p., che fissi una volta per tutte il trattamento sanzionatorio della violazione. L'operatività della sanzione del “non uso” è, pertanto, subordinata ad una particolare ponderazione di esigenze rinvenibili nel caso concreto riconducibili a *rationes* eterogenee. Questo approccio, di stampo casistico, utilizzato dalla giurisprudenza tedesca sottolinea l'importanza di un'analisi della funzione dei divieti probatori, utile alla corretta individuazione dei percorsi logico-argomentativi impiegati dal giudice nel caso concreto. Non è un caso, infatti, che proprio la dottrina tedesca abbia fornito a questa tematica un contributo decisivo.

Il problema dell'affermazione o della negazione dell'esistenza di un divieto probatorio, a fronte della lesione concreta di una norma del

⁷⁶ E. CORWIN, *The Constitution and what it means today*, Princeton (New Jersey), 1978, p. 361.

procedimento relativa alla prova, della sua vigenza nelle singole fasi del procedimento – in una parola, della sua calibrazione – dipende sostanzialmente dal fine teorico che l'interprete gli assegna⁷⁷. Al contrario, l'assenza di un approccio concettuale al tema, rischia di lasciare completamente nelle mani dell'interprete la determinazione dell'esistenza e dello scopo di un divieto probatorio in ogni caso particolare⁷⁸.

Non che l'individuazione degli scopi dei divieti di prova possa prescindere dagli ancoraggi normativi⁷⁹, che, anzi, rappresentano un punto di partenza obbligato dell'operazione ermeneutica. È interessante notare, tuttavia, come la StPO preveda poche norme specifiche in materia. Solo il citato § 136a, in effetti, contiene una regola espressa che vieta l'utilizzo di certe prove; mentre, per rintracciare altri divieti, più o meno espressi, occorre allargare la prospettiva al § 393 II AO, che proibisce, nel procedimento penale, l'utilizzo contro il contribuente delle informazioni ottenute durante il procedimento tributario, oppure al § 51 BZRG che vieta l'utilizzo contro l'imputato, in un nuovo procedimento, dei precedenti penali già soppressi dall'apposito registro⁸⁰.

⁷⁷ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 11; T. DALAKOURAS, *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre*, Berlin, 1988, p. 112. Di contrario avviso, G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, 1994, p. 17, che ritiene infruttuoso qualsivoglia approccio dogmatico al tema.

⁷⁸ K. ROGALL, *Grundsatzfragen*, cit., p. 12.

⁷⁹ Ne è ben consapevole F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre den Beweisverboten*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977, p. 33.

⁸⁰ È un divieto in senso stretto, come sostiene C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1998, p. 181, ovvero si tratta della "finzione di un fatto" – precisamente la finzione che non esistano condanne anteriori -, come, invece, ritiene F. DENCKER,

Proprio la scarsità di sicuri riferimenti normativi ha da sempre comportato, in quel sistema processuale, un approccio casistico alla tematica dei divieti di prova che, in buona misura, ha potuto giovare dell'importante contributo teorico maturato nell'esperienza giuridica statunitense sul tema della sorte processuale delle prove illegittimamente raccolte dalla polizia giudiziaria nelle primissime battute del procedimento. Non è un caso, pertanto, che anche in Germania la discussione sul tema dei divieti di prova abbia mosso i primi passi dalla questione del fine disciplinare delle regole di esclusione della prova dinanzi alla lesione dei diritti fondamentali della persona.

La difficoltà di trasporre automaticamente le riflessioni del sistema nordamericano a quello tedesco, però, derivano dalla circostanza che un terreno comune fra i due ordinamenti può essere tracciato solo in tema di divieti di utilizzazione derivanti in via autonoma dalla violazione dei principi costituzionali, mentre risulta assai più complesso sul piano dei divieti dipendenti dalla violazione di un diretto divieto di acquisizione della prova. È forse per questo motivo, allora, se le teorie intese ad individuare la funzione primaria dei divieti probatori in ragioni *lato sensu* disciplinari, non ha incontrato molti adepti nella letteratura giuridica tedesca, nemmeno nella prospettiva della prova illecita.

Verwertungsverbote, cit., p. 34? Esistono, poi, nella StPO altre norme che escludono l'uso di informazioni pur regolarmente ottenute, come il § 98b III (comparazione di dati), il § 100d V (vigilanza segreta), il § 108 II (registrazioni), il § 110e (agente sotto copertura), che presentano, però, caratteristiche particolari di cui si dirà in seguito.

A fronte di quanti ritengono che i divieti di prova possano svolgere anche una simile funzione⁸¹, la dottrina tedesca è pressoché unanime nel disconoscerne l'operatività. Per un verso, si rifiuta l'esistenza di una relazione interna tra l'illecito commesso dagli organi di polizia giudiziaria nell'atto di ottenere un elemento di prova e l'inosservanza della legge processuale che consenta di sostenere che uno è "compensato" dall'altro⁸²; per altro verso si sostiene che una simile impostazione non consentirebbe la limitazione dei divieti di utilizzazione in quanto, se si intende preservare il fine preventivo, l'intera lesione di una norma probatoria dovrà condurre alla inutilizzabilità della prova raccolta⁸³. Contro la sua applicabilità nel diritto tedesco si opporrebbe, a sua volta, l'inesistenza di una norma espressa nell'ordinamento giuridico che sostenga detto fine⁸⁴.

Una parte minoritaria della dottrina aggiunge un argomento di peso per respingere la plausibilità di questa impostazione⁸⁵. Poiché nel diritto tedesco i divieti probatori valgono per tutti gli organi della giustizia penale in ogni fase del procedimento, la tesi in parola condurrebbe al paradosso della perfetta immedesimazione fra il soggetto colpevole della

⁸¹ K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 20; G. GRÜNWARD, *Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren*, in *JZ*, 1966, p. 489 ss.

⁸² H. KORIATH, *Über Beweisverbote im Strafprozeß*, Frankfurt a.M., 1994; H. PETRY, *Beweisverbote im Strafprozeß*, Darmstadt, 1971, p. 119; K. ROGALL, *Grundsatzfragen*, cit., p. 15.

⁸³ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, Berlin, 1990, p. 18; F. DENCKER, *Verwertungsverbote*, cit., p. 54; T. DALAKOURAS, *Beweisverbote*, cit., p. 114.

⁸⁴ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, cit., p. 19.

⁸⁵ In particolare, F. DENCKER, *Verwertungsverbote*, cit., p. 53.

violazione della norma e quello incaricato di applicare la sanzione corrispondente. Si denuncia, pertanto, il rischio della riunione in capo al medesimo soggetto, o organo, dello *status* di autore e vittima della violazione⁸⁶.

Tuttavia, è opportuno segnalare che la dottrina citata prende le mosse da una diversa impostazione concettuale che tende ad inquadrare i divieti probatori nell'ambito della funzione general-preventiva della pena; al pari di quest'ultima, infatti, anche il processo partecipa dello stesso fine preventivo-generale, consistente nel rafforzamento della coscienza generale che reagisce con la pena dinanzi ad un fatto punibile. Per altro verso, anche la dichiarazione di colpevolezza (*Schuldspruch*) riveste un'importante finalità preventiva⁸⁷: l'autorità della sentenza e, pertanto, il suo effetto preventivo-generale deriva in buona misura dalla credibilità del tribunale, misurata attraverso il parametro dei comportamenti degli organi pubblici che lo rappresentano. Il ricorso ad una prova illecitamente ottenuta metterebbe in discussione l'autorità morale degli organi procedenti.

La funzione preminente dei divieti probatori – considerati come norme di autodepurazione della giustizia – è, pertanto, quella di mantenere intatta la fiducia dei cittadini nei confronti del sistema giudiziario, impedendo che prove illegittimamente acquisite vengano poste a fondamento di una sentenza⁸⁸.

⁸⁶ In questi termini, F. DENCKER, *Verwertungsverbote*, cit., p. 54.

⁸⁷ F. DENCKER, *Verwertungsverbote*, cit., p. 61 ss.

⁸⁸ F. DENCKER, *Verwertungsverbote*, cit., p. 65.

Un'altra parte della dottrina⁸⁹, invece, segnala, in primo luogo, come un procedimento formalmente “corretto”, ma che addiuviene ad una decisione sostanzialmente ingiusta, danneggia maggiormente la fiducia nella giustizia rispetto alla lesione di una «quasi sconosciuta norma processuale»⁹⁰. In secondo luogo, la tesi della funzione preventiva dei divieti di prova ammetterebbe logicamente anche la soluzione inversa: l'assoluzione di un delinquente pericoloso a causa dell'applicazione di un divieto probatorio può parimenti condurre ad una perdita di credito rispetto al procedimento e alla validità delle norme infrante⁹¹.

Più, in generale, la tesi che intende fondare la teoria dei divieti probatori su una teoria relativa della pena, inevitabilmente si espone alle medesime critiche rivolte contro di essa, legate fundamentalmente alla mancata dimostrazione che la pena contribuisce al rafforzamento delle aspettative normative frustrate dal fatto punibile e al mantenimento della norma come modello orientativo dei comportamenti dei consociati⁹². A dire dei suoi detrattori, chi si muove nella prospettiva indicata trasferisce

⁸⁹ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 14 ss.

⁹⁰ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 15.

⁹¹ Ancora, in tal senso, K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, loc. cit., il quale ammette che la tesi propugnata da Dencker possa essere condivisibile, al più, allorché si tratti di violazioni processuali eclatanti, come l'uso della tortura, ma che al di fuori di casi di tale portata non possa condividersi; nonché, H. FRISTER, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtstrafe und Unschuldsvormutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin, 1988, p. 21.

⁹² Si veda, per tutti, G. JACOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 10 ss. Sono, d'altronde, le critiche che la dottrina tedesca muove alle teorie preventivo-generalis della pena. Si veda, in particolare, W. HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in W. HASSEMER – K. LÜDERSSEN – W. NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, p. 43.

alla sua teoria dei divieti probatori gli stessi inconvenienti della tesi preventivo-generale della pena.

Pur accettando che il procedimento abbia in sé effetti preventivo-generalisti e che, pertanto, la violazione delle regole del procedimento da parte dello Stato incida in modo inaccettabile sulla fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario, v'è una serie di ipotesi nelle quali simili argomentazioni risultano difficilmente sostenibili. Da un procedimento penale instaurato nei confronti di persona non imputabile, in cui la pena è sterilizzata dalla mancanza di colpevolezza del reo, non potrebbero, giocoforza, derivare effetti preventivo-generalisti di alcun tipo.

Eppure, per quanto sottoposta a vivaci critiche, la tesi del fine preventivo dei divieti probatori mette in risalto un aspetto fondamentale di questo tema che non può essere del tutto trascurato: ossia, la contraddizione etica necessariamente sottesa alla violazione delle regole del procedimento da parte dell'incaricato di applicare il diritto statale nella repressione penale⁹³. In quest'ottica, «i divieti di prova manifestano una certa funzione di controllo disciplinare dell'autorità di persecuzione penale – nel senso di prevenzione generale negativa – che alcuni potranno anche deplorare, ma che per nessun motivo si può negare»⁹⁴. Si

⁹³ Fondamentale, in questo senso, E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtverfassungsgesetz*, vol. II, Göttingen, 1964, p. 358; ID., *Gustav Radbruch als Kriminalist*, in *ZStW*, 1951, p. 160.

⁹⁴ Così K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 20. Sulla stessa linea di pensiero, F. ARLOTH, *Dogmatik in der Sackgasse*, cit., p. 259; C. PRITTWITZ, *Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmemgem. § 81 a Abs. 2 StPO*, in *StV*, 2008, p. 494; M. JAHN, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote*, loc. cit. Fra le posizioni critiche

tratta di un aspetto del tutto indipendente dalla concezione di pena dal quale si intenda prendere le mosse; che si parta da una teoria assoluta della pena, o dalla prevenzione speciale, o dall'idea welzeliana del rafforzamento dei valori etico-sociali dell'azione come missione del diritto penale⁹⁵, si può giungere comunque alla stessa contraddizione etica segnalata. L'idea che gli organi attraverso i quali si manifesta l'azione repressiva dello Stato siano tenuti al rispetto di determinate regole del procedimento risulta, d'altronde, consustanziale ai principi dello Stato di diritto. È l'idea stessa di Stato di diritto, infatti, ad imporre lo sviluppo di teorie che analizzino le condizioni attraverso le quali risulta possibile e legittimo ricostruire un evento storico ai fini dell'applicazione di una sanzione penale ovvero di una misura di sicurezza⁹⁶. In questo senso, la tesi della funzione preventiva dei divieti probatori colloca certamente la qualità del procedimento ed, in particolare, l'affezione alle forme giuridiche e ai principi fondamentali del processo penale al centro della discussione.

Risulta discutibile, pertanto, che la contraddizione etica rappresentata dalla violazione delle regole del procedimento da parte dei

verso la possibilità che i divieti di prova svolgano una funzione prettamente disciplinare, si vedano quelle di H. OTTO, *Grenzen und Tragweite der Beweisverbote*, cit., p. 292 ss.; K. AMELUNG, *Zum Streit*, cit., p. 1263; U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, Berlin, 2006, pag. 83 ss.; F.P. SCHUSTER, *Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess*, 2006, 70 ss. Più convincente, secondo Ambos, la critica di C. JAEGER, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 70.

⁹⁵ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 2 ss.

⁹⁶ H. OTTO, *Grenzen und Tragweite*, cit., p. 289 ss.; S. SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlagung im Strafprozeß*, Berlin, 1992, p. 31.

soggetti incaricati di rispettarle si manifesti solo nei casi, ben più gravi, in cui gli organi dello Stato violino il “minimo etico” dello Stato nella repressione penale, che una parte della dottrina individua solamente nel rispetto della dignità umana e nell’astensione dal commettere illeciti penali⁹⁷. Né può seriamente ammettersi che il minimo etico richiesto allo Stato possa essere identico a quello richiesto al semplice cittadino che viola la norma penale, non risultando, quest’ultimo, depositario di nulla di simile rispetto al potere di persecuzione penale statale. Dal cittadino ci si attende che le sue azioni rimangano nell’ambito delle libertà altrui, ossia nel rispetto delle norme penali previste dall’ordinamento, la violazione delle quali comporta la reazione dello Stato per violazione del “minimo etico”, se lo si intende come l’insieme dei requisiti minimi per la convivenza sociale. Dallo Stato, invece, deve pretendersi molto più; il suo minimo etico deve, proprio per il suo carattere di portatore esclusivo del potere penale, essere posto molto più in alto.

Lo Stato moderno si trova obbligato a rispettare le regole istituite per limitare la sua attività repressiva. I limiti stabiliti per l’accertamento della verità nel processo nelle norme sulla prova rappresentano, propriamente, delle barriere al potere assoluto dello Stato e costituiscono, pertanto, autolimitazioni vincolanti⁹⁸. Questo aspetto risulta ancora più evidente se si osserva che ogni norma in tema di prova è idonea ad incidere significativamente sui diritti fondamentali del cittadino. Allorché lo Stato leda, durante la sua attività processuale, la dignità umana o

⁹⁷ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, cit., p. 23.

⁹⁸ G. FEZER, *Grundfragen*, cit., p. 22 ss.

commetta dei reati, trasgredisce, pertanto, molto di più del “minimo etico” richiesto: realizza, in verità, azioni che lo allontanano dal concetto di Stato di diritto, collocandolo nell’ambito dello Stato autoritario che, in quanto detentore del potere sovrano, non necessita, per definizione, del processo per attuare la sua pretesa punitiva⁹⁹.

Questo spostamento di asse non può venire compensato da un mero risarcimento del danno causato durante l’esercizio dell’attività statale irregolare¹⁰⁰, né dalla punizione dei soggetti coinvolti, sul presupposto che solo l’assenza di sanzioni rischia di delegittimare gli organi giudiziari dinanzi alla totalità dei consociati¹⁰¹; per sanzionare adeguatamente simili comportamenti è necessario che allo Stato sia impedito l’utilizzo processuale delle prove ottenute mediante atti illeciti o illegittimi¹⁰².

⁹⁹ Significative, al riguardo, le pagine di J. GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso*, vol. II. *Problemas juridico y politico del proceso penal*, Buenos Aires, 1961, e di E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung*, cit., 1964, p. 45 ss., secondo il quale è proprio la “massima deformalizzazione” dell’agire a rappresentare il principale discrimine fra uno Stato di Diritto ed uno Stato autoritario.

¹⁰⁰ Come ritiene K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, cit., p. 26.

¹⁰¹ In questo senso, si veda K. ROGALL, *Questioni fondamentali*, cit., p. 1080.

¹⁰² Fondamentale, in tal senso, F. DENCKER, *Verwertungsverbote*, cit., p. 65.

Capitolo II

I DIVIETI PROBATORI NEL SISTEMA TEDESCO

SOMMARIO: 1. Questioni classificatorie. La fondamentale distinzione fra *Beweiserhebungsverbote* e *Beweisverwertungsverbote*. – 2. I divieti di prova come strumenti di tutela di interessi individuali. – 3. Gli sviluppi delle teorie basate sulla protezione degli interessi individuali. – 4. Il requisito della concreta offensività della violazione nell'ottica delle teorie dei divieti probatori.

1. Questioni classificatorie. La fondamentale distinzione fra Beweiserhebungsverbote e Beweisverwertungsverbote

All'interno del concetto di *Beweisverbote*, la dottrina tedesca dominante distingue fra divieti di acquisizione (*Beweiserhebungsverbote*)

e divieti di utilizzazione (*Beweisverwertungsverbote*) della prova¹⁰³: i primi regolano i presupposti di ammissibilità della prova, i secondi l'utilizzo della stessa nel procedimento.

¹⁰³ Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano M. ALSBERG, *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 6 Aufl., Köln, 2013; K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, Berlin, 2010; K. AMELUNG, *Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren*, in *NJW*, 1991, p. 2533; ID., *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, Berlin, 1990; ID., *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. SCHULTZ – T. VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, Baden-Baden, 1997, p. 505; ID., *Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote*, Berlin, 2011; ID., *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre den Beweisverwertungsverboten*, in B. SCHÜNEMANN – W. BOTTKE – H. ACHENBACH – B. HAFFKE – H.J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, p. 1259; F. ARLOTH, *Dogmatik in der Sackgasse. Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote*, in *GA*, 2006, p. 258; T. BRANDIS, *Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?*, Frankfurt a.M., 2001; Y. CHAO, *Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht*, Berlin, 2009; T. DALAKOURAS, *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre*, Berlin, 1988; F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, 1977; T. DINGELDEY, *Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei ausserstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten*, in *NStZ*, 1984, p. 529; U. EISENBERG, *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, München, 2015; G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, 1995; ID., *Strafprozessrecht*, München, 1995; K.H. GÖSSEL, *Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland*, in *GA*, 1991, p. 482; ID., *Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Beweisverwertungsverboten als neuer Ausgangspunkt einer Lehre von den Beweisverboten im Strafprozeß*, in U. ERBERT – P. RIEß (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 277; ID., *Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren*, in *NJW*, 1989, p. 649; ID., *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1977; ID., *Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*, in *NJW*, 1981, p. 2217; ID., *Beweisverbote im Strafverfahren*, in A. Kaufmann (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München, 1979, p. 809; S. GÖTTING, *Beweisverwertungsverbote in Fällen nicht geregelter Ermittlungstätigkeit*, Frankfurt a.M., 1999; G. GRÜNWARD, *Beweisverbote und Verwertungsverbote im*

Strafverfahren, in *JZ*, 1966, p. 489; ID., *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, Baden-Baden, 1993; J. HERMANN, *Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote*, in T. VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, p. 1291; C. JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, 2003; M. JAHN, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, Bd. I, Gutachten Teil C*, Erfurt, 2008, c. 11 ss.; M. JAHN, *Grundfragen und aktuelle Probleme der Beweisverwertung im Straf- und Steuerstrafverfahren*, in ID. (Hrsg.), *Strafrechtpraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel*, Berlin, 2010, p. 259; H. KORATH, *Über Beweisverbote im Strafprozeß*, Frankfurt a. M., 1994; H. LESCH, *Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten*, in W. HASSEMER – E. KEMPF – S. MOCCIA (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 312; K. MAIBERG, *Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverboten*, Berlin, 2003; H. OTTO, *Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren*, in *GA*, 1970, p. 290; K. PETERS, *Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*, in *Verhandlungen des sechszwanzigsten deutschen Juristentages*, München und Berlin, 1966, p. 93; ID., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1985; H. PETRY, *Beweisverbote im Strafprozeß*, Darmstadt, 1971; C. PITSCH, *Strafprozessuale Beweisverbote. Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik*, Hamburg, 2009; K. ROGALL, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *JZ*, 2008, p. 818; ID., *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Europäisches Kolloquium, Wien, 18.-20. September 1997*, Freiburg im Breisgau, 1999, p. 119 e ss.; ID., *Beweisverbote im System des deutschen und amerikanischen Strafverfahrensrecht*, in J. WOLTER (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrecht*, Neuwied, 1995, p. 113; ID., *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß*, Berlin, 1977; ID., *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in *ZStW*, 1979, p. 1; ID., *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre der Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote*, in *NStZ*, 1988, p. 385; ID., *Zur Lehre von den Beweisverboten. Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand*, in E. SAMSON (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, p. 523; C. ROXIN – G. SCHÄFER – G. WIDMAIER, *Die Mühlenteichtheorie. Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten*, in *StV*, 2006, p. 656; C. ROXIN, *Nemo tenetur: die*

Fra i divieti di acquisizione si distingue fra divieti riguardanti il tema di prova (*Beweisthemenverbote*), divieti riguardanti il mezzo di prova (*Beweismittelverbote*) e divieti inerenti al metodo di formazione della prova (*Beweismethodenverbote*)¹⁰⁴. I divieti riguardanti il tema impediscono la prova di determinati fatti, come, ad esempio, i precedenti penali già eliminati dal registro, ai sensi del § 51 BZRG. I divieti riguardanti il mezzo di prova vietano di servirsi di determinati mezzi di prova, come le dichiarazioni di un testimone che, nei casi previsti, abbia esercitato il suo diritto di astenersi dal testimoniare. I divieti inerenti al metodo di prova proibiscono il ricorso a determinati metodi o tecniche al fine di ottenere elementi probatori, come, ad esempio, la gamma di comportamenti elencati nel § 136a StPO¹⁰⁵.

