

4

*I profili processuali*di *Leonardo Suraci*

SOMMARIO: 1. Processo accusatorio. Una breve introduzione. – 1.1. Il giusto processo penale. – 2. Le indagini preliminari. – 2.1. Mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova. – 2.2. Ispezioni. – 2.3. Perquisizioni. – 2.4. Sequestro probatorio. – 3. Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. – 3.1. Puntualizzazioni generali. – 3.2. Il sistema del doppio binario e le ricadute sui margini di impiego del mezzo di ricerca della prova. – 3.3. Esecuzione delle operazioni e ricorso all'agente intrusore (captatore informatico). – 4. Misure cautelari reali. Il sequestro preventivo. – 5. Il giudizio. – 5.1. Le contestazioni probatorie. – 5.2. L'art. 190-bis c.p.p.

1. Processo accusatorio. Una breve introduzione

Il delitto che ci occupa, sul versante sostanzialistico ricco di profili di problematicità, costituisce una fattispecie molto complessa – anche in ragione delle peculiari connotazioni sia dell'elemento oggettivo sia di quello soggettivo – il cui accertamento processuale segue gli ordinari itinerari stabiliti dal codice di procedura penale e non potrebbe essere diversamente, considerato che il modello di accertamento, sebbene diversificato attraverso la previsione di plurime dinamiche accertative, è sotto diversi aspetti vincolato all'osservanza dei rigidi principi di rango costituzionale tipici del giusto processo.

Con il nuovo codice di procedura penale, come è noto, si sarebbe dovuto introdurre nell'ordinamento italiano un modello processuale ispirato ai principi del sistema accusatorio¹.

Sebbene la giustizia penale abbia vissuto una lunghissima fase patologica che

¹ «Che il nuovo processo penale debba operare all'insegna dei caratteri del c.d. "sistema accusatorio"» – faceva notare G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel «sistema accusatorio» del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 387 – «è discorso ormai tanto ripetuto da avere assunto, probabilmente, il senso di un vero e proprio luogo comune». La sua entrata in vigore – mette in rilievo A. GIARDA, «Astratte modellistiche» e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 889 – avrebbe dovuto segnare per l'Italia «l'anno zero di un nuovo corso della corrispondente giustizia».

ha deformato struttura e meccanismi del codice processuale², il modello di riferimento rimane pur sempre un sistema che «colto nella sua essenza [...] appare come una contesa tra due parti nettamente contrapposte – accusatore e accusato – risolta da un organo al di sopra di entrambe, con conseguente, netta distinzione delle tre fondamentali funzioni processuali: accusa, difesa e giudizio»³.

La collocazione dell'inchiesta preliminare all'esterno del processo vero e proprio pone al centro della meccanica procedimentale il principio di separazione delle fasi ed il correlato sistema di duplicazione dei fascicoli, i quali divengono, addirittura e senza infingimenti o esagerazioni, i punti qualificanti del nuovo modello, viaggiando evidentemente di pari passo poiché «[l]a presenza di un solo fascicolo che richiami a se tutti gli elementi del procedimento penale o, in alternativa, di due fascicoli (principali) – con altri sussidiari, magari – è l'indice dell'assetto dell'intero sistema processuale»⁴.

La propensione del modello accusatorio ad attribuire il massimo risalto alla fase dibattimentale ed a presupporre, quindi, una chiara ed effettiva – magari tendenziale, se si vuole, ma ineludibile in linea di principio – cesura tra le fasi investigativa e processuale, sul piano della meccanica strutturale viene dunque tradotta appunto nel sistema del c.d. “doppio fascicolo”⁵, distinguendosi così il compendio a disposizione delle parti, composto da tutti gli atti compiuti durante la fase investigativa ed irrilevanti sul versante probatorio⁶, dal fascicolo strettamente processuale, comprensivo di pochi e predeterminati atti e destinato ad accrescersi a seguito dell'attività acquisitiva propria della fase dibattimentale⁷.

² Sulle ragioni di essa v., innanzitutto, G. SPANGHER, *Riprendere la “lunga marcia” verso il rito accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 923. Denuncia, in relazione all'attuale codice di rito, la dispersione di molte delle originarie ambizioni sistematiche, in un eccesso di regole giustapposte confusamente, D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, p. 3.

³ G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 336. Ma v., altresì, G. CONSO, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 291, ove ha cura di evidenziare come le origini di siffatto modello, costituente la prima forma di procedura criminale vera e propria, non a caso risalgano all'epoca in cui la sfera dell'illecito veniva esclusivamente valutata dal punto di vista dell'interesse privato, nulla essendo la sensibilità per l'interesse sociale. L'inquadramento generale del modello processuale è ribadito, poi, da C. MASSA, *Aspetti della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 733.

⁴ S. FIFI, voce *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, t. I, Milanofiori Assago, 2005, p. 505.

⁵ Sulla portata innovativa del principio di formazione separata dei fascicoli v., per tutti, G. FRIGO, *Art. 431 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, IV, Torino, 1991, p. 713; M. MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'«oralità» e processo «giusto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1566.

⁶ G. COLANGELI, voce *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 29.

⁷ Evidenzia M. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 282, come il regime del doppio fascicolo

Un sistema che pone il dibattimento – dunque, la fase anche “scenograficamente” più interessante del processo⁸ – al centro della meccanica probatoria non può non dare per scontata l'impermeabilità di esso rispetto alle attività acquisitive situate nell'ambito delle fasi precedenti, costituendo essa la premessa di fondo per l'effettivo esplicitarsi di irrinunciabili principi fondamentali, tra di loro intimamente connessi e parimenti denotativi di una determinata modellistica processuale, quali il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza e la concentrazione.

Se il contraddittorio delinea il nucleo essenziale del sistema formativo della prova penale ed il suo fondamento – ancorato alle conclusioni più accreditate dell'epistemologia contemporanea⁹ e sorretto da un diversificato approccio rispetto alle problematiche connesse alla ricostruzione della verità processuale¹⁰ – co-

rappresenti la proiezione, sul piano pratico-operativo, del principio di separazione delle fasi. V., in relazione alle problematiche concernenti i fascicoli, P. CAPUTO, voce *Fascicolo nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, p. 135.

⁸ G. UBERTIS, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 454.

⁹ P. FERRUA, *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 25, per il quale il metodo del contraddittorio è «il mezzo per un'attendibile ricostruzione dei fatti, il pregio della quale sta proprio nell'essere condotta secondo configgenti prospettive, in una singolare coincidenza di interesse individuale e collettivo». V., inoltre, G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 4; M. MONTAGNA, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'«oralità» e processo «giusto»*, cit., p. 1573; C. CONTI, *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1205.