Rechtsprechung am Scheideweg, in *NStZ*, 1995, p. 425; ID., *Zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts nach § 105 StPO*, in *NStZ*, 2007, p. 616; H. RÜPING, *Beweisverbote als Schranken der Aufklärung im Steuerrecht*, Köln, 1981; ID., *Das Strafverfahren*, München, 1983; R. STÖRMER, *Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote. Eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluß der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts*, Marburg, 1992; F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Würzburg, 1976.

¹⁰⁴ La distinzione si deve a K. PETERS, *Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*, cit., p. 93 ss.

¹⁰⁵ Si può inoltre distinguere fra divieti assoluti e relativi. Mentre i primi hanno validità generale, quelli relativi limitano l'acquisizione della prova nel senso che solamente determinati soggetti hanno la facoltà di ordinare o realizzare un'acquisizione probatoria, stabilendosi conseguentemente un divieto per tutti gli altri soggetti del processo. Oltre a E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Darmstadt, 1903, p. 3, si vedano, al riguardo, K.H. GÖSSEL, *Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Beweisverwertungsverboten als neuer Ausgangspunkt einer Lehre von den Beweisverboten im Strafprozeß*, in U. ERBERT – P. RIEß (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 277; M. JAHN, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen*

Più specificamente, può parlarsi di *Beweiserhebungsverbote* quando la formazione o l'acquisizione della prova è processualmente inammissibile, vale a dire quando ci si deve astenere dall'acquisire la prova. Il che, in un sistema altamente deformalizzato come quello tedesco, pone, quindi, il problema di stabilire quando l'acquisizione del mezzo di prova sia processualmente inammissibile.

Al riguardo, vengono in considerazione tre ordini di situazioni. In primo luogo, vi sono casi in cui una specifica disposizione vieta espressamente di acquisire una prova, come, ad esempio, il § 252 StPO, a norma del quale la dichiarazione di un testimone interrogato nella fase preliminare al dibattimento non può essere letta; la dottrina tedesca suole definire la violazione di tale norma come inosservanza diretta del divieto¹⁰⁶. L'acquisizione della prova può, poi, avvenire in assenza dei presupposti legalmente prescritti, come nel caso in cui una determinata iniziativa probatoria sia assunta da un soggetto diverso da quello che la legge individua come legittimato ad attivarsi; nel qual caso ci si trova di fronte ad una violazione indiretta del divieto¹⁰⁷. Se, ad esempio, la legge riserva al personale medico il potere di effettuare interventi invasivi sulla persona, come prevede il § 81 StPO in tema di prelievi ematici, e

den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, cit., c. 27 ss., seppure con un approccio critico; G. STRATE, *Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote*, in *JZ*, 1989, p. 176 ss. Questa categoria si riferisce, ad esempio, a tutti i mezzi coercitivi che, in principio, possono essere disposti solamente dal giudice.

¹⁰⁶ K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 126.

¹⁰⁷ K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, loc. cit.

l'operazione è, invece, condotta da un'infermiera, si può dire che la prova sia stata formata *contra legem* e, pertanto, va considerata inammissibile. Da ultimo, l'acquisizione della prova può risultare non consentita perché manca qualsiasi base legale per la sua apprensione; una simile ipotesi viene inquadrata dalla dottrina come violazione del divieto per difetto di fondamento giuridico¹⁰⁸. Sebbene si sia soliti parlare di divieti di acquisizione probatoria con riferimento a tutte le ipotesi appena illustrate, un esplicito divieto è rintracciabile, a rigore, solamente nella prima delle tre. Ulteriori tipizzazioni o articolazioni dei divieti di acquisizione della prova vengono considerate sovrabbondanti¹⁰⁹.

I *Beweisverwertungsverbote* sono, invece, norme che vietano di porre a fondamento del successivo procedere un determinato risultato probatorio, provocando una sorta di «blocco dell'informazione» e funzionando da «regole di elaborazione intese a ridurre il patrimonio informativo del sistema, così da precludere l'uso di determinati *input* informativi»¹¹⁰. Da questa riduzione del patrimonio informativo può anche dipendere il venir meno dei presupposti legalmente prestabiliti per l'ulteriore svolgimento procedurale¹¹¹. Eppure, i divieti di utilizzazione

¹⁰⁸ Ancora, in tal senso, K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, loc. cit.

¹⁰⁹ Critici su questa distinzione, K.H. GÖSSEL, *Die Beweisverbote im Strafverfahren*, in A. KAUFMANN (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7 Dezember 1978*, München, 1979, p.; G. GRÜWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, Baden-Baden, 1993, p. 143.

¹¹⁰ K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 127.

¹¹¹ In tal senso, già E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, cit., p. 31 ss.

della prova vanno, altresì, distinti dalle condizioni di procedibilità: gli ostacoli derivanti dal mancato verificarsi di un presupposto processuale condizionano la stessa validità dell'intero procedimento penale, mentre un divieto di utilizzazione della prova non ha un effetto di così ampia portata.

Nell'ambito dei divieti di utilizzazione, si distingue a seconda che il divieto stesso tragga o meno origine dalla violazione di un divieto di acquisizione: nel primo caso si parla di divieti "non autonomi" o "dipendenti" (*unselbständige Beweisverwertungsverbote*); nel secondo caso, di divieti "autonomi" o "indipendenti" (*selbständige Beweisverwertungsverbote*), che non presuppongono l'inosservanza di un precedente divieto di acquisizione, ma si riferiscono ad attività probatorie designate come inutilizzabili dalla legge oppure considerate tali per aver violato uno dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione¹¹².

¹¹² Per questa fondamentale distinzione, si vedano, in particolare, K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, cit., 2010; K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, Berlin, 1990; ID., *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. SCHULTZ – T. VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, Baden-Baden, 1997, p. 505; ID., *Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote*, Berlin, 2011; ID., *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre den Beweisverwertungsverboten*, in *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, p. 1259; F. ARLOTH, *Dogmatik in der Sackgasse. Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote*, in GA, 2006, 258; T. BRANDIS, *Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?*, Frankfurt a.M., 200; F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, 1977; G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, 1995; K.H. GÖSSEL, *Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren*, in NJW, 1989, p. 649; C. JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München,

La sistemazione appena esposta, in particolare la divaricazione fra divieti di acquisizione e di utilizzazione, risulta fondamentale per comprendere la tematica dei divieti probatori nel sistema processuale tedesco, e conduce ad una conseguenza rilevante nell'economia del discorso.

Nel sistema tedesco, la violazione di un divieto di acquisizione non comporta automaticamente l'operatività di un divieto di utilizzazione, come – almeno in linea di principio – avviene nell'ordinamento italiano, dove la violazione di un divieto probatorio implica necessariamente la sanzione di inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Secondo la dottrina tedesca, più propriamente, si può parlare di un “principio di astrazione o separazione” (*Abstraktions- beziehungsweise Trennungsprinzip*) in virtù del quale si distingue nettamente il momento dell'acquisizione della prova da quello della sua utilizzazione, alla stessa stregua della distinzione civilistica fra obbligazione e adempimento¹¹³. Affinché un divieto di utilizzazione della prova possa, dunque, operare

2003; M. JAHN, *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, Bd. I, Gutachten Teil C*, Erfurt, 2008, c. 11 ss.; H. KORIATH, *Über Beweisverbote im Strafprozeß*, Frankfurt a. M., 1994; C. PITSCH, *Strafprozessuale Beweisverbote. Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik*, Hamburg, 2009; K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in *ZStW*, 1979, p. 1; ID., *Beweisverbote im System des deutschen und amerikanischen Strafverfahrensrecht*, in J. WOLTER (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrecht*, Neuwied, 1995, p. 113.

¹¹³ Così, C. JÄGER, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, cit., p. 137.

occorre una previsione legislativa¹¹⁴ – anche costituzionale – oppure una giustificazione concettuale fondata sulle teorie dei divieti di utilizzazione¹¹⁵. Si tratta di un’impostazione che risente inevitabilmente del contesto culturale e processuale tedesco, incentrato sul dogma della verità materiale e, di conseguenza, sul principio di istruzione. In un simile contesto, devono, evidentemente, esservi ragioni valide per indurre un sistema processuale a restringere la base informativa necessaria al proprio funzionamento. Se si parte dal presupposto che scopo del processo è la verità storica, occorre ammettere che il divieto di utilizzazione appare in aperto contrasto con la meta designata¹¹⁶.

2. I divieti probatori come strumenti di tutela di interessi individuali

La tesi attualmente dominante in Germania individua il fondamento dei divieti di acquisizione e dei divieti di utilizzazione nell’esigenza di tutela dei diritti individuali. In quest’ottica, i primi

¹¹⁴ Si versa, in questo caso, nelle ipotesi di divieto “scritto” di utilizzazione, sostanzialmente riconducibili alla tematica dell’interrogatorio, delle intercettazioni telefoniche, dei prelievi ematici, della riservatezza di determinate informazioni, dell’agente sotto copertura, delle incompatibilità a testimoniare, e di una serie di disposizioni contenute in leggi speciali.

¹¹⁵ In questo senso, chiaramente, K. AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 23. Si parla, in questo caso, di divieti “non scritti” di utilizzazione.

¹¹⁶ In questo senso, K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 128.

rappresentano strumenti di protezione dei diritti individuali e fondamentali (*Schutzinstrumente der Individual- und Grundrechte*)¹¹⁷. In questo caso si è di fronte ad un bilanciamento (*Abwägung*) realizzato a monte dal legislatore tra l'interesse collettivo ad un'amministrazione della giustizia penale effettiva, da un lato, e la protezione di fondamentali diritti individuali o collettivi degni di tutela, dall'altro¹¹⁸.

Da questa impostazione, che ricollega i divieti di acquisizione alla tutela di beni giuridici di rango costituzionale, deriva come logico corollario che non esiste un numero chiuso di divieti di acquisizione. Sarebbe un controsenso, infatti, che determinate esigenze di tutela – di per sé mutevoli, in ragione del continuo evolversi della società – fossero rigidamente imbrigliate all'interno di una “decisione” del legislatore comune. Dinanzi ad una lacunosa tutela normativa di un bene costituzionalmente protetto, il bilanciamento con l'interesse all'efficiente amministrazione della giustizia, operato mediante il principio di proporzionalità, si risolve in favore del bene costituzionalmente garantito, e l'acquisizione della prova deve essere considerata, di conseguenza, inammissibile.

Identico fondamento presentano, secondo la stessa opinione dottrinale, i divieti di utilizzazione. Muovendo dall'analisi dei divieti indipendenti - in particolare quelli contenuti nei §§ 81c III StPO, 393 II

¹¹⁷ Si veda, in questo senso, K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, cit., p. 9, nonché, ID., *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 119 ss.

¹¹⁸ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 10.

AO e 49 I BZRG - si afferma che anche i divieti di utilizzazione costituiscono strumenti di protezione di diritti individuali e collettivi¹¹⁹. I divieti dipendenti, in particolare, hanno una funzione simile: il loro fondamento risiede nella contraddizione evidente che scaturirebbe dal fatto che le limitazioni all'accertamento stabilite dal legislatore sulla base di esigenze di tutela di determinati beni o interessi non abbraccino anche l'utilizzo giudiziale delle prove raccolte in violazione del relativo divieto. Per questo motivo, anche i divieti di utilizzazione dipendenti costituiscono strumenti di protezione dell'individuo di fronte alla persecuzione penale dello Stato (*Schutzinstrumente des Einzelnen gegenüber der staatlichen Strafverfolgung*)¹²⁰.

Lo stesso orientamento dottrinale avverte, tuttavia, che non ogni lesione giuridica comporta automaticamente un corrispondente divieto di utilizzazione¹²¹. In questo modo, la determinazione dei divieti di utilizzazione si trasforma in un problema non risolvibile soltanto attraverso i principi proposti per il loro fondamento teorico, ma che deve rinvenire a soluzioni diverse per ogni gruppo di casi.

Così, la dottrina differenzia i criteri di soluzione a seconda che si tratti di “divieti di utilizzazione di diritto comune” (*einfachgesetzliche Verwertungsverbote*), “divieti costituzionali di utilizzazione” (*verfassungsrechtliche Verwertungsverbote*) e casi residuali. Simile divisione, in realtà, obbedisce più a ragioni metodologiche che a reali

¹¹⁹ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 17.

¹²⁰ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 20.

¹²¹ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 21.

esigenze distintive, dal momento che, in ogni caso, il criterio determinante per affermare l'esistenza di un divieto di utilizzazione è sempre il bilanciamento fra l'interesse statale e quello particolare: un divieto di utilizzazione di questo tipo potrà dirsi, quindi, operante ogniqualvolta la tutela del bene giuridico prevalga sull'interesse statale alla repressione criminale¹²².

La teoria appena descritta trasforma la questione dell'esistenza di un divieto di utilizzazione in un problema di valore (*Wertungsproblem*), che può venire risolto solamente caso per caso, prendendo in considerazione gli interessi in conflitto. Chi parte da una simile impostazione, pertanto, assume una posizione critica nei confronti di quanti ritengono che la violazione di un divieto di acquisizione, in quanto norma di protezione di diritti fondamentali, sia già di per sé idonea a fondare un corrispondente divieto di utilizzazione¹²³. La creazione di un simile automatismo rischierebbe, infatti, di compromettere seriamente il mandato dello Stato di diritto di mantenere un'amministrazione efficiente della giustizia penale¹²⁴.

Questa tesi è stata sottoposta a diverse critiche¹²⁵. Si riconosce, infatti, come corretta l'affermazione che la discussione intorno ai divieti di utilizzazione probatoria presenti una forte componente valoriale.

¹²² K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 22.

¹²³ Il riferimento, in particolare, è a F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozess*, cit., p. 55 ss.

¹²⁴ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 31.

¹²⁵ Si veda, in particolare, quella di G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 18 ss.

Risulta, in altri termini, un «trucco ingegnoso» il presentare come “valori in gioco” la capacità funzionale del sistema penale, da un lato, e la protezione dei diritti fondamentali, dall’altro¹²⁶. Si sottolinea, ne contempo, però, che una simile tensione costituisce, in realtà, una delle caratteristiche fondamentali del processo penale e che l’armonizzazione fra i valori in gioco rappresenta senz’altro la principale sfida dello Stato di diritto.

La definizione di tale contrasto viene, tuttavia, risolta, in primo luogo, dalla scelta del Costituente di fissare limiti al potere statale di persecuzione penale e, in secondo luogo, da quella del legislatore comune di regolare le facoltà di investigazione ed ingerenza statali. Il compito del giudice, in questo ambito, deve essere quello di analizzare dalla “torre di controllo” dei diritti fondamentali dello Stato di diritto se una determinata disposizione fornisce una regolazione ragionevole di quei limiti¹²⁷: cioè a dire, che la capacità funzionale della persecuzione penale è una questione già risolta a monte dal legislatore¹²⁸.

È, infatti, il legislatore – unico organo legittimato a farlo – a stabilire, ad esempio, che il rispetto della garanzia dell’inviolabilità del domicilio sia sottoposta alla ricorrenza di determinati presupposti sostanziali e formali quali condizioni di ammissibilità dell’ingerenza

¹²⁶ G. FEZER, *Grundfragen des Beweisverwertungsverbote*, loc. cit.

¹²⁷ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 19.

¹²⁸ Oltre a G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., *passim*, si veda anche S. SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlagung im Strafprozeß*, Berlino, 1992, la quale sostiene che il divieto di utilizzazione dipendente derivi per via automatica dalla violazione di una norma di acquisizione.

statale. Ragionando *a contrario* si deve sostenere, quindi, che solamente un accesso al domicilio rispettoso di queste regole può essere considerato ammissibile dal punto di vista processuale. E lo stesso può dirsi per quei casi in cui il legislatore direttamente non ha previsto l'ingerenza in nessuna norma ordinaria: l'assenza di una previsione espressa non può essere colmata ricorrendo ad altri settori dell'ordinamento giuridico¹²⁹ e, pertanto, si deve evitare l'ingerenza non autorizzata.

Rappresenta un elemento ineludibile di un ordinamento moderno, che la società debba convivere con uno Stato autolimitato nelle sue facoltà di investigazione e persecuzione penale¹³⁰; il che suppone, come è ovvio, un'importante diminuzione della capacità funzionale del sistema penale nel suo insieme. L'acquisizione processuale dell'informazione ottenuta mediante la violazione di una norma di ingerenza – o in assenza di una norma che quella ingerenza abbia autorizzato – mediante il ricorso al bilanciamento di valori deve essere considerata, pertanto, come un inaccettabile ampliamento giurisprudenziale delle prerogative dell'autorità giudiziaria¹³¹. Chi pretende di potenziare la capacità funzionale della persecuzione penale a detrimento degli interessi

¹²⁹ Secondo il principio che in Germania viene definito “*keine Eingriff ohne Gesetz*”, su cui, fra gli altri, K. AMELUNG, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffbefugnisse des Staates?*, in *NJW*, 1977, p. 833 ss. Nello stesso senso, per quanto attiene più propriamente all'ambito del diritto probatorio, si vedano H.J. RUDOLPHI, sub § 133, in H.J. RUDOLPHI – W. FRISCH – H.U. PAEFFGEN – K. ROGALL – E. SCHLÜHTER – J. WOLTER, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Neuwied, 1997, p. 12 ss.; F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 14.

¹³⁰ Ancora G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 20.

¹³¹ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 21.

individuali dei cittadini dovrà, non tanto, perseguire le limitazioni dei divieti di acquisizione, quanto, concentrare i propri sforzi nel convincere il legislatore ad aumentare le facoltà degli organi pubblici, oppure «abbandonare quelle vecchie limitazioni che l'illuminismo impose allo Stato per l'esercizio della sua pretesa punitiva»¹³².

I sostenitori della teoria del bilanciamento hanno tentato di prevenire critiche di questo tipo sostenendo che non è compito del giudice assumere una ponderazione costituzionalmente rilevante, ricorrendo all'argomento che, data l'impossibilità del legislatore di prevedere e regolare in forma esaustiva tutti i casi immaginabili di collisione fra interessi generali e particolari nell'ambito dei divieti di prova, lo sviluppo e la precisazione dei divieti di utilizzazione è attività necessariamente demandata – almeno entro una certa misura - alla giurisprudenza e alla dottrina¹³³.

In questa affermazione sono stati, però, riscontrati seri problemi concettuali¹³⁴. L'argomento, a detta dei detrattori¹³⁵, confonde la missione del legislatore con quella del giudice: il primo circoscrive i contorni delle facoltà concesse ai pubblici poteri, attraverso l'astratta ma puntuale regolamentazione dei presupposti e dei metodi dell'azione pubblica. Il secondo è incaricato, invece, di determinare se tale soluzione legislativa sia costituzionalmente corretta e di vigilare sulla sua concreta

¹³² Ancora, G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 23.

¹³³ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 32 ss.

¹³⁴ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p.24.

¹³⁵ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 25 e F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 15.

applicazione¹³⁶. Solo quando il legislatore lo autorizza, può il giudice – attraverso la ponderazione – favorire gli interessi della persecuzione penale¹³⁷.

Di fronte ad un contrasto, non previsto dal legislatore, fra un interesse generale ed uno particolare, la giurisprudenza può intervenire, quindi, solo quando il conflitto in questione implica la menomazione intollerabile di un interesse individuale costituzionalmente tutelato; cioè a dire, che il giudice può intervenire, al più, per limitare l'ingerenza penale, mai per ampliarla.

Dinanzi all'asserita necessità di ampliare o modificare le facoltà statali di ingerenza per ragioni politico-criminali o per evitare un eccessivo impoverimento dell'efficienza della macchina penale, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina potranno, semmai, esporre *de lege ferenda* le ragioni che potrebbero giustificare un simile ampliamento. In nessun caso, tuttavia, esse saranno autorizzate a stabilire autonomamente una modificazione o un ampliamento travestito da «sviluppo e precisazione dei divieti di utilizzazione probatoria»¹³⁸. Il contenuto democratico del principio di riserva di legge impone, infatti, che solo il legislatore possa legittimamente svolgere una simile funzione¹³⁹.