¹⁰ V., rispetto ad esse, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 62; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 10, il quale, a sua volta, riprende la terminologia di G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale, in La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1. Nonché, successivamente, O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 5. V., inoltre, P. RIVELLO, “Verità” e processo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1233; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 71; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2000, p. 129; P. FERRUA, *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 207; R. E. KOSTORIS, voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 8; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 620; A. PULVIRENTI, *Le indagini difensive: dal nuovo codice di rito alla legge di riforma n. 332/1995*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 985; C. SANTORIELLO, *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. VI, Milanofiori Assago, 2011, p. 324. Come rilevava, diverso tempo prima, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 23, «l'idea contraria che si possa raggiungere ed asserire una verità oggettivamente e assolutamente certa è [...] un'ingenuità epistemologica, che le dottrine giuridiche illuministiche del giudizio come applicazione meccanica della legge condividono con il realismo gnoseologico volgare». Seguendo una diversa prospettiva di analisi, E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 21, evidenzia come la ricerca della verità materiale sia stata, nelle dottrine e nelle prassi dell'Ottocento, «innanzitutto un dogma che consacra[va] la supremazia conoscitiva del giudice penale rispetto all'accertamento che si raggiunge in sede civile».

stituisce la ragione fondamentale per la quale occorre «difendere il modello di legalità probatoria disegnato dal nostro codice [poiché] preservare tale modello di giudizio significa difendere – non tanto la persona ed i diritti del singolo accusato, quanto – una più moderna concezione della conoscenza»¹¹, l'oralità concorre ad integrare l'insieme dei logici corollari di esso.

La dottrina ha evidenziato la pluralità di significati che può assumere «un concetto in apparenza inequivoco»¹², dal momento che se, da un lato, si collocano coloro che individuano nell'oralità una semplice, quanto importante ed entro certi limiti preferibile, forma di manifestazione del contributo probatorio finalizzato all'accertamento dei fatti¹³, dall'altro emerge la maggiormente apprezzabile – anche sul versante politico – posizione di quanti, invece, assunto il principio di specie quale espressione di sintesi, lo dotano di una «enorme carica polisemantica»¹⁴, condizionandone l'operatività alla contemporanea soddisfazione delle esigenze di immediatezza e concentrazione del processo¹⁵.

L'immediatezza sintetizza un'espressione che sta ad indicare la relazione diretta intercorrente fra il soggetto giudicante e gli elementi su cui dovrà fondarsi il giudizio¹⁶ e, per cogliere il legame che ricorre tra i predetti canoni, è sufficiente considerare che «quando il contenuto delle acquisizioni istruttorie dovesse giungere al decidente per intermediazione altrui, si disperderebbero gran parte dei

¹¹ C. SANTORIELLO, *Legalità processuale*, cit., p. 329. Sul definitivo superamento della filosofia positivista della scienza v., tra gli altri, S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, Milanofiori Assago, 2008, p. 295; P. TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, p. 85. V., quali premesse di fondo di siffatto risultato, l'approdo qualificativo di S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 50, secondo il quale «la verità alla quale l'uomo può aspirare e della quale vive, come verità umana [...] è di necessità parziale e (o) relativa, concretamente (storicamente) condizionata». Oltre che, ovviamente, le considerazioni di P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 165.

¹² M. DEGANELLO, voce *Oralità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 16. V., inoltre, A. FAMIGLIETTI, voce *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, t. I, Milanofiori Assago, 2005, p. 351.

¹³ Così sembra orientato, tra gli altri, P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, p. 74. Ma v., anche, F. GIANNITI, *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 85.

¹⁴ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, p. 1.

¹⁵ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 1. V., altresì, G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 670. In questa prospettiva si collocano, poi, A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, I, Milanofiori Assago, 2008, p. 70; L. I. PISANELLI, *Dibattimento e divieto di delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 118. Oltre che, di recente, O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1515.

¹⁶ A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., p. 353.

*benefici di un'escussione condotta a viva voce»*¹⁷.

Il termine “immediatezza”, dunque, soltanto in un suo intuitivo significato evoca l'idea di un rapporto privo di intermediazioni (non mediato, appunto), e quindi diretto, fra due entità, ma nel processo penale la valenza che si è venuta storicamente precisando del principio che a tale idea si richiama è quella della tendenziale eliminazione di ogni interferenza fra l'organo giudicante e la fonte di prova¹⁸.

Con la nota della concentrazione, infine, si esprime un'esigenza strumentale rispetto ai principi appena richiamati, dal momento che «*se tra i vari atti dell'iter processuale corrono intervalli di tempo notevoli i ricordi svaniscono, sfumano le impressioni maturate ed i collegamenti fra di esse, scema la partecipazione emotiva al caso giudiziario: in breve si dileguano i vantaggi offerti dall'oralità e dall'immediatezza»*¹⁹.

Il corretto funzionamento del modello processuale rende necessario, pertanto, che il giudizio si svolga senza soluzione di continuità fino al verdetto, di talché il processo orale si caratterizza per il fatto di essere condotto in un'unica udienza o in poche udienze ravvicinate, essendo altresì indispensabile che venga dato corso alla sentenza immediatamente dopo la chiusura del dibattimento²⁰.

1.1. *Il giusto processo penale*

Si è già evidenziato, sebbene in maniera oltremodo sintetica, che la giustizia penale ha trascorso fasi di turbolenza durante le quali la struttura ed i meccanismi del codice processuale hanno subito profondi stravolgimenti.

Le vicende – ed i protagonisti di esse – sono note, così come è risaputo che il principio di non dispersione probatoria, ad opera della Corte costituzionale «*for-gia[to] dal nulla»*²¹ in forza di una concezione assolutistica della verità quale oggetto dell'accertamento processuale²² e di una visione eccentrica del principio del

¹⁷ P. BRUNO, voce *Concentrazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 501.

¹⁸ I. CALAMANDREI, voce *Immediatezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 149. V., altresì, P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 74, secondo il quale il principio di immediatezza è attuato «*quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione finale sull'imputazione»*

¹⁹ P. BRUNO, voce *Concentrazione*, cit., p. 501; A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, cit., p. 354.

²⁰ P. BRUNO, voce *Concentrazione*, cit., p. 501.

²¹ O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 5. Riteneva, invece, fuori discussione la presenza del canone assiologico di non dispersione nell'ambito del nuovo sistema processuale, alla luce dei principi enunciati dagli artt. 25, 101 e 112 Cost., C. ZAZA, *Prime riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 255 del 1992*, in *Giust. pen.*, 1992, I, c. 243.