¹³⁶ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 26.

¹³⁷ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 34.

¹³⁸ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 27.

¹³⁹ H.J. RUDOLPHI, sub § 94, in H.J. RUDOLPHI – W. FRISCH – H.U. PAEFFGEN – K. ROGALL – E. SCHLÜHTER – J. WOLTER, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, cit., p. 15 ss.

Come correttamente segnala altra parte della dottrina¹⁴⁰, la teoria del bilanciamento finisce con il conferire una licenza al giudice di decidere facendo leva sulle proprie convinzioni personali, politiche ed ideologiche¹⁴¹. E simili rilievi non sono messi in crisi dalle critiche che pure gli sono state rivolte. La replica a tale critica non sembra, infatti, condivisibile, dal momento che non si tratta, in questo caso, di «un atto normativo accettabile di riconoscimento e valutazione, che nel diritto non di rado è necessario»¹⁴², come vorrebbe, viceversa, far intendere la teoria del bilanciamento. Piuttosto, siamo in presenza di un atto di valutazione politica circa la convenienza o l'utilità di giustificare un intervento specifico da parte degli organi della persecuzione penale. In uno Stato di diritto, retto dal principio della separazione dei poteri, un atto politico di questa natura può essere disposto solamente dal legislatore¹⁴³.

V'è di più. Anche a voler sostenere il punto di vista delle teorie fondate sul bilanciamento concreto ad opera del giudice, i criteri di ponderazione proposti non sembrano del tutto plausibili¹⁴⁴. Si pensi,

¹⁴⁰ K. AMELUNG, *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. SCHULTZ – T. VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann*, cit., p. 522.

¹⁴¹ K. AMELUNG, *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. SCHULTZ – T. VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann*, loc. cit.

¹⁴² K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 33. Più di recente, ID., *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 138.

¹⁴³ K. AMELUNG, *Zum Streit über die Lehre von den Beweisverwertungsverboten*, in *Festschrift für Claus Roxin*, cit., p. 1275.

¹⁴⁴ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 28; F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 18.

emblematicamente, al requisito della “gravità del reato da perseguire”, che costituisce uno dei punti di riferimento privilegiati della dottrina citata, mediante il quale si rifiuta l’esistenza di un divieto di utilizzazione probatoria nel caso di criminalità specialmente grave (*besonders schwerer Kriminalität*), in ragione di una presunta prevalenza, in questo caso, degli interessi dello Stato¹⁴⁵.

Ora, un criterio del genere non solo conduce ad un «diritto di due classi»¹⁴⁶, secondo il quale il mantenimento della norma sarebbe limitato ai delitti *light*¹⁴⁷, ma implica anche la creazione giurisprudenziale di un’insieme di regole probatorie di eccezione per i casi in cui si ritiene di investigare per un delitto grave o, peggio, per gravi forme di criminalità¹⁴⁸. Questo metodo ha sollevato, infatti, più di una perplessità¹⁴⁹: chi assume posizioni critiche verso la teoria del bilanciamento segnala, innanzi tutto, che il principio di proporzionalità opera come limite per lo stesso legislatore nella sua attività di creazione di facoltà statali di ingerenza e, in secondo luogo, rappresenta un parametro per determinare se una certa facoltà, così come

¹⁴⁵ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 34.

¹⁴⁶ S. SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 52.

¹⁴⁷ S. SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote*, loc. cit.

¹⁴⁸ Si denuncia il rischio che l’attivazione di queste diverse regole probatorie possa dipendere, in sostanza, dalle scelte del pubblico ministero prima che l’imputazione definitiva venga formalizzata.

¹⁴⁹ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 27; S. SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 53; F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 22.

legislativamente prevista, risulta conforme – proporzionata - rispetto al fatto da investigare¹⁵⁰.

Il principio in parola, quindi, non opera come un fondamento idoneo a giustificare o sanare l'attività statale irregolare e nemmeno per creare facoltà di ingerenza non previste¹⁵¹. È questa «debolezza di giustificazione»¹⁵², allora, che costringe i sostenitori della teoria del bilanciamento a negare che la loro impostazione implichi un riconoscimento del principio inquisitorio del *in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura trasgredi licet*, la cui replica è incentrata sull'argomento che, ragionando diversamente, ogni lesione di una norma di acquisizione, seppur lieve o incolpevole, condurrebbe indiscriminatamente ad un correlativo divieto di utilizzazione¹⁵³, menomando in misura eccessiva l'efficienza del sistema penale.

Secondo i detrattori, un simile argomento risulta debole e dovrà confidare in maggior fondamento che il ricorso strumentale alla necessità – tutta da dimostrare¹⁵⁴ - di una giustizia penale efficiente per giustificare l'utilizzo di una prova illegittimamente acquisita.

¹⁵⁰ In questo senso, fondamentale W. DEGENER, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Maßnahmen*, Berlino, 1985, p. 107 ss. Nello stesso senso, anche H.J. RUDOLPHI, sub § 94, in H.J. RUDOLPHI – W. FRISCH – H.U. PAEFFGEN – K. ROGALL – E. SCHLÜHTER – J. WOLTER, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, cit., p. 27.

¹⁵¹ Chiaramente in questo senso, F. DENCKER, *Zu den Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, in *NJW*, 1969, p. 304.

¹⁵² F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., p. 59.

¹⁵³ Che Rogall rifiuta categoricamente. Si veda K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 34.

¹⁵⁴ «Tutta da dimostrare», secondo G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 23.

Più in generale, la stessa teoria che riconduce i divieti probatori nell'alveo della tutela dei diritti fondamentali – nonostante muova da un fondamento dogmaticamente corretto - è stata sottoposta a severe critiche, in quanto la sua traduzione concreta finisce per convergere nella, meno recente, teoria dello scopo di protezione della norma (*Schutzzwecklehre*), andando incontro, pertanto, alle medesime rimostranze avanzate nei confronti di questa.

È stato segnalato¹⁵⁵, innanzi tutto, che l'intento di conferire un determinato scopo ad una norma presenta un'alta componente di arbitrarietà, giacché una disposizione – ma in genere il diritto applicabile – è sempre un fattore aperto a varie possibilità interpretative¹⁵⁶, potendo servire simultaneamente per scopi diversi. In ciò risiede un altro *deficit* delle teorie fondate sul bilanciamento: esse non fissano alcun parametro chiaro per la determinazione delle conseguenze alla lesione di un divieto di acquisizione probatoria, e incanalano la discussione su un piano necessariamente speculativo e casistico. Valgano alcuni esempi per chiarire l'assunto.

Si pensi al § 55 II StPO, concernente l'avvertimento ai parenti dell'imputato della facoltà di non testimoniare: se questa norma ha come scopo, così come alcuni sostengono, la protezione del testimone contro una possibile autoincriminazione, la sua violazione non produrrebbe alcun divieto di utilizzazione nei confronti delle dichiarazioni riferite

¹⁵⁵ G. FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 30.

¹⁵⁶ Per usare concetti di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Vienna, 1976, p. 349.

all'accusato; se, invece, ha come fine la protezione dell'imputato contro eventuali affermazioni false o, comunque, non genuine del testimone, al contrario, la sua violazione attiverrebbe il suddetto divieto.

Oppure, ancora, si pensi al § 81 StPO che, si sostiene¹⁵⁷, rappresenta un mezzo di protezione per l'integrità fisica dell'imputato contro un «grave danno alla salute». Rimettere la questione dell'attivazione di un divieto all'intensità della violazione – o al grado di volontarietà dell'autore della lesione¹⁵⁸ – condurrebbe all'inaccettabile conclusione di conseguenze giuridiche diverse per la violazione della stessa norma. Se questi parametri possono, senz'altro, dire qualcosa riguardo alla responsabilità penale dell'autore dell'intrusione corporale non autorizzata, nulla aggiungono al discorso dell'efficacia dell'atto. Mediante un simile ragionamento si tratta la violazione di una norma processuale secondo gli schemi propri della sanzione penale.

La confusione nasce dal fatto che un'unica norma – il § 81 StPO, appunto – assume il doppio effetto (*Doppelwirkung*) di prescrivere i presupposti di legittimità di un atto processuale e di stabilire, simultaneamente, le condizioni attraverso le quali un determinato circolo di soggetti sono autorizzati a realizzare azioni lesive dell'integrità corporale di un terzo.

¹⁵⁷ K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand*, cit., p. 35; ID., *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 140.

¹⁵⁸ Come, ad esempio, sostengono K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 142 e S. SCHRÖDER, *Beweisverwertungsverbote*, cit., p. 130.

3. Gli sviluppi delle teorie basate sulla protezione degli interessi individuali

Uno sviluppo della tesi che fonda i divieti di utilizzazione nella protezione di interessi individuali è stata formulata dalla dottrina negli anni novanta del secolo scorso¹⁵⁹. Secondo questa visione, l'ordinamento giuridico garantisce diritti soggettivi che assicurano il dominio sulle informazioni non conosciute da terzi (diritto di signoria sull'informazione, *Informationsbeherrschungsrechte*), i quali ricomprendono la sfera privata della persona, il diritto di astenersi dal dichiarare, il diritto alla personalità e la facoltà di mantenere determinati segreti¹⁶⁰.

L'aspetto fondamentale di questa teoria è, in primo luogo, il riconoscimento dell'esistenza di una "pretesa difensiva" (*Abwehranspruch*) contro l'ottenimento dell'informazione protetta, che abbraccia anche i casi di utilizzazione non autorizzata dell'informazione ritualmente acquisita¹⁶¹. Se questa pretesa difensiva fallisce, entra in

¹⁵⁹ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., passim.

¹⁶⁰ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 29 ss.

¹⁶¹ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., pp. 37 ss. e 66 ss.

gioco una pretesa secondaria, diretta alla soppressione delle conseguenze dell'acquisizione irregolare (pretesa informativa all'eliminazione delle conseguenze – *informationelle Folgenbeseitigungsanspruch*), che costituisce il fondamento di un divieto di utilizzazione dipendente¹⁶².

Tale diritto di soppressione presuppone, quindi, un'ingerenza antiggiuridica nel diritto individuale e l'esistenza di un "disvalore di risultato", che limitano l'ambito del divieto di utilizzazione escludendovi la mera messa in pericolo del diritto di signoria sull'informazione e i casi di violazione delle norme processuali che non mirano alla protezione di questo diritto¹⁶³.

Le possibilità di limitazione delle pretese informative difensive o dell'eliminazione delle relative conseguenze sono ridotte: nel caso delle prime, la limitazione risulterebbe possibile solamente attraverso una previsione legislativa, giacché i diritti soggettivi possono essere tutelati solo mediante questa via. Da questa considerazione deriva, allora, che qualsiasi bilanciamento fra interessi diversi effettuata dal giudice o dagli organi della persecuzione penale, in genere, viene rifiutata¹⁶⁴; solo il legislatore, infatti, è autorizzato ad un bilanciamento di questa natura¹⁶⁵, per cui il problema dell'equilibrio fra gli interessi della pretesa penale e quelli individuali in caso di lesione di un diritto di signoria

¹⁶² K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., pp. 38 ss e 66 ss.

¹⁶³ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, loc. cit.

¹⁶⁴ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 53.

¹⁶⁵ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, loc. cit.

sull'informazione, viene, in realtà, riportato nell'ambito della legittimità o meno dell'ingerenza.

Le uniche forme di bilanciamento ammesse sono, pertanto, quelle in cui è la legge stessa a permetterlo, come nel caso del § 393 II AO; oppure in quello della lesione del diritto alla personalità quando esistono norme di ingerenza legislativamente previste e il bilanciamento giudiziale inclina la bilancia verso il diritto individuale; oppure, da ultimo, come risultato di un divieto costituzionale di “eccesso” (*Übermaßverbot*), funzionando la ponderazione come fattore di controllo dell'attitudine, necessità e proporzionalità dell'atto di ingerenza concreto¹⁶⁶.

La pretesa informativa di soppressione delle conseguenze presenta possibilità ristrette di limitazione: solo ragioni di enorme peso permettono al legislatore di convalidare la “doppia ingiustizia” che l'utilizzo o la valutazione del dato irregolarmente ottenuto comporterebbe. Questa “doppia ingiustizia” risiede, da un lato, nel trattamento incoerente dei diritti di signoria sull'informazione giuridicamente garantiti, che avviene quando il legislatore autorizza gli organi della pretesa penale all'utilizzo di un'informazione sulla quale, in realtà, non possono vantare alcun diritto; dall'altro, nell'iniquità dovuta alla punizione di coloro che sono stati processati grazie al contributo della prova vietata – *rectius*, alla lesione del proprio diritto di signoria

¹⁶⁶ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 55. Come segnala l'Autore, qui non si tratta della riduzione dei diritti individuali, quanto della delimitazione delle facoltà di ingerenza concesse all'Autorità giudiziaria.

sull'informazione – e non anche di quelli che, avendo goduto del diritto di signoria sono stati assolti¹⁶⁷. In questo modo, inoltre, risulterà ammissibile l'utilizzo penale favorevole dell'informazione irregolarmente acquisita, poiché in questo caso non esisterebbe la diversità di trattamento appena menzionata¹⁶⁸.

La tesi esposta – che, come ammette lo stesso ideatore, trae origine dalla *Schutzzwecklehre*¹⁶⁹ - fornisce, senza dubbio, diversi apporti rilevanti per la discussione sui divieti probatori, al di là delle innegabili novità terminologiche¹⁷⁰. L'orientamento di cui si discute sottolinea correttamente alcuni difetti della teoria del bilanciamento, non ammettendo che possa trattarsi di un bilanciamento giudiziale: «i divieti di utilizzazione non sono atti di grazia per piccoli e medi delinquenti, e nemmeno si fondano su un calcolo *lato sensu* economico del caso concreto, come crede la teoria del bilanciamento»¹⁷¹. In questo modo, l'infrazione ad una norma di acquisizione probatoria che protegga un diritto di signoria sull'informazione conduce, di regola, all'inammissibilità o all'inutilizzabilità dell'informazione ottenuta. Ciò nonostante, una simile tesi presenta punti critici, soprattutto legati al

¹⁶⁷ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 58.

¹⁶⁸ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., pp. 59 e 60.

¹⁶⁹ G. GRÜNWARD, *Beweisverbote und Verwertungsverbote*, cit., p. 489 ss.

¹⁷⁰ Critico sull'utilizzo del lemma “*Information*”, F. DENCKER, *Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren*, in *StV*, 1994, p. 668 .

¹⁷¹ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 57.

problema della determinazione concreta dei casi in cui un diritto di tale natura deve ritenersi leso.

La dottrina della “signoria sull’informazione” circoscrive l’esistenza dei divieti di utilizzazione all’esistenza di un disvalore di risultato che può verificarsi solo laddove l’attività degli organi pubblici sia lesiva della dignità umana o, addirittura, penalmente punibile. Ciò significa che il disvalore di azione condurrà ad un divieto di utilizzazione solo in casi estremi, riducendo il suo ambito di applicazione a quei casi in cui gli organi della persecuzione penale maneggino o valutino informazioni a cui non hanno diritto, perché la signoria sopra di essa spetta a qualcun altro¹⁷².

In principio, però, già la stessa premessa teorica è stata sottoposta a critiche, perché si basa sul discutibile assunto che lo Stato violi il “minimo etico” solo quando i suoi funzionari commettano reato o violino la dignità umana¹⁷³. Non è possibile assimilare il “minimo etico” dello Stato a quello dei cittadini comuni, poiché le azioni pubbliche sono, in uno Stato di diritto, sottoposte a controlli ed esigenze molto maggiori rispetto a quelle dei privati: mentre per questi vale il principio della massima libertà di azione, salvo limiti rintracciabili nella legge, per lo Stato vale l’opposto principio dell’impossibilità di azione salvo le concessioni disposte dalla legge.

Anche dal punto di vista del diritto penale sostanziale tedesco, l’appartenenza ad un organo pubblico comporta maggiori responsabilità,

¹⁷² K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 41.

¹⁷³ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 23.

come può evincersi dalle innumerevoli aggravanti legate alla qualità di pubblico agente dell'autore del fatto¹⁷⁴ oppure da quelle azioni od omissioni considerate giuridicamente rilevanti solo se commesse da un pubblico ufficiale e non anche se commesse dal cittadino comune.

Affermare, inoltre, che il minimo etico si limita solo ai casi, da considerare ben più gravi, della commissione di reati da parte dei funzionari statali o di violazione della dignità umana fornisce, in verità, carta bianca agli organi pubblici per dar vita a comportamenti difficilmente considerabili come “etici”. Per esempio, si sostiene che la dichiarazione di un testimone che venga torturato risulta inammissibile in virtù dei §§ 69 e 136a StPO, anche qualora gli organi dello Stato possano vantare una pretesa di accesso alle informazioni fondata sul dovere del testimone di dichiarare¹⁷⁵.

Viene fatto di chiedersi, allora, cosa accadrebbe nel caso in cui un testimone fosse ingannato dagli inquirenti circa il fatto che possa servirsi del diritto di astensione a dichiarare nei casi previsti dal § 52 StPO e, credendosi erroneamente obbligato a testimoniare rilasci dichiarazioni fortemente incriminanti per l'indagato. Coerentemente alla teoria della signoria, ci si dovrebbe orientare per l'ammissibilità dell'informazione e, quindi, per la convalida della prova per non essere stato violato il “minimo etico”. Pare, peraltro, dubbio che possa realmente decidersi

¹⁷⁴ Si pensi al § 258a StGB in tema di favoreggiamento commesso da un funzionario pubblico.

¹⁷⁵ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 41.

l'ammissibilità o l'inammissibilità di una prova sulla base del grado di gravità della violazione statale.

Nell'ambito del procedimento penale, la regolazione delle facoltà di raccolta delle prove concesse allo Stato si fonda sul principio *nulla coactio sine lege*¹⁷⁶, limitando l'intervento dei suoi organi a quelle espressamente concesse. Il minimo etico dello Stato dovrebbe risiedere, conseguentemente, nello stretto ossequio a queste regole, cioè a dire, nell'osservanza delle regole che lo Stato stesso si è autoimposto nell'opera di accertamento dei fatti punibili.

Eppure, a parte il fondamento concettuale, l'aspetto che ha incontrato le maggiori resistenze della dottrina riguarda le conseguenze a cui essa condurrebbe. Si pensi al caso di sequestro (*Beschlagnahme*) realizzato da un ufficiale senza il corrispondente ordine giudiziale¹⁷⁷, così come previsto dal § 98 StPO, ma alla sussistenza di tutti gli altri presupposti per la sua applicazione. In questo caso, secondo i fautori della teoria dell'*Informationsbeherrschungsrechte*, la polizia giudiziaria si esporrà senz'altro ad un rischio che però non si concretizzerà nella – per usare il linguaggio della dottrina – pretesa di soppressione delle conseguenze, poiché gli organi della persecuzione penale possono, a causa della presenza di tutti i presupposti “sostanziali” dell'atto, vantare

¹⁷⁶ E. SCHMIDT, *Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangmaßnahmen*, in *NJW*, 1962, p. 665.

¹⁷⁷ Caso citato dallo stesso K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, *loc. cit.*

un diritto all'informazione acquisita¹⁷⁸. Questa soluzione è confermata, in realtà, dalla dottrina dominante, che nega l'esistenza di un divieto di utilizzazione in caso di violazione della cosiddetta "riserva giurisdizionale" (*Richtervorbehalt*)¹⁷⁹.

Un simile argomento, in realtà, sembra più obbedire ad una ritrosia verso la possibilità di scartare una conoscenza processuale a causa di un errore dell'agente, che ad una interpretazione delle regole processuali in gioco. Quando si sostiene che, nel caso descritto, gli organi della pretesa penale sono destinatari di un diritto ad ottenere l'informazione si occulta nuovamente il fatto che il legislatore ha fissato una via specifica per l'esercizio legittimo di questa facoltà di ingerenza. E ciò risulta ancora più evidente quando si analizzi l'importanza della riserva giurisdizionale dinanzi alle ingerenze nei diritti fondamentali: la competenza giurisdizionale primaria (*primäre Richterzustaendigkeit*) costituisce il principale metodo di controllo sulla legalità di una misura restrittiva di una libertà fondamentale¹⁸⁰. L'intervento del giudice, da questo punto di vista, svolge la funzione di compensare l'assenza di un'audizione previa

¹⁷⁸ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 42. Alla stessa conclusione giunge H.P. HÜSCH, *Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren*, Pfaffenweiler, 1991, p. 263 ss.

¹⁷⁹ Si vedano, H.J. RUDOLPHI, sub § 98a, in H.J. RUDOLPHI – W. FRISCH – H.U. PAEFFGEN – K. ROGALL – E. SCHLÜCHTER – J. WOLTER, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, cit.; T. KLEINKNECHT, *Die Beweisverbote im Strafprozeß*, in *NJW*, 1966, p. 1538; A. NACK, sub § 98a, in G. PFEIFFER (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, München, 1993.

¹⁸⁰ G. FEZER, *Strafprozessrecht*, München, 1995, p. 78.

dell'accusato¹⁸¹ per i casi di ingerenza ad un suo diritto fondamentale, ed è soprattutto per questo motivo che il suo inadempimento va trattato alla stregua di qualsiasi altra ingerenza da parte di chicchessia¹⁸².

Nel caso del sequestro, il legislatore ha previsto espressamente i casi che autorizzano a fare a meno dell'ordine giudiziale (tendenzialmente riconducibili ai casi di *Gefahr im Verzug*) e gli strumenti di controllo successivi all'applicazione della misura, disciplinati dal § 98 II e III StPO. Fuori da questi perimetri, pertanto, non esiste alcuna facoltà legislativamente autorizzata di effettuare un sequestro senza osservare l'obbligo di riserva giurisdizionale¹⁸³.

Se questa è la funzione fondamentale da riconoscere alla riserva di giurisdizione, non può ritenersi condivisibile, pertanto, che la sua violazione risulti processualmente irrilevante. Vien fatto di chiedersi, allora, il motivo per il quale il legislatore abbia previsto un'istanza di controllo così rigorosa, se alla fine nessuna conseguenza si ricava dalla sua violazione da parte dell'Autorità giudiziaria. La soluzione preferibile, pertanto, appare quella tratteggiata dalla dottrina minoritaria, secondo la quale la violazione della riserva giurisdizionale consente di qualificare

¹⁸¹ U. NELLES, *Kompetenz und Ausnahmekompetenz in der Strafprozeßordnung*, Berlin, 1980, p. 51 ss.

¹⁸² Sarebbe come se un creditore potesse introdursi nel domicilio del debitore solo perché provvisto di una legittima aspettativa creditizia. L'esempio è tratto da U. NELLES, *Kompetenz und Ausnahmekompetenz*, loc. cit.

¹⁸³ È interessante notare come neppure una mera e generica autorizzazione del giudice riferita alla necessità di sequestrare tutti gli oggetti che si trovino in un determinato luogo deve considerarsi rispettosa del principio della riserva giurisdizionale, poiché la legge prevede anche per essa requisiti specifici di validità. Si vedano, al riguardo, U. NELLES, *Kompetenz und Ausnahmekompetenz*, cit., p. 53, nonché C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 283.

l'ingerenza non autorizzata come un travalicamento dei limiti imposti dal legislatore agli organi della persecuzione penale e, quindi, impone che la prova in quel modo ottenuta debba essere esclusa dal processo¹⁸⁴.

La posizione della dottrina maggioritaria, d'altronde, si fonda su una concezione pericolosa delle regole processuali attinenti alle forme e alle modalità delle norme che conferiscono poteri di azione agli organi del processo, riducendole, in definitiva, a mere disposizioni di forma (*blosse Formvorschriften*)¹⁸⁵, la cui violazione non comporta nessuna conseguenza processuale. La stessa esperienza della giurisprudenza tedesca dovrebbe sconsigliare questo tipo di argomentazioni; le stesse che hanno condotto il *Bundesgerichtshof* a considerare priva di conseguenze sanzionatorie, ad esempio, l'omissione dell'avvertimento sul diritto al silenzio in sede di interrogatorio, ai sensi del § 136a StPO¹⁸⁶.

In verità, non sembra possibile, all'interno delle norme che conferiscono poteri agli organi pubblici, operare una distinzione fra requisiti sostanziali e requisiti formali¹⁸⁷, la cui lesione dovrebbe portare a conseguenze diverse: simili norme rappresentano un tutto unitario, all'interno del quale, presupposti di forma e di sostanza si confondono,

¹⁸⁴ F. DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozess*, cit., p. 83; G. FEZER, *Strafprozessrecht*, cit., p. 222.

¹⁸⁵ U. NELLES, *Kompetenz und Ausnahmekompetenz*, cit., p. 260. Per una medesima critica, si veda K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 139 ss.

¹⁸⁶ BGHst 22, 170.

¹⁸⁷ H.P. HÜSCH, *Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren*, cit., p. 265 ss..

finendo congiuntamente per determinare i percorsi probatori che il legislatore considera ammissibili¹⁸⁸.

Eppure, a parte queste considerazioni di principio, non è chiaro su che base si possa affermare, mediante una valutazione *ex post*, che lo Stato avesse un diritto ad ottenere la prova in un determinato caso, né quale sia il grado di certezza richiesto. Sembrano, sul punto, molto pertinenti le riflessioni della dottrina statunitense nell'ambito della discussione sulle registrazioni disposte dalla polizia giudiziaria senza autorizzazione giudiziale¹⁸⁹: «dire ipoteticamente che la polizia avrebbe potuto facilmente ottenere un ordine giudiziale è un conto; tradurre questa considerazione nel modo reale è un altro. Spesso risulterà poco chiaro se gli operanti avrebbero realmente ottenuto l'autorizzazione a procedere: il fatto che un giudice sia disposto a convalidare *ex post* una registrazione non significa che lo stesso giudice avrebbe senz'altro disposto la medesima registrazione *ex ante*, quando la rilevanza di quella prova era tutt'altro che certa»¹⁹⁰. Insomma, la determinazione *ex post* circa il fatto che gli organi penali avevano, al momento di effettuare la registrazione irregolare, un'aspettativa legittima o un vero e proprio diritto, finisce col dipendere dall'utilità concreta che quel mezzo di prova ha dimostrato di avere. In altre parole, anche quando sarebbe stato

¹⁸⁸ U. NELLES, *Kompetenz und Ausnahmekompetenz*, cit., pp. 61 e 98 ss.

¹⁸⁹ Y. KAMISAR, *The writing of John Barker Waite and Thomas Davis on the Search and Seizure Exclusionary Rule*, in 100 *Mich. L. Rev.*, 2002, p. 1847; W.J. STUNTZ, *Warrant and Fourth Amendment Remedies*, in 77 *Virg. L. Rev.*, 1991, p. 912 ss.

¹⁹⁰ Di nuovo, Y. KAMISAR, *The writing of John Barker Waite*, loc. cit.

possibile parlare di aspirazione legittima di acquisire la prova in presenza di tutti i requisiti sostanziali, ma non anche di quelli formali, la determinazione *ex post* circa la reale presenza di questi presupposti al momento in cui la perquisizione o il sequestro sono stati effettuati risulta un'operazione incerta e pericolosa.

4. Il requisito della concreta offensività della violazione nell'ottica delle teorie dei divieti probatori

Una critica simile merita l'ammissione di un'informazione ottenuta in un interrogatorio nel quale è stato omesso l'avvertimento circa la facoltà di restare in silenzio perché l'imputato era già al corrente, in ragione dei suoi precedenti penali, di poter contare su un simile diritto¹⁹¹. Il fattore decisivo per la determinazione di un divieto di utilizzazione deve essere individuato solo nella previsione del legislatore, e non nel maggiore o minore grado di informazione dell'imputato. I pericoli di una simile teoria risultano evidenti in quelle decisioni del *Bundesgerichtshof* che, adottando una soluzione identica a quella formulata dalla dottrina della "signoria sull'informazione", considerano i numerosi precedenti penali di un indagato dimostrativi della sua effettiva conoscenza del diritto al silenzio e, quindi, escludono che l'omesso avvertimento possa

¹⁹¹ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 44; K. ROGALL, *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU*, cit., p. 145.

generare un divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese. Simili decisioni tendono ad ignorare, tuttavia, che il dovere di avvertimento sull'astensione a dichiarare contenuto nel § 136a StPO riguarda tutti gli imputati, senza distinzioni fra quelli che hanno alle spalle un bagaglio di conoscenze processuali e coloro che si trovano per la prima volta implicati in un procedimento.

Questo dato basterebbe da solo a negare la plausibilità delle argomentazioni suesposte, ma si potrebbero aggiungere altri argomenti per rafforzare il concetto, basati sulle conseguenze a cui simili teorie conducono. Ci si potrebbe domandare, infatti, se l'effettiva conoscenza del diritto al silenzio possa presumersi solo per l'imputato precedentemente condannato oppure anche per quello processato ed assolto; oppure se questa presunzione valga per un soggetto condannato *tout court* o solamente per qualsiasi soggetto processato e sottoposto effettivamente ad un interrogatorio, a prescindere dall'esito processuale del caso concreto; oppure, ancora, cosa accadrebbe se, nonostante la sottoposizione ad una pluralità di interrogatori, l'imputato non fosse mai stato avvertito di poter esercitare il diritto al silenzio. Appare evidente, da quanto esposto, che una presunzione di conoscenza del diritto al silenzio, fondato su tali criteri condurrebbe a conclusioni quantomeno incerte.

La seconda categoria nella quale, secondo i sostenitori della teoria della signoria sull'informazione, la violazione di una regola sull'acquisizione della prova non conduce ad un divieto di utilizzazione consiste in quei casi in cui la norma violata non protegge il dominio

sull'informazione spettante all'imputato, ma interessi di altro genere. Si tratta dei casi di "riserva del medico" e di perquisizione domiciliare effettuata di notte fuori dai casi previsti dalla legge.

Qui, nuovamente, si deve convenire con le critiche, già mosse in passato, contro la teoria dello scopo protettivo della norma¹⁹²: nel concentrare la sua attenzione sull'interesse protetto, questa teoria dimentica completamente la norma violata. Non appare necessario ripetere quanto già detto circa l'impossibilità di scindere all'interno delle regole di acquisizione della prova fra norme di prima o seconda categoria per determinare gli effetti della violazione dell'una o dell'altra: tutte queste formano l'insieme dei presupposti affinché una determinata ingerenza dello Stato in un diritto fondamentale sia concessa; l'assenza anche solo di uno di questi – sebbene riferiti alle forme e alle modalità dell'ingerenza – impedisce che l'atto possa considerarsi valido, cioè a dire, che possa produrre gli effetti tipici dell'atto validamente acquisito. Questa dimensione del problema, invero, viene del tutto omessa dalle teorie che si basano sullo scopo protettivo della norma.

Però, da un'altra prospettiva, nemmeno sembra così semplice determinare quale sia l'esatto interesse che una certa norma intende tutelare e, quindi, se si riferisca ad un diritto di signoria sull'informazione ovvero ad un bene di diverso tipo. Si consideri il caso del § 104 StPO: non sembra, invero, peregrino affermare che la norma non mira soltanto a

¹⁹² G. FEZER, *Grundfragen*, cit., p. 22 ss.

tutelare la tranquillità notturna del cittadino¹⁹³ o l'inviolabilità del domicilio¹⁹⁴, ma anche un'adeguata possibilità di controllo delle operazioni di perquisizione da parte del privato, evitando, ad esempio, l'effetto *lato sensu* intimidatorio di un'intrusione notturna o la concreta possibilità di reperire prontamente un difensore disposto a vigilare sulle operazioni di perquisizione. Con questo esempio si vuole porre l'attenzione sul fatto che anche se si accettasse come punto di partenza la tesi della signoria sull'informazione, la concreta delimitazione dei casi nei quali ci si trova davanti ad un diritto di tal specie richiederà un'analisi dettagliata di ogni singola norma di acquisizione, la quale non sempre condurrà ad una risposta sicura.

Ma la teoria del fine protettivo non pare consigliabile nemmeno tenendo in considerazione la funzione general-preventiva dei divieti probatori. Nel caso del § 81 StPO già la dottrina meno recente¹⁹⁵ segnalava, infatti, la sorprendente frequenza con cui nella prassi veniva violata la clausola di riserva del medico; allo stesso tempo, secondo quanto segnala un'altra parte della dottrina¹⁹⁶, la teoria dominante sulla superfluità dell'ordine giudiziale in caso di sequestro consentiva di affermare che, di fatto, già esistesse una chiara tendenza della giurisprudenza tedesca a considerare priva di conseguenze processuali una simile violazione.

¹⁹³ K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, cit., p. 44.

¹⁹⁴ G. FEZER, *Strafprozessrecht*, cit., p. 223.

¹⁹⁵ G. GRÜNWARD, *Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren*, cit., p. 489 ss.

¹⁹⁶ U. NELLES, *Kompetenz und Ausnahmekompetenz*, cit, p. 250.

Dinanzi a questi orientamenti, sembra poco prudente un atteggiamento di pura e semplice rassegnazione delle pratiche processualmente poco ortodosse degli organi della persecuzione penale. Sebbene sia chiaro come lo scopo preventivo-disciplinare dei divieti di acquisizione non rappresenti il solo criterio idoneo a fondare simili forme sanzionatorie, esso è in grado nondimeno di rappresentare un referente adatto per determinare l'utilità di una tesi, almeno dal punto di vista delle conseguenze pratiche, che voglia giungere ad una giustificazione adeguata.

Eppure, il vero nodo problematico della teoria della *Informationsbeherrschungsrechte* – che, in realtà, è il frutto dell'eccessiva soggettivizzazione dei divieti probatori a cui essa conduce – riguarda l'estrema limitazione dell'ambito di operatività dei *Beweisverwertungsverbote*. Nel concepire simili divieti solo come protezione dei diritti individuali di signoria sull'informazione, i fautori di questa tesi sono costretti ad escludere dall'ambito della teoria le persone diverse dall'imputato; questo, infatti, può invocare la lesione dei diritti di signoria delle informazioni dei terzi solo quando la violazione di una norma di acquisizione incida direttamente anche su un proprio diritto, come nel caso dell'astensione dalla testimonianza dei parenti dell'imputato ai sensi del § 52 StPO¹⁹⁷. Per questa via, risultano escluse dalla sfera dei divieti di utilizzazione inerenti all'imputato, per esempio,

¹⁹⁷ K. AMELUNG, *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. SCHULTZ – T. VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann*, cit., p. 514; ID., *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre den Beweisverwertungsverbotten*, in *Festschrift für Klaus Roxin*, cit., p. 1271.

violazioni dei §§ 97, relativo al divieto di sequestro nel caso di determinati testimoni, e 103 StPO, attinente alla perquisizione nel domicilio di persona non sospettata¹⁹⁸; ciò comporta l'applicazione del divieto di utilizzazione solo quando i terzi tutelati dalle rispettive norme reclamino il diritto alla protezione dei propri interessi; in caso contrario, nessun divieto verrà concesso¹⁹⁹.

Da questo punto di vista, la tesi della “signoria sull’informazione”²⁰⁰ – come lo stesso ideatore riconosce – converge in quella della “teoria della sfera giuridica” (*Rechtskreistheorie*), adottata per molto tempo dalla giurisprudenza tedesca, ma con una differenza fondamentale: mentre la teoria della sfera giuridica circoscriveva, almeno nella sua formulazione originaria, la sua applicazione ai divieti di utilizzazione indipendenti, nei confronti dei quali una riduzione delle ipotesi di divieto di utilizzazione ai casi di lesione di diritti personalissimi può trovare terreno fertile, la tesi della “signoria sull’informazione” espande i suoi effetti anche ai divieti dipendenti. In questo modo, la violazione da parte degli organi dello Stato delle norme che regolano o limitano l’acquisizione delle prove in possesso di terzi finisce con l’essere convalidata dalla circostanza che queste azioni, seppure

¹⁹⁸ Ancora, K. AMELUNG, *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre den Beweisverwertungsverbotten*, in *Festschrift für Klaus Roxin*, loc. cit.

¹⁹⁹ K. AMELUNG, *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre den Beweisverwertungsverbotten*, in *Festschrift für Klaus Roxin*, loc. cit.

²⁰⁰ Come lo stesso Amelung riconosce. Si veda, K. AMELUNG, *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. SCHULTZ – T. VORMBAUM (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann*, cit., p. 516; ID., *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre den Beweisverwertungsverbotten*, in *Festschrift für Klaus Roxin*, loc. cit.

illegittime, non hanno leso concretamente i diritti fondamentali dell'imputato.

Dinanzi a simili conseguenze, però, le critiche che ne sono seguite risultano puntuali: «chi si trovi in carcere perché un giudice ha violato una norma processuale vincolante e, senza tale violazione sarebbe stato probabilmente assolto, non dimenticherà questa teoria e nemmeno sarà confortato dal fatto di sapere che l'errore processuale, in realtà, non ha inciso nell'ambito della sua sfera giuridica»²⁰¹. Appare chiaro, allora, che l'eccessiva soggettivizzazione dei divieti di acquisizione probatoria, sebbene realizzata nel tentativo di proteggere determinati diritti personali, rischia paradossalmente di condurre ad una forte riduzione della funzione protettiva delle norme processuali e ad una altrettanto forte disaffezione verso le forme del procedimento.

²⁰¹ F. SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, cit., 69.

Capitolo III

I DIVIETI PROBATORI NEL SISTEMA ITALIANO

SOMMARIO: 1. Gli spazi per un approccio sostanzialistico alla tematica dei divieti probatori nel sistema italiano. – 2. Il problema dell'individuazione del divieto probatorio. – 3. Divieti riferiti all'*an* e al *quomodo* della prova. – 4. La sterilizzazione degli effetti dell'inutilizzabilità.

1. Gli spazi per un approccio sostanzialistico alla tematica dei divieti probatori nel sistema italiano

A differenza di quello tedesco, il panorama normativo italiano si caratterizza per la presenza di una clausola generale di inutilizzabilità, prevista dall'art. 191 c.p.p., che riconduce sotto la sua previsione le violazioni dei corrispondenti divieti di acquisizione probatoria. Facendo

leva sulla terminologia invalsa nell'esperienza tedesca, si può affermare, quindi, che la norma italiana prevede innanzi tutto un divieto di utilizzazione, cosiddetto, dipendente.

L'espressa previsione di una disposizione di questo tipo, che contempla l'inutilizzabilità delle «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge», dovrebbe troncare sul nascere ogni discussione circa le conseguenze sanzionatorie della violazione di un precedente divieto di acquisizione, giacché la rigida equivalenza fra la previsione legislativa di un divieto probatorio e la corrispondente sanzione di inutilizzabilità crea un automatismo nel quale istanze sostanzialistiche, legate all'interesse tutelato dalla norma o alla gravità del reato da perseguire o al grado della violazione della norma acquisitiva, non riescono ad attecchire.

La rigidità formale di tale sistema è il frutto di una specifica volontà del legislatore del 1988 che, nel contesto di una più generale rivisitazione del concetto di verità e dei metodi per la sua ricostruzione nel processo, individuava in questa drastica e radicale figura di imperfezione dell'atto probatorio, e del giudizio di disvalore che essa porta con sé, un vero e proprio presidio per la disciplina giuridica dell'accertamento del fatto. Come è stato opportunamente segnalato in dottrina, l'inutilizzabilità, se inserita nel contesto degli strumenti processuali finalizzati ad assicurare la legalità della prova dei fatti giuridici, esibirebbe «ascendenze storiche talmente risalenti da identificarsi pressoché totalmente con il millenario percorso di

affrancamento della rappresentazione e ricostruzione dei fatti controversi dall'*arbitrium iudicis*»²⁰².

In questo contesto, non è un caso che l'esigenza di congegnare una forma differenziata e rigorosa di invalidità dell'atto a contenuto probatorio, intesa ad assicurare la correttezza delle fonti del convincimento giudiziale, affiorasse già sotto l'egida del codice del 1930. L'anima autoritaria che informava la previgente disciplina processuale, rappresentata dal mito della ricerca della verità materiale, favoriva, infatti, un'interpretazione distorta del rapporto fra *questio facti* e principio del libero convincimento del giudice, in grado di trasformare quest'ultimo da semplice canone di valutazione probatoria in criterio di acquisizione della prova. Si alimentava, così, l'equivoco secondo cui il metodo legale di accertamento svolgesse un ruolo del tutto marginale rispetto agli obiettivi gnoseologici del giudizio, e che l'aspirazione di raggiungere una verità incontestabile, valida *erga omnes*, dovesse comunque prevalere su ogni altra esigenza²⁰³.

Ineludibile corollario di una simile impostazione era la generalizzata tolleranza verso l'utilizzo, in chiave decisoria, delle prove irrualmente raccolte, sul presupposto che gli elementi conoscitivi

²⁰² In questi termini, G. PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, p. 3243. Sul rapporto fra *quaestio facti* ed *arbitrium iudicis* si veda, per tutti, A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 223 ss.

²⁰³ In argomento, per tutti, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 23 ss.

introdotti nel processo mantenevano intatta la loro attitudine dimostrativa, sebbene non conformi al paradigma legale di riferimento.

La generalizzata tendenza alla conservazione degli elementi probatori, indipendentemente dalla correttezza formale del loro ottenimento, non trovava, per contro, un argine adeguato nel previgente sistema delle invalidità degli atti processuali. L'affidamento esclusivo della legalità del procedimento probatorio ai consueti strumenti della nullità non scongiurava del tutto il pericolo che prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, pertanto inammissibili, venissero comunque utilizzate dal giudice ai fini della decisione.

Era da considerarsi prova vietata, per un verso, quella che per sua natura o per il suo oggetto contrastava con specifiche norme positive che non ne consentivano la formazione o l'introduzione nel procedimento, mancando il potere giuridico di compierla²⁰⁴. Da questo punto di vista, la regola di esclusione probatoria si traduceva in un limite di ammissibilità della prova e la sua trasgressione «comportava l'invalidità del provvedimento giudiziale di ammissione»²⁰⁵.