²² Sintetizza bene la relazione di derivazione del principio di non dispersione della prova dalla concezione della verità reale quale fine dell'accertamento processuale, C. ZAZA, *Prime riflessioni*

libero convincimento del giudice²³, ha costituito un impressionante arnese di eversione processuale, «*lo strumento con cui si è agito sul livello primario del processo penale, quello della prova, determinandovi una mutazione che l'ha fatto regredire a moduli che il legislatore aveva consegnato al passato*»²⁴.

Intervenendo su pochi punti dell'articolato normativo, infatti, la Corte costituzionale prima ed il legislatore poi hanno progressivamente colpito i meccanismi vitali del sistema processuale, determinando la «*sostituzione, al modello dato, di un altro basato su principi diametralmente opposti*»²⁵.

Obiettivo facilmente raggiungibile, dal momento che «*un codice è sempre un congegno di precisione assai complesso, i cui delicati equilibri sono determinati da un sistema di contrappesi e interazioni, tale che ogni spostamento può avere ripercussioni su tutte le altre parti*»²⁶, di talché «*per stravolgere gli equilibri di un processo tendenzialmente accusatorio, non è necessario fare granché; basta eliminare qualche divieto di lettura, per generare l'effetto domino desiderato*»²⁷.

L'inserimento, avvenuto mediante la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, dei principi del “giusto processo” nel testo costituzionale ha rappresentato il passaggio fondamentale del percorso di recupero dei connotati propri del sistema processuale voluto dal legislatore della riforma del 1988²⁸, avendo la sua più in-

sulla sentenza costituzionale n. 255 del 1992, cit., c. 243: «*Una volta che si affermi che il codice ha come scopo, sia esso l'unico o meno, la ricostruzione veridica di un accadimento, è inevitabile che si predispongano meccanismi normativi atti al recupero per il giudizio di tutti i mezzi di prova che alla verità possano condurre*».

²³ V., per un'analisi del principio e delle sue molteplici, degeneranti letture, M. NOBILI, *Storie di un'illustre formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71, ove mette in evidenza come «fu in nome di quel principio e dei nuovi corsi complessivi che venne chiesta e ottenuta la testa di un codice varato dal potere parlamentare unanime». Ma v., per uno studio più articolato, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 23.

²⁴ O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 738.

²⁵ G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1974.

²⁶ G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*, cit., p. 1974.

²⁷ V. GAROFOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 516.

²⁸ Fa notare, infatti, M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2, come di “giusto processo” si parlava già ben da prima della riforma costituzionale del 1999. Per un'analisi del quadro nel cui ambito è “calata” la riforma v., in particolare, V. MELE, *L'art. 111 della Costituzione: riscoperta del codice 1989*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2193. Che vi sia stato un rapporto di stretta consequenzialità, anche cronologica, tra la modifica costituzionale e la sentenza n. 361/1998 è dato riconosciuto da tutti. V., infatti, G. SPANGHER, *Il «giusto processo» penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 255; C. CONTI-P. FERRUA-P. TONINI, *Art. 111 Cost.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, 2010, p. 106; V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 842; E. MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo*

confondibile ragion d'essere «nel proposito di recuperare e consolidare, con la forza del rango costituzionale, quel diritto delle prove penali cui il legislatore del 1989 aveva già dato vita, suscitando peraltro le reazioni della cultura inquisitoria di gran parte della magistratura italiana, con i conseguenti interventi demolitori della Corte costituzionale»²⁹.

Seguendo una prospettiva di ampio respiro – normativa innanzitutto, ma anche culturale e, quindi, politica – la formula “giusto processo” assume un autonomo significato precettivo, costituendo il criterio di fondo per operare il temperamento ed il bilanciamento tra i valori costituzionali richiamati dall'art. 111 Cost.³⁰.

Tra essi, ed in relazione al processo penale³¹, la previsione contenuta nell'art. 111, comma 4, Cost., sebbene sintetizzi un principio del quale «si possono fornire interpretazioni contrastanti, a seconda che si ritenga – o meno – di valorizzare – ed in quale grado – nel corso del dibattimento, le dichiarazioni rese dal teste nella fase delle indagini preliminari»³², costituisce un enunciato di notevole risalto sul piano della civiltà giuridica e di ineccepibile collocazione nel quadro costituzionale³³,

penale, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, p. 433; M. CECCHETTI, *I principi del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 60; A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, cit., p. 79. In senso critico rispetto alla metodologia seguita dal legislatore costituzionale v., inoltre, V. GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del processo giusto*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 478. Nonché G. RICCIO, *Diritto al contraddittorio e riforme costituzionali*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 641.

²⁹ E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 422.

³⁰ A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del “giusto processo” e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 473.

³¹ «È al processo penale» – fa notare G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1130 – «che il riformatore costituzionale ha dedicato – purtroppo, verrebbe quasi da dire – le sue maggiori attenzioni, con l'encomiabile intendimento di assicurarvi il più alto tasso dialettico e con il deprecabile risultato di una normativa disordinata e ambigua».

³² C. ESPOSITO, *L'accertamento dell'inquinamento della prova testimoniale: art. 500, comma 4, c.p.p.*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, p. 697.

³³ V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio*, cit., p. 359. Infatti, come rileva G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, cit., p. 5, la strutturazione in forma dialettica del processo non può essere relegata nel campo delle opzioni di carattere meramente tecnico. V., altresì, O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, cit., p. 1534. Nonché O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 4; A. PASTA, *Giudizio abbreviato, investigazioni difensive e «senso della realtà»*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 1079; F. SIRACUSANO, *Contestazione al testimone e «provata condotta illecita»: un difficile banco di prova per la tenuta del principio del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2611.

costituendo «uno dei grandi principi cui a livello costituzionale è demandata la funzione di definire la fisionomia strutturale del processo penale»³⁴.

Essa sta, innanzitutto, a significare che senza contraddittorio «non esiste una decisione valida che trovi nel rispetto della Carta fondamentale la legittimazione per essere comunemente accettata come giusta»³⁵.

Allo stesso tempo riflette il metodo epistemologico oggi più accreditato al fine di conseguire l'accertamento dei fatti e delle responsabilità in quanto fondato sul presupposto della “divisione della conoscenza”, presupposto secondo cui solo il confronto delle diverse prospettive da cui muovono le parti consente di cogliere il significato dei fatti e di comprenderne il reale valore sociale³⁶.

Una volta assicurato al modello processuale il fondamentale risultato di recuperare, mediante l'asse portante del principio costituzionale del contraddittorio, un'impostazione autenticamente accusatoria, il legislatore si è fatto carico della necessità di evitare eccessivi ed insostenibili irrigidimenti di sistema mediante la definizione, già a livello di normazione primaria, dell'ambito delle possibili deroghe al principio fondamentale enunciato nell'art. 111, comma 4, Cost.³⁷.

³⁴ V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, facoltà di non rispondere e garanzia del contraddittorio*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 359.

³⁵ O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 4.

³⁶ A. BALSAMO, *L'istruttoria dibattimentale e l'attuazione dei principi costituzionali: efficienza, garanzie e ricerca della verità*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 389. V., inoltre, G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1130, ove rileva come il principio espresso dall'art. 111, comma 4, primo periodo, Cost. vada considerato il diapason della giurisdizione penale, facendo del contraddittorio il suo «statuto epistemologico». La centralità del contraddittorio nella formazione della prova, e, dunque, le note della imprescindibilità e della inderogabilità di esso, se non nei casi espressamente enunciati dalla Costituzione, sono messe in rilievo da N. ROSSI, *La disciplina di attuazione dell'art. 111 Costituzione: dalla “perdita del sapere” alla “perdita del contraddittorio”*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1147. Oltre che, tra gli altri, da A. DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3214.

³⁷ Secondo A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta costituzionale dei principi del “giusto processo” e la valenza probatoria delle contestazioni dibattimentali*, cit., p. 478, la previsione di una pluralità di eccezioni rende “ragionevole” il principio del contraddittorio poiché tiene conto della necessità di contemperamento di interessi contrapposti, tutti di rilievo costituzionale. L'esigenza di evitare un'eccessiva rigidità del sistema è messa in evidenza da M. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3979. Oltre che, da ultimo, da M. DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1010, il quale mette in risalto il carattere equilibrato ed autosufficiente del sistema costituzionale. Al contrario, O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 17, intravede nella scelta costituzionale la risposta, quasi necessitata, all'esigenza di salvare l'impianto codicistico vigente. La soluzione costituzionale è criticata, come si sa, da V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, cit., p. 844, il quale avrebbe preferito che all'affermazione del principio fondamentale fosse seguita una formula – del tipo “nei modi previsti dalla legge” ovvero “salvi i casi previsti dalla legge” – idonea a demandare alla disciplina legislativa ordinaria la concreta modulazione del princi-

«Accanto alla fattispecie primaria» – pertanto – «l'art. 111 Cost. sembra prefigurare anche una fattispecie vicaria costituita dall'atto di indagine più un fatto processuale tra quelli previsti nel quinto comma»³⁸.

Le fattispecie derogatorie, come è oltremodo noto, sono diverse e, stante la tassatività della previsione costituzionale, soltanto ricorrendo una di esse è consentito al legislatore ordinario di determinare condizioni e grado di significatività probatoria di dati conoscitivi sottratti al contraddittorio: il consenso dell'imputato, l'accertata impossibilità di natura oggettiva e la provata condotta illecita³⁹.

Il carattere universale della riforma costituzionale implica che nessun processo, qualunque ne sia l'oggetto, può superare il perimetro di sviluppo tracciato dall'appena esaminato sistema di principi e deroghe.

E' ovvio, pertanto, che anche il processo concernente la fattispecie di cui si discute deve assimilare pienamente i connotati tipici del predetto sistema.

2. Le indagini preliminari

La fase investigativa assume autonomo rilievo nell'ambito delle vicende processuali funzionali all'accertamento del delitto che ci occupa, costituendo esse, anche in ragione del necessario rapporto di correlazione che si genera tra uno o

pio stesso.

³⁸ G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1131. La costruzione teorica è accolta da V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 126.

³⁹ Le tre ipotesi di fattispecie sussidiarie per la formazione della prova sono ritenute da G. UBERTIS, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. vol. II, t. I, Milano, 2007, p. 440, come implicanti casi, rispettivamente, di contraddittorio "implicito", "impossibile" o, infine, "inquinato". Sulle diverse ipotesi prese in considerazione dall'art. 111, comma 5, Cost. v., tra gli altri e oltre agli autori già citati in precedenza, V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1287; A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2996; C. FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1733; A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e le dichiarazioni «irripetibili»: ovvero la crisi delle «abitudini» nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 693; S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 145; C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, p. 237; I. SCORDAMAGLIA, *Dell'impossibilità sopravvenuta di ripetizione dell'atto dichiarativo. Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela del diritto al confronto e l'esigenza di non dispersione dei mezzi di prova*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4159; C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 59; R. ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 533; V. GREVI, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3833.

più soggetti e uno o più beni, la sede acquisitiva di risultanze le quali, in considerazione della provenienza di esse da attività di carattere irripetibile⁴⁰, presentano la connotazione tipica funzionale alla utilizzazione in via diretta nell'ambito della sede dibattimentale.

In particolare modo l'attività di investigazione – la quale può, in ipotesi, ovviamente avvalersi anche di contributi di carattere dichiarativo provenienti da diverse fonti di prova di carattere personale – è generalmente incentrata, specialmente alla luce della caratteristica delle attività incriminate quali tipiche esplicazioni di vicende contigue a contesti di criminalità organizzata, sul ricorso ai mezzi di ricerca della prova.

2.1. *Mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova*

Il codice processuale vigente inquadra l'ispezione, la perquisizione ed il sequestro – al pari dell'intercettazione di conversazioni e comunicazioni – nell'ambito dei c.d. mezzi di ricerca della prova, ai quali, come è noto, è dedicata la disciplina del titolo terzo del libro terzo e rispetto ai quali il legislatore ha tenuto distinta la categoria dei c.d. mezzi di prova.

Una distinzione, dunque, enucleabile già a livello legislativo, come ha evidenziato la Suprema Corte in una delle varie occasioni in cui è stata chiamata ad occuparsi dell'argomento, specificando che le nozioni di mezzo di prova e di mezzo di ricerca della prova sono fra loro nettamente differenziate anche sotto il profilo normativo, come è dato evincere dalla circostanza che tutti i mezzi di prova sono disciplinati nel titolo secondo del libro terzo del codice, mentre i mezzi di ricerca della prova trovano una loro specifica ed autonoma disciplina nel successivo titolo terzo⁴¹.

La dottrina, sulla scorta del contributo ricostruttivo offerto dai lavori preparatori e nella consapevolezza che «*proprio nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova si misura oggi la tenuta delle categorie dogmatiche classiche*»⁴², ha chiarito

⁴⁰ La bibliografia sugli atti c.d. irripetibili nell'ambito del processo penale è molto estesa. Anche al fine di reperire riferimenti bibliografici pertinenti al tema v., volendo, L. SURACI, *L'atto irripetibile*, Padova, 2012.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 28 aprile 1993, Ferrovai e altri. Secondo S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 347, la distinzione «*trova le sue ragioni sia nella diversa incidenza di tali mezzi sui meccanismi di formazione del convincimento del giudice, sia nella necessità di individuare le operazioni di acquisizione delle conoscenze giudiziali che devono essere compiute prevalentemente dal pubblico ministero e quelle di pertinenza per lo più dell'organo giurisdizionale*».