Se il riscontro positivo circa l'ammissibilità della prova comportava, dunque, il dovere giuridico della sua acquisizione, la riconosciuta inammissibilità avrebbe dovuto, per contro, precluderne in ogni caso l'ingresso nelle trame del procedimento, determinando, conseguentemente, l'invalidità derivata dell'operazione acquisitiva. Dal

²⁰⁴ P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, cit., p. 448; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 444.

²⁰⁵ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 54.

momento che l'assunzione di prove inammissibili poteva, tuttavia, venire sanzionata dal legislatore a pena di nullità sanabile, ne derivava la «sconcertante conclusione»²⁰⁶ che il divieto normativo non scongiurava il pericolo della possibile valutazione da parte del giudice di elementi probatori illegittimi. Anche in assenza di una specifica previsione di nullità dell'atto acquisitivo, d'altra parte, l'impiego di una prova inammissibile ai fini decisori sarebbe stato comunque assicurato dal fatto che la presenza irrituale di prove formate *contra legem* avrebbe prodotto una mera carenza di motivazione della sentenza che su di esse si fosse fondata; un vizio, cioè, previsto dal codice previgente quale nullità relativa e, pertanto, certamente sanabile.

La dottrina dell'epoca non aveva mancato di segnalare l'intrinseca incoerenza dell'applicazione dei meccanismi delle sanatorie alle prove inammissibili. Il recupero e la possibile realizzazione di effetti giuridici anche da parte degli atti imperfetti, attraverso l'integrazione di una fattispecie di riserva di carattere sussidiario²⁰⁷, erano, d'altra parte, consentiti dall'ordinamento in funzione dell'economia dei mezzi giuridici, poiché la pedissequa osservanza delle regole normative avrebbe condotto alla formazione di un atto perfetto cui si riconosce per antonomasia efficacia giuridica tipica perché conforme al modello astratto prefigurato dal legislatore. La sanatoria dell'invalidità dell'atto di acquisizione probatoria, al contrario, avrebbe permesso il verificarsi

²⁰⁶ G. PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti*, cit., p. 3244.

²⁰⁷ Secondo la celebre definizione di G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, p. 45.

proprio di quelle conseguenze giuridiche che il divieto normativo mirava ad evitare, accordando piena rilevanza processuale ad elementi di prova che non avrebbero potuto e dovuto averne. Si affermava, pertanto, l'inopportunità di sottoporre la prova inammissibile al regime degli atti nulli, in quanto l'assunzione di dati probatori in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, espressione di un potere giuridico non consentito, andava considerata, invero, sempre inefficace²⁰⁸.

Nonostante i numerosi tentativi dottrinari di uscire da una simile *impasse* concettuale²⁰⁹, emergeva chiaramente la consapevolezza che l'impianto sanzionatorio rappresentato dal sistema delle invalidità degli atti previsto dal Codice Rocco fosse strutturalmente inadeguato alla rimozione del nesso fra divieto probatorio ed efficacia giuridica delle fattispecie probatorie imperfette, fra vizi degli atti a contenuto probatorio e loro costante impiego decisivo nonostante la parziale o radicale difformità dai modelli legali. Di qui la consapevolezza che solo l'introduzione legislativa di una distinta forma di invalidità dell'atto probatorio avrebbe potuto risolvere in modo soddisfacente un problema tanto delicato.

Da questo punto di vista, dell'art. 191 c.p.p., introdotto nella codificazione del 1988, venivano evidenziate, in particolare, le caratteristiche di «norma forte», «dirompente rispetto al passato», «uno

²⁰⁸ Si veda, in particolare, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 70 ss.

²⁰⁹ Oltre alle già ricordate riflessioni di Cordero, si vedano, inoltre, quelle di G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, cit., p. 443 e di G. UBERTIS, *Riflessioni sulla prova vietata*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 713.

dei segni più forti di novità verso [...] l'ideale di maggiore e piena legalità del conoscere giudiziale», qualificando la scelta del legislatore del 1988 come «uno sforzo encomiabile di costruire [...] un nuovo regime di legalità in materia di prove»²¹⁰.

Se le innovazioni tecniche portate al riguardo dal nuovo *corpus* normativo sono «marcatissime»²¹¹, è soprattutto dal punto di vista ideologico, però, che il nuovo codice «compie il balzo più emblematico»²¹².

Nella legislazione previgente valeva la regola della massima libertà del giudice nel suo potere di accertamento dei fatti, salvo le eccezioni rinvenibili nella legge; il nuovo codice ribalta il rapporto fra libertà e limite nell'attività di accertamento del fatto, fra regola ed eccezione, concependo le «fattispecie probatorie come attributive del potere di conoscere»²¹³. L'inutilizzabilità della prova, pertanto, non si configura solo come un mero strumento tecnico, ma esprime «implicazioni di ordine etico, logico e psicologico che trascendono l'apparente neutralità del rimedio»²¹⁴.

²¹⁰ M. NOBILI, *La nuova procedura*, cit., p. 99.

²¹¹ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., c. 646.

²¹² M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, loc. cit.

²¹³ M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, loc. cit., secondo il quale, “Si tratta di una concezione che non casualmente risale al periodo ottocentesco successivo alla rivoluzione francese (da Nicola Nicolini a Francesco Carrara): la procedura penale, la disciplina del conoscere giudiziale, i divieti e le sanzioni, come regola e limite al potere; come antidoto all'errore e a possibili abusi; come tutela dei valori talvolta antagonisti e superiori, rispetto alle esigenze dell'accertamento penale”. Questa caratteristica delle norme del processo penale viene valorizzata, nella dottrina tedesca, da F. SYDOW, *Kritik der Lehre*, cit., pp. 12 e 40 ss.

²¹⁴ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., p. 191.

Questa “doppia anima”²¹⁵ dell’inutilizzabilità ne rende incerta la collocazione dogmatica, sempre divisa fra le diverse possibili categorie di invalidità dell’atto²¹⁶, di sanzione processuale²¹⁷, di regola di condotta per il giudice²¹⁸, di regola di esclusione della prova²¹⁹. Quale conseguenza di un divieto probatorio, in effetti, essa rappresenta innanzitutto una regola legale e di decisione, che impedisce di acquisire le prove vietate e, quindi, di tenerne conto²²⁰; quale atto non corrispondente al modello legale, va annoverata fra le cause di invalidità e, più specificamente, fra le ipotesi di inammissibilità²²¹.

La riconduzione dell’inutilizzabilità al fenomeno delle invalidità degli atti a contenuto probatorio e, più in generale, al dominio del

²¹⁵ Di doppia natura parla F.M. Grifantini, voce Inutilizzabilità, p. 244.

²¹⁶ Si veda, in particolare, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 829.

²¹⁷ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., p. 192; M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., c. 648.

²¹⁸ G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO – V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, p. 434; e G. LOZZI, *I principi del dibattimento*, in ID., *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1992,

²¹⁹ E. FASSONE, *L'utilizzazione degli atti. La valutazione della prova*, in *Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale. Relazioni e contributi*, vol. I, *Quad. CSM*, n. 27, 1989, p. 528. In senso simile anche L.P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 127.

²²⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, loc. cit.; ID., *Tre studi sulle prove penali*, p. 7; G. DE LUCA, *La cultura della prova*, loc. cit.; V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 114; P. NUVOLONE, *Le prove vietate*, cit., p. 462.

²²¹ Sul concetto di inammissibilità della prova, ancorché nel contesto del codice previgente, si vedano, in particolare, G. CONSO, *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 20 ss.; F. CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 3 ss.; P.M. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977, *passim*; G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968; A. PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 1215 ss.

principio di legalità, produce l'ovvia conseguenza che, almeno in linea di principio, nessuna valutazione giudiziale legata al bilanciamento fra esigenze contrastanti o alle peculiarità del caso concreto risulti ammissibile, poiché ogni singola, seppur minima, divergenza dell'atto concretamente compiuto rispetto al modello legale dovrebbe comportare la sua imperfezione²²².

Ciò non significa che la tematica delle invalidità degli atti sia scevra da valutazioni afferenti ad un coacervo di interessi contrapposti, idonei ad orientare l'opera di costruzione delle relative fattispecie. Proprio su questo terreno è dato riscontrare, infatti, una costante ponderazione fra diverse esigenze, che porta a mitigare le conseguenze forti derivanti dalla rigida applicazione del concetto di imperfezione dell'atto. Ragioni di economia processuale o legate al rango dell'interesse protetto dalla norma o al grado della violazione guidano il legislatore verso una differenziazione delle conseguenze derivanti dall'inosservanza di una fattispecie processuale, orientandolo ora verso la conservazione ora verso la caducazione dell'atto compiuto²²³.

²²² M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, p. 9.

²²³ Come osserva K. ROGALL, *Questioni fondamentali*, cit., p. 1066, un sistema che rimanga indifferente alle violazioni processuali e che non preveda alcun tipo di conseguenza per la violazione delle relative norme si ridurrebbe *ad absurdum*: esso appronterebbe solo una cornice esterna, cui si potrebbe al più attribuire il valore di una raccomandazione; i soggetti del processo sarebbero liberi da qualsiasi obbligo, dominerebbe l'idea di un'attività libera, e con essa l'arbitrio. D'altra parte, però, un sistema che procedesse con severità contro ogni vizio processuale sarebbe ingombrato dalle proprie disfunzioni, finendo comunque con il mettere in discussione se stesso. Si veda, inoltre, K. ROGALL, *Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß*, in *JZ*, 1996, p. 946 ss.

Si tratta di ragioni di ordine pratico, o meglio, di opportunità, quasi sempre ispirate ai principi dell'economia o della certezza giuridica. Se anche la più piccola divergenza dalle norme che dispongono in merito ai requisiti di un fatto giuridico dovesse precluderne ogni rilevanza, «troppi sarebbero i fatti inutilizzabili sul piano giuridico [...], con la conseguenza di creare soprattutto due inconvenienti: da un lato costringere alla ripetizione del fatto chi volesse comunque raggiungere quel certo effetto; dall'altro sottoporre le vicende dei rapporti giuridici ad uno stato di generale e perenne incertezza»²²⁴. Ciò spiega perché nel processo le esigenze di economia e speditezza si facciano sentire in maniera particolarmente intensa, al punto che è «proprio nel campo del diritto processuale che si riscontrano le più estese eccezioni al principio di irrilevanza dei fatti imperfetti»²²⁵.

Una volta che la disposizione è stata posta dal legislatore, però, l'universo delle singole esigenze di tutela - questo «sfondo economico» - viene assorbito «dalla norma, che ne costituisce la misura esclusiva ed

²²⁴ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 24 ss.

²²⁵ Ancora, in tal senso, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, loc. cit. Si confronti, inoltre, M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Agg., 2005, Roma, p. 2: “Nel processo penale, infatti, la veste degli atti è vincolata, mentre è esclusa la libertà delle forme. Sono troppo importanti gli interessi coinvolti per affidare alle parti e alla discrezionalità del giudice la scelta degli elementi dell'atto: il sistema penale è, almeno di regola, un sistema a fattispecie chiuse, completamente delineate dalla legge. [...] Dal confronto tra un atto concreto e le fattispecie emerge [...] il concetto di perfezione: lo integra l'atto che possieda tutti gli elementi della fattispecie, ossia necessari alla produzione dell'effetto giuridico (efficacia)”.

immutabile»²²⁶. Un ragionamento ermeneutico che voglia basarsi, pertanto, su posizioni sostanzialistiche, orientate all'individuazione dell'effettiva lesione dell'interesse tutelato dalla disposizione legislativa oppure alla gravità della violazione oppure, ancora, alla sua concreta offensività, apparirebbe, in sostanza, «irragionevole, più che ozioso»²²⁷; quasi «un atto di ribellione alla legge, in quanto tale precluso all'interprete»²²⁸.

Dinanzi ad un simile contesto normativo, allora, la comparazione con il sistema tedesco, sprovvisto di una clausola generale di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite e decisamente orientato, quindi, verso valutazioni sostanzialistiche nella concreta conformazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti alla violazione di una norma di acquisizione probatoria, appare *prima facie* infruttuosa.

Occorre, tuttavia, segnalare, da un lato, che l'assenza di una clausola simile a quella dell'art. 191 c.p.p. non ha precluso, finanche in quella esperienza giuridica, di arrivare a sostenere l'inammissibilità della prova come effetto intrinseco della violazione di un divieto di acquisizione probatoria²²⁹. Per altro verso, occorre segnalare che la previsione di una norma espressa, idonea ad individuare una volta per tutte la reazione dell'ordinamento contro la violazione di un divieto

²²⁶ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 703.

²²⁷ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, *loc. cit.*

²²⁸ M. PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., p. 3.

²²⁹ In particolare, G. FEZER, *Grundfragen*, cit., p. 39; F. SYDOW, *Kritik der Lehre*, cit., p. 92.

probatorio non ha impedito, proprio nel sistema italiano, il proliferare di approcci interpretativi di chiara impronta antiformalistica, che hanno indebolito l'effetto dirompente della nuova norma, a cui facevano riferimento i primi commentatori del codice del 1988, e con essa il principio stesso di legalità probatoria.

La reazione giurisprudenziale e dottrinale alla pretesa rigidità del sistema probatorio italiano si è sviluppata, prevalentemente, lungo due direttrici. In primo luogo, si è orientata verso la riduzione, a monte, del campo dei divieti probatori, mediante il disconoscimento dei divieti “indiretti” o “impliciti”, di quelli “costituzionali”, di quelli “extraprocessuali” e di quelli attinenti al *quomodo* della formazione della prova. In secondo luogo, ha prodotto una evidente mitigazione – se non, in alcuni casi, cancellazione –, a valle, della norma, l'art. 191 comma 2 c.p.p., che espressamente considera l'inutilizzabilità rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Orientamenti esegetici di questa natura hanno, così, concorso a ridefinire gli assetti dell'intero diritto delle sanzioni probatorie, rendendolo, di fatto, un sistema aperto, al pari di quello tedesco, a valutazioni giurisprudenziali fondate su giudizi di valore.

2. Il problema dell'individuazione del divieto probatorio

Il primo settore nel quale si esprime la tendenza antiformalistica della dottrina e della giurisprudenza riguarda il momento dell'individuazione di un divieto probatorio.

Appare evidente che la sanzione di inutilizzabilità, con gli effetti forti che ne derivano in termini di rilevabilità e sanabilità, opera tutte le volte in cui si è in presenza di un divieto, così che proprio sul terreno della concreta ricognizione di una norma che proibisca l'acquisizione della prova si gioca una partita fondamentale: la restrizione dell'area dei divieti, infatti, comporta, giocoforza, l'impossibilità di attivare la corrispondente sanzione.

La dottrina che per prima si è occupata del tema nutriva pochi dubbi sul fatto che il criterio fondamentale per sostenere la ricorrenza di un divieto probatorio fosse legato alla *littera legis*²³⁰. Secondo questa impostazione, il legislatore prevede un divieto probatorio sia laddove adopera formule quali “è vietato”, “non possono”, “non è consentito”, “non sono ammesse”²³¹, sia laddove dispone permisioni vincolate, attraverso l'utilizzo di espressioni quali “è consentito solo se” o “solo quando”.

Accanto a tali ipotesi, riconducibili rispettivamente alle categorie dei “divieti espliciti” e dei “divieti impliciti”, un divieto probatorio sussisterebbe, inoltre, anche laddove il legislatore preveda determinati

²³⁰ Si veda, per tutti, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 145 ss.

²³¹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, loc. cit.

requisiti per la validità di un atto, senza il ricorso ad espressioni semantiche chiare, che esprimano con sicurezza la *voluntas legis* di considerare vietata quella prova o quella attività conoscitiva. In questo caso, riconducibile alla categoria dei “divieti indiretti”, appare imprescindibile un’operazione interpretativa idonea a determinare se la legge abbia previsto, mediante la formulazione prescelta, un elenco tassativo oppure no: è evidente, infatti, che un divieto probatorio sussisterebbe nel primo caso e non già nel secondo.

Questa tesi, benché fondata su un criterio formale coerente alla rinnovata impostazione codicistica in tema di prove, è rimasta fondamentalmente isolata in dottrina a causa delle numerose critiche che le sono state mosse.

Sebbene non possa essere tacciata di eccessivo formalismo²³², la tesi che afferma l’operatività dei divieti impliciti ed indiretti comporterebbe, a detta dei suoi detrattori²³³, un eccessivo ampliamento dei divieti probatori, con conseguente allargamento dell’area operativa dell’inutilizzabilità, arrivando a sanzionare fortemente anche divieti non gravi²³⁴.

²³² Come pure fa, ad esempio, N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 111 ss.

²³³ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 122; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 136 ss.

²³⁴ Questa critica è condivisa, ad esempio, da C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 40 ss.; N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova*, cit., p. 134 ss.; A. SCCELLA, *Prove penali*, cit., p. 140.

In particolare, le critiche si appuntano sulla categoria dei “divieti indiretti”, non essendo affatto certo – si dice - che ogni volta in cui il legislatore pronuncia un enunciato normativo voglia, sia pure implicitamente, farne derivare anche l’enunciato normativo logicamente contrario²³⁵. Una volta imboccata questa strada, infatti, «non si sa più dove arrestarsi, e si profila quanto mai concreto il pericolo che tutte le imperfezioni delle fattispecie probatorie vengano indistintamente ricondotte nell’alveo sanzionatorio dell’art. 191»²³⁶.

Una simile critica non sembra del tutto convincente per diverse ragioni.

In primo luogo, la considerazione circa l’ampliamento della sfera operativa dell’inutilizzabilità potrebbe, semmai, trovare terreno fertile in una prospettiva *de iure condendo*, ma non per inferirne conclusioni ermeneutiche idonee a restringere per via interpretativa l’area dei divieti probatori. Una simile impostazione, specialmente se sviluppata per via giurisprudenziale, rappresenterebbe il sintomo di uno scarso ossequio per il dettato normativo, non in linea con le peculiarità di un ordinamento, come il nostro, fondato sulla supremazia della legge e sulla divisione dei poteri.

²³⁵ Secondo lo schema logico: “Se $x + y$, allora P ”, che attribuisce un potere P a date condizioni $x + y$; ma non è vero che ciò voglia sempre dire – nel discorso normativo – “Se non $x + y$, allora non P ”, non essendo nemmeno chiaro se le ordinarie regole logiche, valide per il discorso cognitivo, siano parimente valide per il prescrittivo. Così A. SCILLA, *Prove penali*, cit., p. 156.

²³⁶ A. SCILLA, *Prove penali*, loc. cit.

In secondo luogo, sembra doversi riconoscere che nel momento in cui il legislatore impone determinati requisiti o condizioni per lo svolgimento di un atto sta anche fissando un corrispondente divieto rispetto a tutte le altre modalità di svolgimento dell'atto non contemplate dalla disposizione.

Le posizioni critiche nei confronti della categoria dei divieti indiretti poggiano, evidentemente, le loro basi su orientamenti meno recenti, secondo i quali il riconoscimento di una simile categoria si risolverebbe in una «esemplare moltiplicazione di enti superflui»²³⁷. Ipotizzare un dovere di astensione da tutti i possibili tipi di condotta difformi da quello previsto dalla norma condurrebbe, secondo questa impostazione, ad ipotizzare «un pulviscolo di doveri omissivi in situazioni che sono univocamente individuate dalla prescrizione normativa di un'unica condotta»²³⁸. Al contrario, un dovere omissivo di tal genere si profilerebbe solo «in quanto la norma preveda come doverosa l'astensione del soggetto da un comportamento in essa ipotizzato»²³⁹.

Occorre segnalare, invero, come non sembra esservi alcuna aporia logica nel ritenere l'esistenza di infiniti doveri omissivi in tutti i casi non

²³⁷ F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, 1955, p. 156.

²³⁸ F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, loc. cit.

²³⁹ F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, loc. cit.

presi in considerazione dalla norma, ma che questo aspetto risulta, anzi, connaturale alle norme attributive di poteri.

Negli Stati liberali esiste una norma generale «c.d. esclusiva (o negativa) in base alla quale tutto ciò che non è vietato è permesso»²⁴⁰, da cui deriva che «ogni possibile condotta è giuridicamente qualificata, perché ricade o sotto una norma positiva che la vieta o, in sua assenza, della norma generale negativa che la permette»²⁴¹. Una simile regola, tuttavia, vale solamente al livello delle ordinarie norme di condotta per i cittadini, non anche per le norme c.d. “di competenza”, quelle, cioè, che conferiscono poteri giurisdizionali agli organi dello Stato. Nell’ambito del diritto pubblico, tali ordinamenti si caratterizzano, piuttosto, per l’opposto principio, secondo il quale tutto ciò che non è permesso deve considerarsi vietato²⁴².

In tale contesto, posta una generale regola di inazione in assenza del conferimento di un potere, la semplice costruzione del dettato legislativo in termini positivi o condizionati appare già idonea a contemplare corrispondenti obblighi omissivi per gli organi dello Stato in tutti i casi non ricompresi nella disposizione positiva.

²⁴⁰ R. GUASTINI, voce *Lacuna*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica – P. Zatti, Glossario, Milano, 1995, p. 256 ss.