⁴² F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milanofiori Assago, 2015, p. 1141.

to i termini della distinzione tra i concetti normativi appena richiamati, di talché mentre i mezzi di prova presentano la caratteristica consistente nell'attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie che, in quanto formate in sede processuale, sono direttamente utilizzabili ai fini della decisione, i mezzi di ricerca della prova non integrano di per sé una fonte immediata e diretta del convincimento giudiziale, ma costituiscono strumenti funzionalmente protesi a rendere possibile l'acquisizione di cose materiali, tracce o dichiarazioni dotati di attitudine probatoria ma preesistenti al procedimento⁴³.

Il tentativo di delineare con maggiore compiutezza i tratti caratteristici dei mezzi di ricerca della prova ha condotto parte della dottrina⁴⁴ ad individuare, quali elementi essenziali di siffatta categoria concettuale, altresì, l'effetto sorpresa – da intendere, in questa sede, nel senso che per non vanificare le esigenze investigative non è previsto il preavviso al difensore circa il compimento dell'atto⁴⁵ – e la correlata natura intrinsecamente irripetibile delle connesse attività.

Ne è conseguita una ricostruzione complessa della categoria in discorso, la quale, prendendo le mosse da una definizione secondo cui i mezzi di ricerca della prova costituirebbero «attività investigative, di regola a sorpresa, poste in essere dall'autorità giudiziaria o, sussistendone determinate condizioni, dalla polizia giudiziaria, volte ad acquisire al procedimento un elemento probatorio preesi-

⁴³ V., in questi termini e fra i tanti, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), vol. II, t. 1, Torino, 2009, p. 386; S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, cit., p. 348; A. SCCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 213, secondo cui «i mezzi di ricerca della prova possono essere proficuamente contrapposti ai mezzi di prova solo in quanto si evidenzino che i primi non costituiscono un'autonoma fonte di convincimento, ma assolvono ad una funzione euristica consentendo l'acquisizione di elementi dotati di capacità probatoria»; O. DOMINIONI, *Il diritto delle prove*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN., G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 235, il quale sottolinea, però, che quello di "mezzi di ricerca della prova" costituisce un concetto classificatorio di unitarietà solo tendenziale. Richiama il criterio distintivo tradizionalmente accolto dalla dottrina, ritenendolo però insufficiente, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, p. 20 ss.

⁴⁴ V., in particolare, P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 243 s.; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 22.

⁴⁵ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 22. Sottolinea la compattezza e la visibilità delle opinioni che riconducono ai mezzi di ricerca della prova la connotazione dell'irripetibilità a cagione del requisito intrinseco costituito dalla sorpresa, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000, p. 19. Il rapporto tra fattore sorpresa ed irripetibilità dell'atto è evidenziato da M. GALASSO, *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. mer.*, 1991, p. 1141. Sulla necessità di scindere i due caratteri, invece, v. D. POTETTI, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1470, nt. 11; F. M. IACOVELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3004. In ambito giurisprudenziale, poi, la corrispondenza tra sorpresa ed irripetibilità è stata posta chiaramente in discussione da Cass., Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281.

stente e dotate di autonoma rilevanza probatoria»⁴⁶, coordina tra di loro alcuni tratti essenziali – natura dell’atto, qualità del risultato e fattore sorpresa – e da essi fa discendere la nota tipica dell’irripetibilità⁴⁷.

Costituendo i mezzi di ricerca della prova il tradizionale ed indiscusso archetipo di atto irripetibile, è opportuno richiamare, ovviamente per brevi cenni, le rispettive note identificative e la relativa disciplina, trattandosi per di più di atti investigativi tipicamente utilizzati, come già detto, nelle procedure aventi ad oggetto la figura delittuosa che ci occupa.

2.2. Ispezioni

L’ispezione⁴⁸, come è noto, è uno strumento investigativo consistente nella osservazione statica di una determinata realtà fattuale e finalizzato alla percezione diretta di elementi utili alla ricostruzione del fatto oggetto del procedimento⁴⁹.

Essa, è stato detto, costituisce «*la grande matrice dei mezzi di ricerca della prova [...] poiché rappresenta l’elementare mezzo di contatto con qualunque tipo*

⁴⁶ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 22.

⁴⁷ La riconducibilità dei mezzi di ricerca della prova nell’alveo degli atti a sorpresa e la conseguente irripetibilità di essi sono messe in evidenza, inoltre, da P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 244; G. FRIGO, *Art. 431 c.p.p.*, cit., p. 724; M. D’ANDRIA, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1351; G. LOZZI, *I principi dell’oralità e del contraddittorio nel processo penale*, cit., p. 681. Secondo A. BASSI, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2114, i verbali degli atti a sorpresa (ispezioni, perquisizioni e sequestri) fanno parte della categoria degli atti irripetibili.

⁴⁸ Essa – fa notare C. BELLORA, voce *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 275 – è istituto che solleva delicate problematiche, legate essenzialmente al diritto di difesa, al rispetto delle garanzie costituzionali, al valore probatorio di un atto che difficilmente appare ripetibile nel corso del processo.

⁴⁹ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387. P. MOSCARINI, voce *Ispezione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. II, Milano, 1999, p. 465, definisce l’ispezione come l’attività che «*consiste nell’obiettiva e statica constatazione d’una situazione di fatto attuale*». La definizione è ribadita, nei suoi tratti essenziali, da M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, Milanofiori Assago, 2008, p. 97. Osservava A. MASSARI, voce *Ispezione giudiziale*, in *NN.D.I.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 186, come «*[l]e cose, i luoghi e talvolta le stesse persone possono essere la prova eloquente dei fatti che interessa accertare: in quanto queste cose, luoghi e persone esistono ovvero per le loro caratteristiche; per le relazioni in cui si trovano col mondo circostante ovvero per le modificazioni che abbiano comunque subito. Il modo più sollecito per giungere all’accertamento in tutti questi casi è l’osservazione diretta, l’immediata percezione sensoria da parte di chi l’accertamento deve compiere. Di qui la nozione più semplice di ispezione, strettamente aderente al significato etimologico dell’espressione (da inspicerè)*». Per un quadro di sintesi delle definizioni del mezzo di ricerca della prova rinvenibili nel panorama dottrinale, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 65 ss.

di realtà suscettibile di divenire rilevante come fonte di prova o prova»⁵⁰.

Caratteristica essenziale dell'ispezione, quindi, è la sua limitazione all'obiettivo esame e rilevamento di una situazione di fatto attuale, così come essa cade sotto i sensi dell'organo procedente⁵¹.

Essa si distingue, pertanto, sia dalla perquisizione, in cui l'osservazione tende alla ricerca di una *res* o di una persona al fine di una apprensione coattiva⁵², sia dalla ricognizione, nella quale l'osservazione è finalizzata a stabilire l'identità di una persona o di una cosa, o di un altro possibile oggetto di percezione sensoriale⁵³.

Si differenzia, altresì, dall'esperimento giudiziale⁵⁴, con il quale si riproduce un fatto al fine di accertare se è avvenuto o meno in un determinato modo, per cui presenta una connotazione dinamica che manca nell'ispezione⁵⁵.

Oggetto dell'osservazione può essere «ogni materialità suscettibile di essere percepita con i sensi»⁵⁶ e, tramite essa, l'autorità procedente si prefigge di accertare le tracce⁵⁷ e gli altri effetti materiali⁵⁸ del reato (art. 244, comma 1, c.p.p.),

⁵⁰ C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, p. 76.

⁵¹ C. PEYRON, voce *Ispezione* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 962, il quale sottolinea come, normalmente, la percezione dell'oggetto avviene con l'organo della vista, ma, in ipotesi particolari, può farsi ricorso ad altri sensi.

⁵² C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276. Così, tra i tanti, anche C. PEYRON, *Ispezione*, cit., p. 962. V., inoltre P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 108, secondo la quale «la strumentalità dell'ispezione si esaurisce nella rilevazione e descrizione di dati oggettivi, mentre la perquisizione è ricerca preordinata alla captazione o apprensione mediante sequestro dell'entità materiale ricercata». Lo stesso profilo definitorio viene ribadito in P. FELICIONI, *Ispezioni*, in A-A.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2010, p. 2420.

⁵³ C. PEYRON, *Ispezione*, cit., p. 962. Nonché P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 111. V., sul tema della ricognizione, D. CURTOTTI NAPPI, *La ricognizione*, in A-A.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, Milanofiori Assago, 2008, p. 621; F. M. PAOLA, voce *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 218; C. PANSINI, *Le ricognizioni*, in A-A.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, t. I, Milanofiori Assago, 2009, p. 209.

⁵⁴ Sul quale v. S. LORUSSO, *Esperimenti giudiziali*, in A-A.VV., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, Milanofiori Assago, 2008, p. 637; G. BARONE, voce *Esperimento giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 336.

⁵⁵ C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276; C. PEYRON, *Ispezione*, cit., 962; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 111 s.; ID., *Ispezioni*, cit., p. 2421.

⁵⁶ A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 200, il quale aggiunge che, a seconda che l'oggetto attenga a persone, luoghi o cose, l'ispezione di denomina personale, locale o reale. V., negli stessi termini, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 77 ss.

⁵⁷ Per "tracce", puntualizza N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387, devono intendersi i segni, le macchie o le impronte prodotte, direttamente o indirettamente, dalla condotta delittuosa. La definizione è ripresa, tra l'altro, da F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1145.

⁵⁸ Gli effetti materiali, ritiene N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387, consistono nelle conseguenze o alterazioni di natura contundente, percussiva, abrasiva, effrattiva che la con-

anche se la dottrina ha precisato che l'attività ispettiva può essere diretta a ricercare elementi estranei e preesistenti alla consumazione del reato, quali, per esempio, una peculiarità fisica o un segno anatomico nascosto sulla persona dell'imputato o di altri⁵⁹.

Connotazione essenziale dell'ispezione è, abbiamo visto, l'osservazione di una situazione attuale, di talché, se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati, dispersi, alterati o rimossi, si determina il venire meno della possibilità di una diretta presa di contatto tra l'organo procedente e gli elementi immediatamente connessi al reato, per cui l'autorità giudiziaria, volendo, può soltanto descrivere lo stato attuale del dato reale oggetto di osservazione e, nella misura in cui sia possibile, verificare quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni⁶⁰.

La possibilità di compiere operazioni tecniche nel corso di una ispezione – l'art. 244, comma 2, c.p.p., infatti, prevede che l'autorità giudiziaria possa disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione⁶¹ – ha indotto taluno a ritenere configurabili problemi di coordinamento con gli istituti della consulenza tecnica e della perizia⁶².

La distinzione tra le due attività, è stato però rilevato, conserva un proprio rilievo anche in relazione alle operazioni interne all'ispezione, poiché esse, sebbene abbiano natura tecnica, sono funzionali al completo svolgimento delle attività ispettive «[essendo] dirette alla mera osservazione e selezione di dati obiettivi»⁶³.

Il soggetto legittimato a disporre l'ispezione – il provvedimento, come è noto, assume la forma del decreto motivato⁶⁴ – è genericamente individuato nell'au-

dotta delittuosa ha determinato su persone, luoghi o cose. V., sempre sul versante terminologico, F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1145.

⁵⁹ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 387.

⁶⁰ Art. 244, comma 2, c.p.p.

⁶¹ La norma è stata così modificata dall'art. 8, comma 1, l. 18 marzo 2008, n. 48, la quale ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica.

⁶² Così F. LATTANZI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in AA.VV., *Le prove*, coordinato da E. Marzaduri, vol. II, Torino, 1999, p. 344.

⁶³ D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2001, p. 379. Negli stessi termini v. P. FELICIONI, *Ispezioni*, cit., p. 2422.

⁶⁴ L'obbligo di motivazione, osserva N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 396, è posto a tutela dei principi costituzionali di inviolabilità della libertà personale e del domicilio ed attiene alla specificazione del presupposto generale dell'ispezione, ossia alla necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato. Sottolinea il rapporto tra il dovere motivazionale ed i principi costituzionali, altresì, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 467. C. BELLORA, *Ispezione giudi-*

torità giudiziaria, locuzione ovviamente comprensiva sia del giudice che del pubblico ministero⁶⁵, anche se, ha notato la dottrina, trattandosi di attività per lo più riconducibile alla fase delle indagini preliminari e caratterizzata spesso dal requisito della sorpresa, è proprio quest'ultimo il soggetto usualmente impegnato in siffatta attività⁶⁶.

Posto che la polizia giudiziaria può compiere attività ispettive di propria iniziativa *ex art. 354 c.p.p.*⁶⁷, nulla esclude che l'atto ispettivo sia ad essa delegato in virtù della regola generale contenuta nell'art. 370 c.p.p., fatta salva, ovviamente, la preclusione assoluta concernente l'ispezione personale (art. 354, comma 3, c.p.p.)⁶⁸.