²⁴¹ Ancora, in questi termini, R. GUASTINI, voce *Lacuna*, in *Trattato di diritto privato*, *loc. cit.*

²⁴² In tal senso, R. GUASTINI, voce *Lacuna*, in *Trattato di diritto privato*, *loc. cit.* Si vedano, inoltre, nel solco della medesima linea interpretativa, A. BALDASSARRE, voce *Libertà. I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma, 1988, p. 10 ss.; S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, vol. I, Firenze, 1950, p. 121 ss.

Una simile tecnica legislativa risponde, propriamente, ad imprescindibili esigenze di economia del discorso normativo, al fine di evitare che il legislatore debba produrre una diabolica elencazione tassativa di ogni immaginabile divieto probatorio, laddove, invece, risulta più semplice prevedere i pochi casi in cui un'attività è concessa con corrispondente esclusione di tutti gli altri.

Né sembra potersi sostenere che il riconoscimento della categoria dei “divieti indiretti” equivarrebbe a «sconfessare quell'esigenza di tassatività dei vizi degli atti processuali, chiaramente avvertita dal legislatore delegante»²⁴³. Sembra, al contrario, che la teoria che riconosce l'esistenza dei divieti indiretti, partendo comunque dall'imprescindibile analisi del dettato normativo e basandosi sul funzionamento degli schemi semantici del linguaggio del legislatore, risponda adeguatamente all'esigenza di riaffermare, proprio sul terreno della prova, le esigenze di tassatività e legalità sottese al rinnovato assetto codicistico. Una critica fondata sul disconoscimento del principio di legalità-tassatività potrebbe apparire centrata, allora, più se riferita alle teorie che affidano l'individuazione di un divieto probatorio a criteri *lato sensu* sostanzialistici, che a quelle basate su criteri strettamente formali: si intende fare riferimento, in particolare, alla tesi dell' “interesse tutelato dalla norma”²⁴⁴ e a quella del “potere istruttorio”²⁴⁵.

²⁴³ A. SCCELLA, *Prove penali*, cit., p. 156.

²⁴⁴ Per la quale si vedano, in particolare, E. AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 169; ID., *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 76; ID., *Libertà e legalità della*

Secondo la prima tesi, sarebbe sempre necessario, al fine di fondare la sussistenza di un divieto di prova, individuare la *ratio* sottesa ad una determinata norma. Questo criterio teleologico, prendendo le mosse dalla constatazione che i divieti probatori svolgono la funzione di armonizzare «i valori fondamentali protetti dal diritto delle prove con lo scopo dell'accertamento della verità», suggerisce l'adozione di un metodo «rapportato alla tutela degli interessi endoprocessuali o extraprocessuali» apprestata dai suddetti divieti, ovverosia finalizzato «all'individuazione di due settori di tutela: l'uno relativo a diritti riconosciuti indipendentemente dal processo, l'altro concernente finalità collegate alla logica dell'indagine». Sarebbero meritevoli della tutela apprestata mediante il divieto, in quest'ottica, sia quelli che proteggono diritti individuali, sia quelli che mirano alla attendibilità dell'accertamento giurisdizionale²⁴⁶.

Secondo la teoria del potere istruttorio, invece, il «*clou* del problema» starebbe, invece, nell'appurare se la disposizione trasgredita contenga «un vero e proprio divieto all'ingresso della prova nel processo»²⁴⁷. Abbandonata la pretesa di ravvisare un divieto probatorio ogni qualvolta l'atto sia consentito solo in presenza di determinate

prova nella disciplina della testimonianza, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 310 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., 120 ss.; P. NUOVOLONE, *Prove vietate*, cit., p. 459.

²⁴⁵ Sostenuta, in particolare da A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità*, cit., p. 159 ss., sulla scorta delle più risalenti teorizzazioni di F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, p. 70 ss., e, più di recente, ID., *Procedura penale*, cit., p. 492.

²⁴⁶ In questo senso, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, loc. cit.

²⁴⁷ A. SCCELLA, *Prove penali*, cit., p. 159.

condizioni, i fautori di questa tesi ritengono che la soluzione sia «a portata di mano: bisogna esigere una norma capace di esprimere una valutazione di inammissibilità». Coloro che si muovono in questa prospettiva ermeneutica richiedono, pertanto, l'esistenza di una regola processuale che vieti al giudice di acquisire quel determinato mezzo di prova, dal momento che «la formazione della prova presuppone un potere istruttorio» e «dove il potere non c'è, perché la legge non lo accorda, l'atto non può non riuscire inefficace»²⁴⁸. Nella sua dimensione tipica, allora, l'inutilizzabilità sarebbe «destinata ad operare [...] solo qualora venga materialmente acquisita una prova della quale il giudice avrebbe dovuto rifiutare l'ammissione»²⁴⁹.

Le due tesi appena descritte presentano, tuttavia, alcuni profili problematici di cui è opportuno dar conto.

La tesi fondata sull'individuazione dell'interesse tutelato dalla norma, sebbene animata dal lodevole intento di ancorare la ricognizione dei divieti probatori all'interesse protetto, e alla constatazione – dogmaticamente ineccepibile – che i divieti probatori rappresentano la sintesi di esigenze giuridiche fra loro in contrasto, presta il fianco alle medesime critiche che, nel sistema tedesco, sono state mosse alla *Schutzzwecklehre*. Al pari della c.d. “teoria dello scopo protettivo della norma”, anche la tesi che mira ad individuare un divieto probatorio nell'interesse tutelato dalla norma processuale non sembra idonea a fornire un affidabile criterio operativo, risultando sovente difficile

²⁴⁸ F. CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 70; ID., *Procedura penale*, cit., p. 492.

²⁴⁹ A. SCCELLA, *Prove penali*, p. 160.

stabilire quale sia l'interesse tutelato dalla norma, soprattutto laddove questa guardi alla tutela di una pluralità di interessi²⁵⁰.

Di più, la teoria di cui si discute appare, in una diversa prospettiva, anche pericolosa, perché rischia di aprire la strada a valutazioni interpretative legate alla concreta lesione del singolo bene che si ritiene tutelato. Ben potrebbe, infatti, l'interprete concludere per l'innocuità del vizio nel caso concreto o per la non operatività di un divieto comunque posto dal legislatore in termini impliciti o indiretti. V'è il rischio, in altri termini, che la ricognizione della *ratio* della norma possa trasformarsi in un'operazione giurisprudenziale di creazione od esclusione del divieto, sostituendo alle scelte legislative quelle dell'interprete²⁵¹.

Anche la tesi del “potere istruttorio” presta il fianco ad alcune critiche, poiché sembra affidarsi a parametri ancora più sfuggenti. Nel sostenere che un divieto probatorio si profila solo in presenza di una norma che esprime una valutazione di inammissibilità, ossia in seguito all'esercizio di un potere non riconosciuto dalla legge, i fautori della

²⁵⁰ Si vedano, al riguardo, le riflessioni svolte nel capitolo 2.

²⁵¹ Si pensi, ad esempio, al caso dell'art. 251 c.p.p. riguardante gli orari della perquisizione. Tale norma viene quasi sempre citata come esempio negativo a cui condurrebbe la teoria “formale”. Eppure non può tacersi di come le riflessioni che criticano quella impostazione si basino prevalentemente su argomenti legati all'eccessivo trattamento sanzionatorio previsto per la lesione di un interesse che evidentemente non si reputa importante tutelare. Ma di quale bene si sta parlando precisamente? Della tutela del domicilio? Della dignità della persona sottoposta ad intrusione notturna? Della concreta possibilità di vigilare – o far vigilare da un difensore prontamente reperibile – le operazioni svolte dagli inquirenti? Come si vede, pertanto, non solo un simile atteggiamento interpretativo non risulta in grado di isolare l'interesse sotteso alla norma, ma rischia molto spesso di giustificare atteggiamenti di ritrosia nei confronti delle prescrizioni legislative.

teoria in questione sembrano solo dare un nome diverso al problema di partenza.

Appare lecito domandarsi, infatti, in quali casi la norma preveda effettivamente un'ipotesi di inammissibilità e mediante quali segnali normativi: se li esprima sotto forma di divieto o anche sotto forma di concessione; se possa prevederli in modo indiretto o solamente diretto; se sia possibile arguire questa "valutazione di inammissibilità" esclusivamente dall'analisi del testo normativo o anche dall'esame della *ratio* della disposizione²⁵².

Come si può vedere, insomma, pare che la teoria del "potere istruttorio" non faccia altro che spostare la questione dal piano dell'individuazione del divieto a quello della descrizione dei suoi effetti; come a dire che tutte le volte in cui il legislatore prevede un divieto probatorio, allora in esso si esprime la carenza del potere istruttorio del giudice che rende la prova inammissibile, anche a prescindere dalla previsione espressa dell'art. 191 c.p.p.²⁵³.

²⁵² Come pure sostiene A. SCILLA, *Prove penali*, cit., p. 146: «Quando si tratta di verificare se l'inosservanza di un determinato precetto normativo sia tale da rendere la prova inutilizzabile ex art. 191, diventa necessario domandarsi a quale finalità obbedisca la regola trasgredita». «La *ratio* della norma diventa il criterio fondamentale per decidere sulle conseguenze prodotte dalla violazione della norma medesima».

²⁵³ Che da questo punto di vista risulterebbe superfluo. Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 739.

3. Divieti riferiti all'an e divieti riferiti al quomodo della prova

La teoria del “potere istruttorio” presenta un ulteriore inconveniente di non poco conto, poiché mira a circoscrivere l'area dell'inutilizzabilità alle sole ipotesi di prove intrinsecamente inammissibili, non ricomprendendovi i casi di violazione delle modalità acquisitive della prova.

I sostenitori di questa tesi ritengono, infatti, che il concetto di “divieto probatorio” sia formula da riservare alle prescrizioni normative volte a stabilire i criteri in forza dei quali il giudice compie la valutazione relativa alla possibilità di ammettere o escludere le prove manifestamente superflue o irrilevanti. Posta tale premessa, ne deriva che l'impostazione tradizionale che sostiene la perfetta equivalenza fra “divieto probatorio” e “divieto di ammissione” manterrebbe, anche oggi, piena validità²⁵⁴.

La circostanza che la nuova forma di imperfezione dell'atto probatorio, così come congegnata dai compilatori del nuovo codice, non allarghi il proprio campo di operatività anche al momento formativo della prova è impostazione che la dottrina del potere istruttorio caldeggia anche dinanzi ad una chiara formulazione testuale dell'art. 191 c.p.p., che allude a prove «acquisite» – e non «ammesse» - in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, e pur riconoscendo la volontà legislativa di una simile opzione semantica.

²⁵⁴ A. SCILLA, *Prove penali*, loc. cit., sulla scia di F. CORDERO, *Procedura penale*, loc. cit.

Che l'inosservanza delle disposizioni inerenti al *quomodo* della prova non possa dare origine ad autonome ipotesi di inutilizzabilità viene fatta derivare, d'altronde, dalla ritenuta appartenenza dei vizi attinenti al metodo di formazione della prova allo specifico campo delle nullità, secondo l'impostazione – sicuramente valida sotto l'egida del codice previgente - per cui il rimedio tipico alle violazioni delle forme degli atti processuali sarebbe rappresentato dalla nullità, mentre il più drastico effetto dell'inutilizzabilità andrebbe riservato alla prova intrinsecamente inammissibile in ragione della mancanza di qualsiasi potere istruttorio che legittimi il suo ingresso nel procedimento.

Secondo questa linea interpretativa, allora, i casi nei quali il legislatore presidia con l'inutilizzabilità speciale la violazione delle norme attinenti al metodo di formazione della prova, tra i quali andrebbero annoverati esclusivamente l'art. 103 comma 7 e l'art. 271 comma 1 c.p.p., non entrano in contraddizione con l'inquadramento sistematico offerto dalla dottrina che sostiene la tesi del potere istruttorio, rappresentando le uniche eccezioni in un contesto normativo decisamente coerente nella direzione opposta.

Né la fonte generale dei divieti probatori attinenti al *quomodo* della prova sarebbe rintracciabile, sempre a detta dei sostenitori di questa tesi, negli artt. 64 comma 2 e 188 c.p.p., che vietano il ricorso a metodi o tecniche idonee ad influire sulla libertà morale dell'imputato, poiché nelle disposizioni citate sarebbe rintracciabile non già una regola di acquisizione della prova, bensì una regola ammissione della stessa.

Se l'esigenza di ancorare la riconducibilità del nuovo modulo sanzionatorio a parametri il più possibile determinati deve essere senz'altro condivisa, non sembra, tuttavia, che la soluzione proposta dalla dottrina del potere istruttorio possa ritenersi del tutto appagante.

Occorre rilevare, infatti, come il ripristino della originaria impostazione che tendeva a riservare l'inutilizzabilità al solo momento dell'ammissione della prova, sembra smentito non solo da argomenti storici e testuali, ma anche dall'impiego legislativo sempre più vasto della categoria in parola per prevenire peculiari vizi di forma di atti probatori frutto di un potere processuale indiscutibilmente legittimo.

Sotto il primo profilo, si deve riconoscere non solo che la disposizione dell'art. 191 c.p.p. appare chiara dal punto di vista semantico nel voler ricondurre sotto l'egida della norma anche le violazioni dei divieti probatori relativi alle modalità di acquisizione della stessa, nel preciso intento di innalzare l'inutilizzabilità a norma di garanzia dell'intero procedimento probatorio²⁵⁵, ma anche che la riconduzione dei vizi attinenti alla forma dell'atto processuale al sistema delle nullità esce smentita dall'impostazione del nuovo codice, il quale non riserva più tale specie di invalidità all'inosservanza delle «forme» degli atti, bensì alle «disposizioni» sugli atti.

²⁵⁵ Non soltanto, quindi, come pure è stato sostenuto, da A. SCCELLA, *Prove penali*, cit., p. 147, di ampliare operatività della sanzione anche alla fase preliminare.

Sotto il secondo profilo, le numerose disposizioni che contemplano ipotesi di inutilizzabilità in via autonoma²⁵⁶, e non quale vizio derivante da una ammissione illegittima, rispetto all'erronea formazione processuale di atti a contenuto probatorio, sconsigliano di relegare il fenomeno a mera eccezione²⁵⁷.

D'altronde, la pretesa equivalenza fra prova inutilizzabile e prova inammissibile, anche qualora la si voglia condividere, non sembra in grado, di per sé sola, di offrire un sicuro indice di riconoscimento della nuova forma d'invalidità, come pure sostengono i fautori della tesi del potere istruttorio, dal momento che «non incide affatto sulle modalità tecniche di previsione normativa del nuovo paradigma di imperfezione»²⁵⁸. È evidente, infatti, che anche la ricognizione delle ipotesi di inammissibilità della prova, così come intesa dai fautori della teoria del potere istruttorio, sarebbe necessario chiedersi se la qualificazione negativa imposta dall'ordinamento sia oggetto di una indicazione tassativa o meno, speciale o generale, diretta o indiretta. In altre parole, «l'alternativa tra criteri formali e sostanziali per l'individuazione dei divieti probatori stabiliti a pena di inutilizzabilità rimane comunque irrisolta pur aderendo alla teoria del potere istruttorio»²⁵⁹.

²⁵⁶ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi racchiuse negli artt. 64 comma 3-bis, 141 bis, 195 comma 3, 360 comma 4, 391 bis comma 6 c.p.p., nonché l'art. 13 comma 14 e 15 l. 15 marzo 1991, n. 82.

²⁵⁷ Si veda, in tal senso, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., c. 648.

²⁵⁸ G. PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti*, cit., p. 3252.

²⁵⁹ Così, G. PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti*, loc. cit.

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra, pertanto, preferibile un'opzione ermeneutica che separi nettamente il concetto di prova inutilizzabile da quello di prova inammissibile, essendo le due categorie assiologicamente distanti fra loro. Secondo una parte della dottrina, infatti, l'inutilizzabilità della prova, come parametro di giudizi di disvalore, esprime un *quid pluris* rispetto alla mera inammissibilità, implicando una stigmatizzazione nei confronti di atti probatori vietati perché lesivi di garanzie fondamentali²⁶⁰.

L'idea che la caratterizzazione tipica della nuova figura sanzionatoria emerga dalla trasposizione processuale delle esigenze di inviolabilità dei valori costituzionali nella ricostruzione del fatto trova appiglio, in effetti, in alcuni arresti giurisprudenziali della Corte di Cassazione.

Sulla scia di una precedente decisione della Corte costituzionale in materia di tabulati telefonici²⁶¹, le sezioni unite della Suprema Corte ribadiscono in diverse pronunce che nella categoria delle prove sanzionate da inutilizzabilità rientrano non solo quelle oggettivamente vietate, ma anche «le prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla legge, ed a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla

²⁶⁰ Tale impostazione è sostenuta, in particolare, da G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità. L'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., p. 49 ss., e riproposta in ID., *Inutilizzabilità degli atti*, loc. cit.

²⁶¹ Corte cost., sent., 26 febbraio 1993, n. 81.

Costituzione»²⁶². Ipotesi, quest'ultima, «sussumibile nella previsione dell'art. 191 c.p.p., proprio perché l'antigiuridicità di prove così formate od acquisite attiene alla lesione dei diritti fondamentali», riconosciuti intangibili dalla Costituzione stessa.

Risulta importante sottolineare, a tal proposito, che l'art. 191 c.p.p. viene ritenuto applicabile alle prove «assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo», «come tali colpite dalla patologia irreversibile dell'inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempri divieti espliciti al loro impiego nel procedimento». La Suprema corte non considera necessario, infatti, che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una certa materia, ma ritiene che possano rinvenirsi pure «in altre norme o nei principi generali anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali»²⁶³.

Chi si muove lungo questa linea interpretativa non intende, invero, rinvenire nella Costituzione la matrice diretta dei divieti probatori, bensì operare un'esegesi costituzionalmente orientata del disposto dell'art. 191 c.p.p.; un'interpretazione ben più restrittiva – occorre ammetterlo – di

²⁶² Cass., sez. un., 24 settembre 1998, in Giust. pen., 1999, III, c. 614 ss. Nello stesso solco interpretativo di veda, inoltre, Cass, sez. un., 27 marzo 1996, in Giust. pen., 1997, III, c. 242.

²⁶³ Chi si muove lungo questa linea interpretativa non intende certo rinvenire nella Costituzione la matrice diretta dei divieti probatori, bensì operare un'esegesi costituzionalmente orientata del disposto dell'art. 191 c.p.p. Da questo punto di vista, bisogna ammettere che le posizioni giurisprudenziali, secondo cui neppure la totale assenza di un'espressa previsione legislativa impedirebbe di qualificare inutilizzabili le acquisizioni probatorie derivanti dalla violazione di diritti inviolabili della persona, si spingono ben oltre ogni riferimento al dettato normativo.

quelle posizioni giurisprudenziali secondo cui nemmeno la totale assenza di un'espressa previsione legislativa impedirebbe di qualificare inutilizzabili le acquisizioni probatorie derivanti dalla violazione di diritti inviolabili della persona.

Nella consapevolezza che tale impostazione possa dar luogo a critiche legate alla vaghezza del metodo ricostruttivo e ai rischi di un opinabile ed eccessivo ampliamento delle ipotesi di inutilizzabilità, chi individua il *discrimen* fra prova inutilizzabile e prova inammissibile nella lesione delle garanzie fondamentali dell'individuo risponde che, al contrario, si tratta di un presidio ermeneutico per il controllo di concordanza di un'ipotesi interpretativa «dubbia e plurisolubile, in quanto tale non verificabile o falsificabile al di fuori dei risultati autorizzati dal testo normativo che si intenda decifrare e comprendere»²⁶⁴.

D'altronde, che al fine di rinvenire autentiche proibizioni probatorie a pena di inutilizzabilità sia spesso indispensabile una complessa e delicata attività esegetica, imperniata su canoni di qualificazione impliciti nel sistema, è posizione condivisa anche da coloro che circoscrivono l'ambito della nuova figura di imperfezione unicamente a valutazioni di inammissibilità della prova²⁶⁵.

Eppure, la chiave di lettura assiologica offerta da quella parte della dottrina che sostiene l'affrancamento dell'inutilizzabilità dalla mera inammissibilità della prova, individua una «persuasiva linea di confine

²⁶⁴ Così, G. PIERRO, *Inutilizzabilità*, cit., p. 3254.

²⁶⁵ Particolarmente, A. SCILLA, *Prove penali*, cit., p. 174.

tra inutilizzabilità e nullità probatorie»²⁶⁶ negli interessi fondamentali che la comunità giuridica assume come parametro di apprezzamento per assicurare la correttezza del procedimento probatorio. Anche nei casi in cui siano entrambe orientate verso l'area applicativa inerente ai vizi formativi degli atti di acquisizione della prova, le due categorie restano comunque nettamente distinte.

La realizzazione di un *modus procedendi* difforme dal modello legale, verso il quale converge la previsione di nullità, «si colloca in una dimensione di garanzia non legata al nucleo primario e centrale della prova»²⁶⁷, e, per ciò stesso, demanda prevalentemente all'esercizio del potere dispositivo delle parti la conservazione e la definitiva consolidazione degli effetti precari degli atti probatori vietati.