Come è noto, a seconda che l'ispezione abbia per oggetto persone, luoghi o cose, essa si distingue in personale, locale e reale⁶⁹.

La prima è diretta ad osservare una determinata persona o parti di essa, al fine di rilevare un qualsiasi elemento utile all'accertamento del fatto⁷⁰.

L'ispezione locale, invece, normalmente si svolge nel contesto spaziale riconducibile al c.d. *locus commissi delicti*, costituendo quest'ultimo la sede naturale di osservazione per l'individuazione e la raccolta di elementi utili alla ricostruzione dei fatti per i quali si procede⁷¹.

La terza tipologia, infine, può avere per oggetto sia beni immobili, cioè entità specificamente individuate e diverse dai luoghi intesi nel senso di aree nelle quali

ziale, cit., p. 278, rileva come la preferenza accordata al decreto anziché all'ordinanza sia quanto mai opportuna in considerazione del fatto che, nel corso delle indagini preliminari, l'ispezione è di sposta dal pubblico ministero.

⁶⁵ Così, conformemente all'opinione dell'unanime dottrina, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 138.

⁶⁶ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 393. Così, anche, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276.

⁶⁷ C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 282.

⁶⁸ V., in questi termini, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 395. Ritiene che l'atto non sia suscettibile di delega alla polizia giudiziaria, invece, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 468, a causa del contrasto che si genererebbe con i principi costituzionali che, nel proclamare l'invulnerabilità della libertà personale e domiciliare, ammettono limitazioni soltanto in virtù di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Questa, quindi, potrebbe delegare soltanto l'esecuzione materiale delle operazioni, ma non anche il potere di disporle. Nello stesso senso v., inoltre, M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 96.

⁶⁹ La riconduzione delle tipologie di ispezione a siffatte categorie classificatorie è generalmente accolta dalla dottrina.

⁷⁰ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 400.

⁷¹ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 407. Questa considerazione è svolta anche da P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 84, fermo restando che la perquisizione locale può, più in generale, essere effettuata su qualsiasi sito suscettibile di presentare tracce o effetti materiali del reato.

siano esaminabili vari oggetti, sia beni mobili e oggetti materiali in genere⁷².

Dal momento che l'ispezione comporta una più o meno accentuata restrizione della libertà personale, costituzionalmente garantita, la disciplina dell'atto è stato particolarmente curata sotto il profilo delle garanzie⁷³.

L'art. 245 c.p.p. stabilisce, in relazione all'ispezione personale, che prima di procedere al compimento dell'atto l'interessato deve essere avvertito della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.⁷⁴.

L'ispezione – la quale, a seconda delle variabili esigenze connesse al suo espletamento, può essere eseguita anche per mezzo di un medico e, in questo caso, l'autorità giudiziaria può astenersi dall'assistere alle operazioni – deve, inoltre, essere effettuata nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto⁷⁵ per cui – come, d'altra parte, previsto in relazione alle perquisizioni – è fatta eseguire da persona dello stesso sesso di quella che vi è sottoposta, salvi i casi di impossibilità o di urgenza assoluta⁷⁶ ovvero le ipotesi in cui le operazioni sono eseguite da persona esercente la professione sanitaria⁷⁷.

In relazione all'ispezione di luoghi o di cose, invece, l'art. 246 c.p.p. impone che all'imputato, e, in ogni caso, a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo in cui è eseguita l'ispezione, sia consegnata, nell'atto di iniziare le operazioni e sempre che essi siano presenti⁷⁸, copia del decreto che dispone tale accertamento⁷⁹.

⁷² Così, ancora una volta, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 407; nonché P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 85. Secondo C. PEYRON, *Ispezione*, cit., p. 694, l'ispezione reale ha per oggetto cose mobili, eventualmente anche animali.

⁷³ F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1149.

⁷⁴ La norma, come già detto, disciplina la figura dei c.d. testimoni ad atti del procedimento. Rileva C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279, come il giudice non abbia, al di fuori dei limiti connessi all'osservanza dell'art. 120 c.p.p., alcuna possibilità di sindacare la scelta dell'assistente.

⁷⁵ Sulla portata di questa garanzia v., per esempio, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 469.

⁷⁶ Fa notare P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 186, come, trattandosi di situazioni eccezionali, l'autorità procedente deve rendere conto, nel decreto dispositivo, dei motivi che hanno comportato l'inoperatività della disciplina generale.

⁷⁷ Siffatta deroga, rileva P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 187, è legata alla peculiare qualifica rivestita dal soggetto procedente, costituendo essa garanzia sufficiente di un'attività implicante le precauzioni atte a tutelare la dignità ed il pudore della persona sottoposta all'atto.

⁷⁸ Ritiene condivisibile la previsione del requisito della presenza sul luogo, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 280, secondo il quale «una sospensione dell'atto fino al ritrovamento dell'interessato finirebbe per tradursi in un notevole intralcio per le indagini, finendo per snaturare la ratio dell'ispezione, vera e propria "fotografia" dei luoghi e, come tale, necessariamente "istantanea"». Di diverso avviso, invece, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 188, la quale rileva come il requisito in discorso finisce con il subordinare l'operatività della garanzia ad un fattore meramente casuale.

⁷⁹ Analoga previsione non è compendiata in relazione all'ispezione personale. Evidenzia la lacuna, sottolineandone la gravità, P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 469, il quale rileva come venga pre-

Nel procedere all'ispezione dei luoghi, l'autorità giudiziaria può, al fine di un efficace espletamento dell'ispezione, ordinare, enunciando nel verbale i motivi del provvedimento⁸⁰, che taluno non si allontani prima che le operazioni siano concluse e può far ricondurre coattivamente sul posto il trasgressore.

Tratteggiata nei termini appena visti la disciplina dell'atto, va detto che il codice non contiene disposizioni afferenti alla valenza probatoria dell'ispezione, ma la dottrina prevalente ritiene che l'attività ispettiva che ne forma oggetto si risolveva, almeno generalmente, in un atto irripetibile in quanto compiuto a sorpresa su dati suscettibili di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi brevi.

In virtù di siffatta caratteristica si ritiene che il relativo verbale – la cui redazione è prescritta dall'art. 373 c.p.p., in relazione all'atto del pubblico ministero, e dall'art. 357 c.p.p. per quel che concerne l'attività d'iniziativa della polizia giudiziaria – sia destinato a confluire nel fascicolo del dibattimento ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. b) e c), c.p.p.⁸¹.