Il «paradigma di disvalore» sotteso all'inutilizzabilità pur nel contesto delle inosservanze sul *quomodo* della prova, al contrario, «racchiude una riprovazione incondizionata e radicale del modo di essere della prova», sottratta, quindi alla disponibilità delle parti, perché «protesa ad assicurare gli interessi ritenuti inderogabili dell'accertamento processuale»²⁶⁸.

Nullità ed inutilizzabilità, pertanto, non realizzano le medesime istanze di tutela giuridica. Se, infatti, l'atto probatorio affetto da nullità risulta precariamente efficace e può venire stabilizzato attraverso la convalida, espressa o tacita, del soggetto legittimato a far valere il vizio,

²⁶⁶ In questo senso, G. PIERRO, *op. loc. cit.*

²⁶⁷ G. PIERRO, *op. loc. cit.*

²⁶⁸ Ancora in tal senso G. PIERRO, *op. loc. cit.*

l'atto probatorio inutilizzabile è, invece, sottratto ad ogni tipo di disponibilità, poiché contrario ai profili essenziali della prova.

Tale criterio distintivo, che intravede l'autonomia concettuale e normativa dell'inutilizzabilità nell'esclusione delle prove acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione – e, pertanto, assoluti ed irrinunciabili –, ha ricevuto, dapprima l'avallo della giurisprudenza di legittimità e poi una significativa conferma a livello normativo.

Sotto il primo profilo, le sezioni unite della Corte di cassazione in più di un'occasione hanno evidenziato come le due categorie di imperfezione dell'atto siano correlate a referenti concettuali diversi. La nullità, infatti, attiene «sempre e soltanto all'inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova», dando luogo ad un vizio che «non pone il procedimento formativo o acquisitivo al di fuori del parametro normativo di riferimento»²⁶⁹. L'inutilizzabilità, al contrario, «come sanzione di carattere generale, presuppone la presenza di una prova “vietata” per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero per effetto del procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale»²⁷⁰.

Sotto il secondo profilo, invece, le modifiche apportate al codice di procedura penale dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 – la c.d. riforma Orlando – hanno fornito, seppure dalla specifica prospettiva del giudizio abbreviato, una significativa conferma a quegli orientamenti

²⁶⁹ In questi termini, Cass., sez. un., 27 marzo 1996, cit., c. 141 ss.

²⁷⁰ Così, ancora, Cass., sez. un., 27 marzo 1996, loc. cit.

giurisprudenziali per i quali le prove inutilizzabili perché «derivanti dalla violazione di un divieto probatorio», così come stabilisce l'art. 438 comma 6 *bis* c.p.p., debbano intendersi non solo le prove oggettivamente vietate, ma anche quelle «comunque formate o acquisite in violazione – o con modalità lesive – dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione, e perciò assoluti e irrinunciabili, a prescindere dall'esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento contenuto nella legge processuale»²⁷¹.

Ai primi commentatori della recente riforma è sembrato che per questa via si sia inteso superare il principio di stretta legalità e tipicità dei divieti probatori, attraverso un riferimento contenutistico non alla fonte del divieto, bensì alla sua funzione, «giacché la paralisi che deriva dalla inutilizzabilità, a differenza della nullità, che coinvolge l'atto, inerisce direttamente alla funzione probatoria che quell'atto è destinato ad assolvere»²⁷².

Ciò spiegherebbe, secondo questa impostazione, il motivo per il quale, mentre per le nullità deve essere la legge a stabilire i relativi casi, per i divieti probatori «non è stabilita la stessa necessità di rassegna casistica, bastando che sia la legge (e dunque la Costituzione anzitutto) a

²⁷¹ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3259; in *Guida dir.*, 2000, n. 31, p. 73, con nota di R. BRICCHETTI, *La richiesta di accesso al rito semplificato non è rinuncia ad eccepire gli atti viziati*; in *Giur. it.*, 2000, p. 2120, con nota di BERNI, *Nuovi scenari per il giudizio abbreviato tra evoluzione giurisprudenziale e controriforma legislativa*; in *Cass. pen.*, 2001, p. 400, con nota di F. CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*.

²⁷² In questo senso, A. MACCHIA, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 novembre 2017, p. 15.

delinearne l'essenza»²⁷³. Da questo punto di vista, allora, andrebbe assegnata una portata "di sistema" alla circostanza che la novella abbia reso autonomo il concetto di "divieto probatorio" «proprio perché il legislatore non si è limitato a richiamare, *sic et simpliciter*, l'art. 191 del codice di rito»²⁷⁴.

4. La sterilizzazione degli effetti dell'inutilizzabilità

L'esame del momento ricognitivo del divieto probatorio evidenzia una profonda incertezza dei criteri con cui individuare, già a monte, la prescrizione normativa intesa a vietare l'acquisizione di una determinata prova. La tendenza attuale della dottrina e della giurisprudenza sembra, in questa prospettiva, quella di affidare simile operazione a criteri non formali, legati a valutazioni circa la reale lesione all'interesse tutelato dalla norma, ad un esame concreto della sua gravità, alle esigenze in gioco nel caso di specie, con l'intento, spesso dichiarato, di restringere l'area operativa dell'inutilizzabilità alle ipotesi considerate veramente meritevoli di tutela.

In giurisprudenza si registra, infatti, una marcata tendenza alla conservazione degli elementi di prova, che si orienta verso la riconduzione di alcune forme di violazione della norma all'interno della

²⁷³ A. MACCHIA, *La riforma del giudizio abbreviato*, cit., p. 16.

²⁷⁴ Così, ancora, A. MACCHIA, *La riforma del giudizio abbreviato*, loc. cit.

mera irritualità ovvero delle nullità sanabili²⁷⁵. Si tratta, come è stato segnalato da una parte della dottrina, di vere e proprie «derive sostanzialistiche» sulle quali il dibattito è vivace.

Esistono, come emerge dall'esame della casistica giurisprudenziale, due tipologie di violazione che possono determinare l'inutilizzabilità della prova. Quelle, da un lato, concernenti i diritti fondamentali coinvolti nell'acquisizione del dato probatorio e non ne compromettono il valore euristico; quelle, dall'altro, che si ripercuotono sull'attendibilità della prova.

Quanto al primo fenomeno, l'esistenza del divieto probatorio viene fatta discendere dal grado di decisività della prova per l'accertamento del fatto nel caso concreto, nonostante la lesione di beni costituzionalmente tutelati. Può accadere sovente, infatti, che l'elemento probatorio raccolto appaia tanto più utile e significativo, quanto più grave sia stata la

²⁷⁵ La casistica, sul punto, è vasta. Si pensi, ad esempio, alla violazione delle norme attinenti allo svolgimento dell'esame incrociato, considerate pressoché prive di conseguenze sanzionatorie (in particolare, Cass., sez. VI, 31 ottobre 2008, Pagano, in *CED Cass.*, n. 241318, che considera il diniego del controesame opposto dal giudice al difensore alla stregua di una nullità a regime intermedio, oppure Cass., sez. V, 17 luglio 2008, Cutone, in *CED Cass.*, n. 242025, che ritiene irrilevante la circostanza per la quale l'esame del testimone in dibattimento sia svolto interamente dal giudice); oppure, ancora, alle ipotesi nelle quali il mancato rispetto delle norme si ripercuote sulla genuinità delle prove dichiarative, che la giurisprudenza maggioritaria considera vieppiù utilizzabili (Cass., sez. V, 24 marzo 2009, Baron e altri, in *CED Cass.*, n. 244203, che ha ritenuto utilizzabile l'esame a distanza di un collaboratore di giustizia ripreso alle spalle; Cass., sez. IV, 15 gennaio 2007, Granata e altri, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1149; Cass., sez. IV, 29 ottobre 2003, Branda, *ivi*, 2005, p. 150, che ha ritenuto utilizzabili le dichiarazioni rese da testimoni non collocati al luogo separato dall'aula di udienza ai sensi dell'art. 149 disp. att. c.p.p.; Cass., sez. III, 9 luglio 2008, Valentino, in *CED Cass.*, n. 240746; Cass., sez. III, 4 maggio 2010, in *Dir. giust.*, 2010, p. 221; Cass., sez. II, 18 settembre 2008, Fati, in *CED Cass.*, n. 242049).

compressione delle istanze personalistiche coinvolte, quali l'inviolabilità del domicilio o la segretezza delle comunicazioni. Dinanzi ad una prova "schiacciante", ancorché acquisita in violazione di diritti individuali, si registra, allora, la tendenza della giurisprudenza a cedere dinanzi ai richiami della giustizia sostanziale, conservando il dato probatorio ottenuto²⁷⁶.

Per quanto attiene, invece, alle violazioni che si ripercuotono sull'attendibilità dell'accertamento, sembra che gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti spostino la questione circa la tutela dell'interesse leso dalla fase di acquisizione a quella di valutazione della prova, confidando che le cautele adottate dal giudice possano sopperire alle carenze verificatesi nelle precedenti fasi del procedimento probatorio²⁷⁷.

Un simile ragionamento, tuttavia, nel sovrapporre il momento acquisitivo con quello valutativo, opera un'evidente inversione metodologica, giacché il giudice sarebbe chiamato a valutare elementi di

²⁷⁶ Sulla problematica, diffusamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 25 febbraio 2010, *Mokhov v. Russia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2456. La Corte ha ricordato che, secondo la sua giurisprudenza, essa è tenuta a giudicare soltanto se la procedura, complessivamente intesa, abbia rispettato i canoni del giusto processo; viceversa, è compito della giurisdizione nazionale disciplinare l'ammissibilità della prova. Si veda, inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 28 luglio 2009, *Lee Davies v. Belgio*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4961, in merito ad una perquisizione illegittima che, tuttavia, non aveva influito negativamente sulla qualità delle prove raccolte.

²⁷⁷ Si veda, *ex multis*, Cass., sez. III, 24 febbraio 2012, *Celva*, in *CED Cass.*, n. 351985, ad avviso della quale l'inosservanza delle regole a tutela della genuinità e della sincerità delle risposte del teste, pur non determinando inutilizzabilità o nullità, rende la prova non genuina e poco attendibile, pertanto il giudice deve procedere ad un'attenta valutazione.

prova che le legge intendeva escludere dall'orizzonte decisorio proprio in ragione della loro scarsa attendibilità. Confidare in un recupero della tutela al momento della valutazione, significherebbe, in buona sostanza, depotenziare gli effetti tipici delle regole di esclusione a vantaggio di un sistema che affida nelle mani del libero convincimento del giudice la fondamentale decisione circa l'ammissione e l'acquisizione della prova²⁷⁸; uno scenario il cui superamento sembrava rappresentare, invece, l'elemento caratterizzante della nuova forma di invalidità stabilita dall'art. 191 c.p.p.

In una diversa prospettiva, è opportuno segnalare che non sempre gli sforzi giurisprudenziali verso la conservazione delle conoscenze comunque ottenute nel processo si concentrano sul momento della ricognizione del divieto probatorio. Certo, tale momento, come si è sottolineato in più di un'occasione, è, in una certa misura, fisiologicamente consegnato all'opera ricostruttiva dell'interprete, sia a causa di una legislazione spesso non limpida, sia per la naturale e progressiva emersione di esigenze di tutela non preconizzabili al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito. In questo scenario, pertanto, si può affermare che le interpretazioni offerte dalla giurisprudenza della Suprema corte, sebbene non condivisibili, rappresentino soluzioni ermeneutiche possibili.

²⁷⁸ Denuncia questa tendenza, in particolare, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781 ss.

Meno accettabili risultano, invece, quegli orientamenti giurisprudenziali che, facendo leva sulle medesime esigenze conservative, concentrano la propria attenzione non sul momento ricognitivo, bensì sul conseguente regime giuridico del vizio. È proprio questo, infatti, il fronte sul quale la giurisprudenza lavora al fine di ridurre gli effetti demolitori dell'inutilizzabilità, quando non risulta possibile operare al momento della ricognizione del divieto.

Gli artt. 191 comma 2 e 606 comma 1 lett. c) c.p.p. si esprimono, da questo punto di vista, in modo chiaro, sancendo il carattere perenne di tale forma d'invalidità: il vizio conseguente alla violazione di un divieto di prova, infatti, non solo può essere rilevato anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ma può anche divenire oggetto di un autonomo motivo di ricorso in Cassazione.

A dispetto di uno scenario normativo piuttosto univoco, si deve, tuttavia, segnalare un compatto orientamento della Suprema corte, anche nella sua più autorevole composizione, che tende a scoraggiare le impugnazioni di legittimità, mediante l'apposizione di numerosi ostacoli al ricorso dinanzi all'organo nomofilattico. Si pensi, emblematicamente, all'affermato principio della c.d. autosufficienza del ricorso, a mente del quale si richiede che il ricorrente indichi specificamente il vizio dedotto e gli atti dai quali è dato ricavare l'esistenza dello stesso, con compiuta dimostrazione di eventuali elementi di fatto²⁷⁹. Sebbene tale principio abbia senz'altro giocato un ruolo importante nel ridefinire l'ampiezza

²⁷⁹ In particolare, Cass., sez. un., 8 ottobre 2009, De Iorio, in *Foro it.*, 2009, 10, p. 1.

delle modifiche apportate dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46 in materia di contraddittorietà della motivazione, appare evidente che, in tema di inutilizzabilità della prova un simile onere dimostrativo in capo alle parti rischia di trasformarsi in un compito arduo, se non impossibile, specie allorché l'invalidità derivi dall'omissione di un atto²⁸⁰.

Nel medesimo solco ermeneutico, la giurisprudenza richiede, inoltre, non solo che il ricorrente chiarisca l'incidenza degli atti specificamente affetti dal vizio sul complessivo compendio probatorio già valutato, così da potersene inferire la decisività ai fini del provvedimento²⁸¹, ma anche che l'inutilizzabilità non possa essere fatta valere nell'ambito dei motivi nuovi, bensì con l'atto di ricorso principale²⁸².

Allo stesso modo, la Suprema corte ritiene che non possano dedursi per la prima volta nel giudizio di legittimità questioni di inutilizzabilità della prova la cui valutazione richieda accertamenti di merito, i quali, se necessari, devono essere sollecitati nel giudizio d'appello, salva la possibilità di dolersi dei relativi provvedimenti mediante un successivo ricorso per cassazione²⁸³.

Si pensi, ancora, agli interventi giurisprudenziali riguardanti i limiti demolitori della pronuncia di legittimità, secondo i quali la

²⁸⁰ Si pensi alle modalità di interrogatorio previste e disciplinate dall'art. 141 *bis* c.p.p.

²⁸¹ Emblematicamente, Cass., sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4142.

²⁸² Cass., sez. I, 9 maggio 2005, Ballacchino, in *CED Cass.*, n. 232406.

²⁸³ Cass., sez. IV, 6 ottobre 2010, C., in *Guida dir.*, 2011, n. 10, p. 68.

Cassazione, prima di annullare con rinvio la sentenza basata su una prova dichiarata inutilizzabile, deve procedere alla c.d. “prova di resistenza”, valutando se la motivazione “resta in piedi” nonostante l’eliminazione dell’elemento viziato²⁸⁴; oppure, ancora, al principio secondo il quale le doglianze legate a motivi di inutilizzabilità della prova non possano essere dedotte per la prima volta né rilevate nel giudizio di rinvio; o, infine, a quei casi nei quali i giudici di legittimità hanno configurato delle vere e proprie inutilizzabilità anomale, sottoposte ad inediti limiti di deducibilità. In tutti i casi indicati, infatti, la giurisprudenza sembra aver operato un’interpretazione *contra legem* dell’art. 191 comma 2 c.p.p.: se, nella prima ipotesi, viene surrettiziamente introdotto un principio di innocuità del vizio, poiché non si è fatto alcun uso della prova inutilizzabile, nel secondo e nel terzo si è, invece, dato vita ad un inedito fenomeno preclusivo modulato secondo scadenze temporali non previste dal legislatore²⁸⁵.

²⁸⁴ Fra le altre, Cass., sez. V, 3 ottobre 2008, Rizzo, in *CED Cass.*, n. 241299.

²⁸⁵ Si veda, particolarmente, Cass., sez. II, 22 gennaio 2009, Pettinato, in *Giur. it.*, 2009, p. 1765, con nota critica di F. GIUNCHEDI, *Un istituto di formazione giurisprudenziale: la sanatoria dell’inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*; nonché, Cass., sez. V, 3 ottobre 2006, Caruso e altri, in *CED Cass.*, 235015; Cass., sez. VI, 3 maggio 2006, Di Mauro, in *CED Cass.*, n. 234649; Cass., sez. I, 18 aprile 2006, Marine e altri, in *CED Cass.*, n. 235274. Decisamente vasta, poi, la giurisprudenza in tema di acquisizione dei decreti autorizzativi delle intercettazioni disposte in diverso procedimento. Secondo Cass., sez. un., 17 novembre 2004, Esposito, in *Cass. pen.*, 2005, p. 357, le intercettazioni svolte *aliunde* sono utilizzabili anche qualora non si acquisiscano i relativi decreti autorizzativi. Se una parte intende, però, farne valere l’inutilizzabilità, ha l’onere di procurarsi tali decreti e presentarli a supporto delle proprie allegazioni. Neppure il giudice di merito, secondo il Supremo collegio, è tenuto a ricercare d’ufficio la prova dei fatti dai quali emerge l’inutilizzabilità, dovendo essere le parti ad attivarsi al riguardo. Nella stessa direzione, Cass., sez. I 31

Occorre, in quest'ottica, segnalare un aspetto.

Nel sottoporre a critica tali approcci ermeneutici, non si intende, certo, disconoscere la circostanza che il campo dei divieti probatori mostri una forte componente valoriale, ponendosi come punto di emersione e sintesi di un intero universo di esigenze fra loro in contrasto e che, in linea generale, possono venire ricondotte all'attività di accertamento e ai suoi limiti. Questa tensione fra interessi in gioco, tuttavia, rappresenta una delle caratteristiche connaturali del diritto, in sé considerato, e trova nella procedura penale una delle più rilevanti sfere di emersione. Sul terreno del processo, infatti, si instaura un delicato equilibrio fra ricerca la ricerca della verità ed i suoi vincoli, per la risoluzione del quale risulta opportuno non perdere di vista alcuni punti fermi che rappresentano altrettante conquiste di civiltà della cultura moderna e che connotano gli elementi naturali del processo penale liberale.

Rappresenta un elemento ineludibile di un ordinamento moderno che la società debba convivere con uno Stato autolimitato nelle sue facoltà di investigazione e persecuzione penale; cosa che presuppone un'importante diminuzione della capacità funzionale del sistema penale nel suo insieme. Non si può dimenticare, cioè, che in uno Stato di diritto

maggio 2005, Bega, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2868; Cass., sez. I, 28 aprile 1998, Maggi e altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 588; Cass., sez. VI 24 febbraio 2009, Abis, in *CED Cass.*, n. 243257; Cass., sez. V, 14 gennaio 2010, Belli, in *CED Cass.*, n. 245818; Cass., sez. un., 5 aprile 2011, Digiacomantonio, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4210; Cass., sez. un., 27 maggio 2010, Lasala, *ivi*, 2011, p. 461. Per ulteriori approfondimenti, si confronti, in particolare, C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3653 ss.

la definizione del contrasto fra diverse esigenze viene, in primo luogo, risolto – o, quantomeno, appare risolvibile – attraverso la scelta del Costituente di fissare determinate limitazioni al potere statale di persecuzione penale, mediante l’individuazione di sfere di tutela inviolabili e, in secondo luogo, dall’opera del legislatore che, mediante l’operazione normativa, determina il punto esatto in cui porre l’ago della bilancia, decidendo, così, quanto restringere un certo bene nel tutelarne, contestualmente, un altro con esso in contrasto.

Il primo compito del giudice, in questa prospettiva, è quello di rispettare la legge e analizzare, semmai, dalla “torre di controllo” dei diritti fondamentali se una determinata disposizione fornisca una regolazione ragionevole di quel contrasto. Una volta che la norma è stata posta – occorre ribadirlo – sono pochi gli spazi di intervento giurisprudenziale per la ridefinizione di un equilibrio già definito.

Accogliendo il monito di una parte minoritaria della dottrina tedesca ²⁸⁶, l’acquisizione processuale dell’informazione ottenuta mediante la violazione di una norma di ingerenza – o in assenza di una norma che quella ingerenza abbia autorizzato – mediante il ricorso al bilanciamento di valori deve essere considerata, pertanto, come un inaccettabile ampliamento giurisprudenziale delle prerogative dell’autorità giudiziaria.

Contro simili considerazioni vengono, generalmente, opposte ragioni legate, per lo più, all’impossibilità da parte del legislatore di

²⁸⁶ In particolare, G. FEZER, *Grundfragen*, cit., p. 156 e F. SYDOW, *Kritik der Lehre*, p. 149.

regolare esaustivamente tutti i casi astrattamente ipotizzabili di collisione fra interessi tutti meritevoli di tutela, potendo la legge determinare, semmai, una cornice generale di disposizione. Ne deriva che il successivo e concreto sviluppo di quelle disposizioni rappresenta un'attività necessariamente demandata alla giurisprudenza e alla dottrina.

Mediante simili repliche, si rischia, tuttavia, di confondere fenomeni fra loro distinti: un conto è che il legislatore conceda determinati spazi di manovra all'interprete al fine di meglio specificare o concretizzare il campo operativo di una disposizione; un altro è che l'operazione ermeneutica si trasformi *tout court* in un'attività creativa dinanzi alle lacune legislative; un altro ancora è che l'interpretazione giurisprudenziale determini, di fatto, la riscrittura o la cancellazione di una norma espressamente posta dal legislatore.

Nel primo caso, infatti, l'attività di interpretazione risulta confinata entro limiti del tutto ammissibili, essendo comunque il legislatore ad affidare la puntualizzazione di alcuni ambiti all'operatore giuridico. Nel secondo caso, il problema è solo apparente, poiché nell'ambito delle norme attributive di poteri ciò che viene taciuto equivale ad essere vietato; ed inoltre, nello specifico campo penalistico, qualsiasi lacuna normativa non può venire colmata *in peius*, ma, semmai, solo in senso favorevole al reo, in ragione del divieto di analogia in *malam partem* ricavabile direttamente dal principio di legalità. Nel terzo caso, invece, ci si trova di fronte ad una piena confusione dei ruoli fra legislatore e

giudice che, in un ordinamento governato dal principio della divisione dei poteri, non può essere accettato.

Dinanzi all'asserita necessità di ampliare o modificare le facoltà statali di ingerenza per ragioni politico-criminali o per evitare un eccessivo impoverimento dell'efficienza della macchina penale, l'interprete potrà, semmai, esporre *de lege ferenda* le ragioni che potrebbero giustificare un simile ampliamento, ma in nessun caso sarà autorizzato a stabilire autonomamente una modificazione o un ampliamento travestito da sviluppo e precisazione dei divieti di probatori. Assecondare una simile tendenza – come fanno le teorie fondate su più o meno espliciti giudizi di bilanciamento - significa conferire una licenza al giudice di decidere attraverso le proprie convinzioni personali, politiche ed ideologiche²⁸⁷. Non si tratta, qui, di una necessaria operazione di riconoscimento e valutazione spesso indispensabile, ma di atti di valutazione politica circa la convenienza e l'utilità di giustificare uno specifico intervento da parte dei pubblici poteri nella sfera della libertà dei cittadini.

Da questo punto di vista, nel nostro sistema si manifesta chiaramente quella tendenza antiformale, più che antiformalistica, già denunciata dalla dottrina sotto la vigenza del vecchio codice²⁸⁸ che, oggi come allora, sembra ancorarsi agli stessi parametri culturali di

²⁸⁷ Così come segnala correttamente, nella dottrina tedesca, K. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, cit., p. 22.

²⁸⁸ Al riguardo, restano illuminanti e del tutto attuali, le riflessioni di G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., p. 206 ss.

riferimento, in particolare legati alla necessità di raggiungere la verità materiale.

La pretesa possibilità di ottenere una simile forma di accertamento del reale sembra condurre, oggi come allora, alla stessa «ribellione alla regola da parte del giudice, alla ricorrente tentazione all'utilizzo di mezzi istituzionalmente proibiti»²⁸⁹. Ciò «porta ad assimilare la figura del giudice a quella del libero ricercatore della realtà, all'elusione delle norme di esclusione della prova, al recupero e all'utilizzazione delle prove illegittimamente acquisite, alla sopravvalutazione del libero convincimento del giudice»²⁹⁰. Oggi come allora, il metodo probatorio codificato non ha costituito un presidio sufficiente ad arginare deviazioni ed inottemperanze alle regole, in nome di una cultura che continua ad ignorare il valore contenutistico del formalismo, «complemento inseparabile della libertà dell'individuo»²⁹¹.

²⁸⁹ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, cit., p. 208.

²⁹⁰ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, loc. cit.

²⁹¹ G. DE LUCA, *La cultura della prova*, loc. cit.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Beweisverbote im Strafprozeß*, in *Verhandlungen des sechsvierzigsten deutschen Juristentages*, II, München und Berlin, 1967.
- ALLORIO, E., *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, c. 867.
- ALSBERG, M. – NÜSE, K.H. – MEYER, K., *Der Beweisantrag im Strafprozeß*, Köln, 1983.
- ALSBERG, M. (Begr.), *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 6 Aufl., Köln, 2013.
- AMBOS, K., *Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, Berlin, 2010.
- AMBOS, K., *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte*, in *ZStW*, 2003, p. 583.
- AMBOS, K., *Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil I*, in *NStZ*, 2002, p. 628.
- AMBOS, K., *Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil II*, in *NStZ*, 2003, p. 14.
- AMBOS, K., *Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und –verfahren aus historischer Sicht*, in *Jura*, 2008, p. 586.

- AMELUNG, K., *Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren*, in *NJW*, 1991, p. 2533.
- AMELUNG, K., *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozeß*, Berlin, 1990.
- AMELUNG, K., *Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote*, Berlin, 2011.
- AMELUNG, K., *Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in J. Schultz – T. Vormbaum, (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997*, Baden-Baden, 1997, p. 505.
- AMELUNG, K., *Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverboten*, in B. Schünemann – W. Bottke – H. Achenbach – B. Haffke – H.J. Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin u.a., 2001, p. 1259.
- AMODIO, E., *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 169.
- AMODIO, E., *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1338.
- AMODIO, E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 310.
- AMODIO, E., *Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 76.
- ARICÒ, G., *Riflessioni in tema di inutilizzabilità delle prove nel nuovo processo penale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale (Università degli Studi di Salerno)*, 1993, p. 11.
- ARLOTH, F., *Dogmatik in der Sackgasse. Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote*, in *GA*, 2006, p. 258.

- BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Darmstadt, 1903.
- BEULKE, W., *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *Jura* 2008, p. 665.
- BEULKE, W., *Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen*, in *ZStW*, 1991, p. 279.
- BEULKE, W., *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2016.
- BRANDIS, T., *Beweisverbote im Strafprozeß als Belastungsverbote für den Beschuldigten?*, Frankfurt a.M., 2001.
- CAIANIELLO, M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012.
- CAPPELLETTI, M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in ID., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 111.
- CAPPELLETTI, M., *La «natura» delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 92.
- CARNELUTTI, F., *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Roma, 1915.
- CARRATTA, A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 73.
- CARRATTA, A., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 29.

- CHAO, Y., *Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht*, Berlin, 2009.
- COMOGLIO, L.P., *Il problema delle prove illecite nella esperienza angloamericana e germanica*, Pavia, 1966.
- COMOGLIO, L.P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 127.
- CONSO, G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.
- CONSO, G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955.
- CONSO, G., *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 20.
- CONTI, C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.
- CONTI, C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e itinerari della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 790.
- CORDERO, F., *Diatribes sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 230.
- CORDERO, F., *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, 1955.
- CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, 2012.
- CORDERO, F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.
- CORDERO, F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 703.
- CORSO, P.M., *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977.

- CORWIN, E., *The Constitution and what it means today*, Princeton (New Jersey), 1978.
- DALAKOURAS, T., *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre*, Berlin, 1988.
- DAMŠKA, M., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003.
- DANIELE, M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.
- DE LUCA, G., *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1256.
- DE LUCA, G., *La cultura della prova e il nuovo codice di procedura penale*, in AA. VV., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, vol. II, 1991.
- DE LUCA, G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 35.
- DEGENER, W., *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden, 2001.
- DEGENER, W., *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlin, 1985.
- DENCKER, F., *Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, 1977.
- DINACCI, F.R., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.
- DINGELDEY, T., *Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei ausserstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten*, in *NStZ*, 1984, p. 529.

- EISENBERG, U., *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, München, 2017.
- ENGELS, D., *Die Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO*, Bonn, 1979.
- FASSONE, E., *L'utilizzazione degli atti. La valutazione della prova*, in *Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale. Relazioni e contributi*, vol. I, *Quad. CSM*, n. 27, 1989, p. 528.
- FERRUA, P., *Anamorfosi del processo accusatorio*, in Id., *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, p. 10.
- FERRUA, P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua – F.M. Grifantini – G. Illuminati – R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 303.
- FERRUA, P., *Processo penale e verità*, in AA. VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, p. 211.
- FEZER, G., *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, 1995.
- FEZER, G., *Strafprozessrecht*, München, 1995.
- FEZER, G., *Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines „Raumgesprächs“*, in *NStZ*, p. 625.
- FEZER, G., *Zur Problematik des gerichtlichen Rechtsschutzes bei Sperrerklärungen gem. § 96 StPO*, in K.H. Gössel – H. Kauffmann (Hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, München, 1985.
- FINGER, T., *Prozessuale Beweisverbote. Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen*, in *JA*, 2006, p. 529.
- FONTI, R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008.
- FRIENDLY, H.J., *The Bill of rights as a code of criminal procedure*, in *Cal. Law Rv.*, 1965, p. 929.

- FRISTER, H., *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin, 1988.
- GALANTINI, N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.
- GALANTINI, N., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. I, Milano, 1997.
- GALANTINI, N., voce *Vizi degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999.
- GALLI, G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968.
- GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961.
- GIULIANI, A., voce *Prova in generale: a) Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 522 ss.
- GLASER, J., *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Leipzig, 1883.
- GLEB, S., *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Baden-Baden, 2006.
- GLEB, S., *Das Verhältnis von Beweisherebungs- und beweisverwertungsverboten und das prinzip locus regit actum*, in E. Samson (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, p. 197.
- GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.
- GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso*, vol. II. *Problemas juridico y politico del proceso penal*, Buenos Aires, 1961.

- GÖSSEL, K.H., *Beweisverbote im Strafverfahren*, in A. Kaufmann (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München, 1979, p. 809.
- GÖSSEL, K.H., *Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland*, in *GA*, 1991, p. 482.
- GÖSSEL, K.H., *Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Beweisverwertungsverböten als neuer Ausgangspunkt einer Lehre von den Beweisverboten im Strafprozeß*, in U. Erbert – P. Rieß (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 277.
- GÖSSEL, K.H., *Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren*, in *NJW*, 1989, p. 649.
- GÖSSEL, K.H., *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1977.
- GÖSSEL, K.H., *Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*, in *NJW*, 1981, p. 2217.
- GÖTTING, S., *Beweisverwertungsverböte in Fällen nicht geregelter Ermittlungstätigkeit*, Frankfurt a.M., 1999.
- GREVI, V., «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.
- GREVI, V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 338.
- GRIFANTINI, F.M., *Precisazioni in tema di utilizzabilità probatoria suggerita da un singolare caso di "utilizzabilità sopravvenuta" della testimonianza e da una sospetta irritualità della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3016.

- GRIFANTINI, F.M., *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fase anteriori*, in P. Ferrua – F.M. Grifantini – G. Illuminati – R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 169.
- GRIFANTINI, F.M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993.
- GRÜNWARD, G., *Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren*, in *JZ*, 1966, p. 489.
- GRÜNWARD, G., *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, Baden-Baden, 1993.
- GRÜNWARD, G., *Die Wahrunterstellung in Strafverfahren*, in E. Barth, *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag am 3. Januar 1970*, Göttingen, 1970, p. 46.
- GUARNIERI, G., *L'altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 595.
- HASSEMER, W., *Förmlichkeiten im Strafprozess*, in W. Hassemer - E. Kempf - S. Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 207.
- HASSEMER, W., *Generalprävention und Strafzumessung*, in W. Hassemer – K. Lüderssen – W. Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, p. 43.
- HASSEMER, W., *Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen?*, in *ZStW*, 2009, p. 829.
- HELLMANN, U., *Strafprozessrecht*, Berlin, 2006.
- HERMANN, J., *Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote*, in T. Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich-Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, p. 1291.
- HOFFMANN, P., *Der Unerreichbare Zeuge im Strafverfahren*, Berlin, 1991.

- HÜSCH, H.P., *Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren*, Pfaffenweiler, 1991.
- JACKSON, J.D. – SUMMERS, S., *The internationalisation of criminal evidence. Beyond the Common Law and Civil Law traditions*, Cambridge, 2012.
- JACOBS, G., *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976.
- JÄGER, C., *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, 2003.
- JAHN, M., *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008. Bd. I. Gutachten*, Teil C, Erfurt, 2008, p. 112.
- JAHN, M., *Grundfragen und aktuelle Probleme der Beweisverwertung im Straf- und Steuerstrafverfahren*, in M. Jahn (Hrsg.), *Strafrechtpraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel*, Berlin, 2010, p. 259.
- JULIUS, K.P., *Die Unerreichbarkeit von Zeugen im Strafprozeß*, Köln, 1988.
- JULIUS, K.P., *Zum Verhältnis von Aufklärungspflicht und Beweisantragsrecht im Strafprozeß*, in *NStZ*, 1986, p. 61.
- KAMISAR, Y. – LA FAVE, W.R. – ISRAEL, J.H., *Modern Criminal Procedure*, West Publishing Co., 1994.
- KAMISAR, Y., *The writing of John Barker Waite and Thomas Davis on the Search and Seizure Exclusionary Rule*, in *100 Mich. L. Rev.*, 2002, p. 1847.
- KELKER, B., *Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, in *ZStW*, 2006, p. 398.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Wien, 1976.

- KLEINKNECHT, T., *Die Beweisverbote im Strafprozeß – Gedanken zu einem Thema des 46. Deutschen Juristentages*, in *NJW*, 1966, p. 1537.
- KÖHLER, M., *Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung*, Heidelberg, 1979.
- KORIATH, H., *Über Beweisverbote im Strafprozeß*, Frankfurt a. M., 1994.
- KÜHL, J., *Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren*, Baden-Baden, 1987.
- LESCH, H., *Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten*, in W. Hassemer – E. Kempf – S. Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 312.
- LÖFFELMANN, M., *Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren*, Berlin, 2008.
- LOZZI, G., *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 443.
- LÜDERSEN, K., *Zur “Unerreichbarkeit” des V-Mannes*, in G. Kohlman (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag. Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, vol. I, Köln, 1983.
- LUPÁRIA, L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.
- MAIBERG, K., *Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverboten*, Berlin, 2003.
- MAIER, B.J., *Der Grundsatz nemo tenetur und die Untersuchung der Abstammung in der argentinischen Rechtsprechung und Lehre*, in W. Hassemer – E. Kempf – S. Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 384.

- MARAFIOTI, L., *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000.
- MÜLLER, I., *Rechtsstaat und Strafverfahren*, Frankfurt a.M., 1980.
- MURMANN, U., *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, München, 2015.
- MURMANN, U., *Über den Zweck des Strafprozesses*, in *GA*, 2004, p. 65.
- MÜSSIG, B., *Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren*, in *GA*, 1999, p. 119.
- NELLES, U., *Kompetenz und Ausnahmekompetenz in der Strafprozeßordnung*, Berlin, 1980.
- NOBILI, M., *Commento all'art. 191*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 408.
- NOBILI, M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. it.*, 1989, V, c. 274.
- NOBILI, M., *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, III, 1991, c. 642.
- NOBILI, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
- NOBILI, M., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989.
- NOBILI, M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 648.
- NÜSE, K.H., *Zur Ablehnung von Beweisanträgen wegen Offenkundigkeit*, in *GA*, 1955, p. 72.
- NUVOLONE, P., *Le prove vietate nel processo penale dei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 442.

- ORLANDI, R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992.
- OTTO, H., *Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren*, in GA, 1970, p. 290.
- PANZAVOLTA, M., voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Agg., 2005, Roma, p. 1.
- PASTOR, D., *Recht und Wahrheit durch den Strafprozess?*, in W. Hassemer – E. Kempf – S. Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 541.
- PERRON, W., *Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß*, Berlin, 1995.
- PETERS, K., *Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*, in *Verhandlungen des sechsvierzigsten deutschen Juristentages*, München und Berlin, 1966, p. 93.
- PETERS, K., *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1985.
- PETRY, H., *Beweisverbote im Strafprozeß*, Darmstadt, 1971.
- PIERRO, G., *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992.
- PITSCH, C., *Strafprozessuale Beweisverbote. Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik*, Hamburg, 2009.
- PRESUTTI, A., *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 1215.

- PRITTWITZ, C., *Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchlösung bei Blutentnahmemgem. § 81 a Abs. 2 StPO*, in *StV*, 2008, p. 494.
- PRITTWITZ, C., *Zur Verwertbarkeit zufällig aufgezeichneter Raum- und Hintergrundgespräche*, in *StV*, 2009, p. 437.
- PUGLIATTI, S., *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961.
- ROGALL, K., *“Abwägungen” im Recht der Beweisverbote*, in E. Ebert – C. Roxin – P. Rieß – E. Wahle (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 300.
- ROGALL, K., *Beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus*, in *JZ*, 2008, p. 818.
- ROGALL, K., *Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts*, in J. WOLTER (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrecht*, Neuwied, 1995, p. 113.
- ROGALL, K., *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß*, Berlin, 1977.
- ROGALL, K., *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, in *ZStW*, 1979, p. 1.
- ROGALL, K., *Grundsatzfragen der Beweisverbote*, in F. HÖPFEL – B. HUBER (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Europäisches Kolloquium, Wien, 18.-20. September 1997*, Freiburg im Breisgau, 1999.

- ROGALL, K., *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre der beweisherebungs- und Beweisverwertungsverbote*, in *NStZ*, 1988, p. 385.
- ROGALL, K., *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 1066.
- ROGALL, K., *Selbstbelastungsfreiheit und vernehmungsfähnliche Befragung durch Verdeckten Ermittler*, in *NStZ*, 2008, p. 110.
- ROGALL, K., *Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess*, in *JZ*, 1996, p. 944.
- ROGALL, K., *Zur Lehre von den Beweisverboten. Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand*, in E. Samson (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, p. 523.
- ROXIN, C. – SCHÜNEMANN, B., *Strafverfahrensrecht*, München, 2017.
- ROXIN, C., – SCHÄFER, G., – WIEDMAIER, G., *Die Mühlenteichtheorie. Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten*, in *SV*, 2006, p. 655.
- ROXIN, C., *Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg*, in *NStZ*, 1995, p. 425.
- ROXIN, C., *Zum Beweisverwertungsverbot bei bewussten Missachtung des Richtervorbehaltes nach § 105 I 1 StPO*, in *NStZ*, 2007, p. 616.
- ROXIN, C., *Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen*, in *NStZ*, 1997, p. 18.
- RUDOLPHI, H.J., sub § 94, in H.J. Rudolphi – W. Frisch – H.U. Paeffgen – K. Rogall – E. Schlüchter – J. Wolter, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Neuwied, 1997, p. 27.

- RUGGIERI, F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001.
- RÜPING, H., *Beweisverbote als Schranken der Aufklärung im Steuerrecht*, Köln, 1981.
- RÜPING, H., *Das Strafverfahren*, München, 1983.
- SCAPARONE, M., «Common law» e processo penale, Milano, 1974.
- SCELLA, A., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000.
- SCELLA, A., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2008, p. 479.
- SCHÄFER, *Einige Bemerkungen zu den Satz „nemo tenetur seipsum accusare“*, in E.W. Hanack (Hrsg.), *Festschrift für Hanns Dünnebieer zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982*, Berlin u.a., 1982, p. 11.
- SCHLÜCHTER, E., *Wert der Form im Strafprozeß*, in J. Wolter (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrecht*, Neuwied, 1995, p. 205.
- SCHMIDT, E. – SCHNEIDER, K., *Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis*, in *SJZ*, 1949, p. 450.
- SCHMIDT, E., *Gustav Radbruch als Kriminalist*, in *ZStW*, 1951, p. 160.
- SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtverfassungsgesetz*, vol. II, Göttingen, 1964, p. 358.
- SCHMIDT, E., *Strafprozeß und Rechtsstaat*, Göttingen, 1970.
- SCHMIDT, E., *Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangmaßnahmen*, in *NJW*, 1962, p. 665.
- SCHNEIDER, C., *Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art. 6 EMRK. Der Nemo-tenetur-Grundsatz im Lichte der EMRK*, Hamburg, 2013.

- SCHRÖDER, S., *Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlagung im Strafprozeß*, Berlin, 1992.
- SLOBOGIN, C., *The word without a fourth amendment*, in *UCLA Law Rev.*, 1991, p.te I, p. 1.
- STÖRMER, R., *Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote. Eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluß der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts*, Marburg, 1992.
- STRATE, G., *Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote*, in *JZ*, 1989, p. 176.
- STUNTZ, W.J., *Warrant and Fourth Amendment Remedies*, in *77 Virg. L. Rev.*, 1991, p. 912.
- SYDOW, F., *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Würzburg, 1976.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.
- UBERTIS, G., *«Fatto» e «valore» nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.
- UBERTIS, G., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Id.*, *Argomenti di procedura penale*, vol. II, Milano, 2006, p. 153 ss.
- UBERTIS, G., *Riflessione sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705.
- UBERTIS, G., voce *Prova. II) Teoria generale del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1.
- VOLK, K., *Grundkurs StPO*, München, 2010.
- WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969.
- WOLTER, J., *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrecht*, in *Id.* (Hrsg.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrecht*, Neuwied, 1995, p. 267.

ZIEGERT, U., *Die Entdeckung der Wahrheit*, in W. Hassemer – E. Kempf – S. Moccia (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 901.