Ed infatti, proprio in vista dell'estesa potenzialità utilizzativa che di norma si riconduce all'atto in questione, l'art. 364 c.p.p. attribuisce al difensore il diritto di

giudicata la possibilità dell'interessato di conoscere i motivi dell'ispezione. Esprimono severe critiche alla mancata previsione dello specifico obbligo di consegna del decreto dispositivo dell'ispezione, altresì, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 181, la quale sottolinea lo scopo dell'adempimento in questione, «*volto a consentire al soggetto interessato un'immediata valutazione della legittimità dell'ispezione alla luce della motivazione scritta nel provvedimento*». In ogni caso, l'omissione della consegna, ritiene N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 410, comporta una mera irregolarità dell'atto.

⁸⁰ Evidenzia la necessità di un'adeguata motivazione, realizzando l'esercizio di siffatto potere una sia pure temporalmente limitata restrizione della libertà personale, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 191.

⁸¹ V., in relazione a questo profilo e nei termini riportati, A. POGGI-C.D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 323; N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 400; P. MOSCARINI, *Ispezione*, cit., p. 473; S. MAROTTA, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, cit., p. 350; R. D'ISA, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 1102; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità di battimentale*, cit., p. 137; C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 282, il quale, peraltro, ritiene senz'altro irripetibile l'ispezione compiuta dalla polizia giudiziaria e quella compiuta dal pubblico ministero ex art. 364, comma 5, c.p.p. Secondo A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 258 s., invece, l'ispezione «*è atto irripetibile per definizione*», con la conseguenza che il relativo verbale deve essere sempre inserito nel fascicolo per il dibattimento. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 28 novembre 1997, n. 1582, per la quale il sopralluogo, specie se eseguito a distanza di tempo dai fatti, differisce radicalmente dall'esperienza giudiziario. Mentre, infatti, il secondo costituisce un mezzo di prova, il sopralluogo tardivo altro non è che una modalità di interpretazione dei dati processuali, uno strumento sussidiario per la formazione del convincimento del giudice. Se in qualche caso può essere assimilato ad una ispezione in senso proprio (alla cui categoria deve essere riferito), ugualmente non può formare oggetto di richiesta ai sensi dell'art. 495 c.p.p. e perciò il suo rifiuto non può mai rientrare nell'ipotesi prevista dall'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p., mentre, quando sia stato effettuato in fase di indagine preliminare, costituisce atto irripetibile e come tale confluisce direttamente nel fascicolo del dibattimento.

assistere all'ispezione disposta dal pubblico ministero⁸², sia essa personale, locale o reale⁸³.

Contro questa impostazione, la quale colloca l'ispezione nel novero degli atti irripetibili in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, si è rilevato che la qualificazione dell'ispezione come atto irripetibile dipenda dai connotati concreti del suo oggetto, potendosi ritenere tale soltanto nei casi in cui esso sia suscettibile di modificazioni⁸⁴.

Pertanto, l'impossibilità di rinnovare l'ispezione è evenienza che va verificata in concreto, caso per caso, e si deve rapportare alla realtà fisica sottoposta ad accertamento, la quale può essere costituita da dati suscettibili, per loro natura, di venire meno⁸⁵.

2.3. *Perquisizioni*

La perquisizione – figura alternativa ed eventualmente successiva alla c.d. richiesta di consegna di cose determinate *ex art.* 248, comma 1, c.p.p.⁸⁶ – può essere definita come un'attività di ricerca su persone o luoghi finalizzata ad assicurare al processo una cosa ovvero a consentire l'esecuzione di un provvedimento coer-

⁸² La persona sottoposta alle indagini priva del difensore – prescrive l'art. 364, commi 2 e 3, c.p.p. – deve essere avvisata del fatto che è assistita da un difensore di ufficio e della facoltà di nominarne uno di fiducia. A quest'ultimo è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, del compimento dell'atto.

⁸³ In relazione alle ispezioni effettuate dalla polizia giudiziaria opera, ovviamente, il meccanismo partecipativo previsto dagli artt. 356 e 114 disp. att. c.p.p. L'art. 233, comma 1-bis, c.p.p., introdotto dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397, consente altresì al consulente tecnico delle parti private di intervenire alle ispezioni, siano esse personali o locali, previa autorizzazione del giudice – ovvero, nel corso delle indagini preliminari, del pubblico ministero – rilasciata con decreto su richiesta del difensore. Qualora il consulente non sia intervenuto al compimento dell'atto, la norma medesima prevede che, munito della necessaria autorizzazione, questi possa esaminare l'oggetto dell'ispezione effettuata in sua assenza. Sull'innovazione normativa v., per tutti, C. LIANI GIARDA, *Art. 233 sub b) c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milanofiori Assago, 2010, p. 2332 ss.

⁸⁴ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 428, la quale rinviene un dato normativo di conferma nell'art. 364, comma 5, c.p.p. V., anche, M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 97.

⁸⁵ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 428. V., negli stessi termini, S. LORUSSO, *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2195. Secondo C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 95, «l'ispezione si può ritenere un atto che, normalmente ripetibile, può essere, di fatto, irripetibile in conseguenza di caratteristiche dell'oggetto osservato e della situazione in cui esso si trova, che vanno di volta in volta verificate».

⁸⁶ F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1170.

citivo personale⁸⁷.

Attraverso siffatto strumento, è stato fatto notare, si realizza «*il massimo di compressione della sfera giuridica altrui, subito dopo la limitazione della libertà personale, giacché la persona o i luoghi violabili nell'ambito, rispettivamente, delle disposizioni di cui agli artt. 13 e 14 Cost., non vengono in rilievo in quanto tali ed in quanto essi stessi fonte di prova, come accade nelle ispezioni, ma in quanto strumenti ostativi alla raccolta della fonte, donde l'attuazione di un intervento limitativo dell'ostacolo in ordine al quale l'attività ispettiva costituisce un momento meramente strumentale*»⁸⁸.

Emergono, dalla nozione di perquisizione generalmente accolta, i tre elementi che valgono a caratterizzare l'attività perquirente, ponendosi l'accento, innanzitutto, sulla ricerca quale momento saliente dell'atto.

Si evidenziano, poi, la duplice finalità del mezzo di ricerca della prova e, infine, l'impronta coercitiva della ricerca materiale⁸⁹.

Il codice processuale distingue, anche questa volta in relazione all'oggetto dell'attività di ricerca, la perquisizione personale e la perquisizione locale.

Infatti, ai sensi dell'art. 247 c.p.p., quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato ovvero altre cose pertinenti al reato, è disposta perquisizione personale⁹⁰.

Quando, invece, oggetti dotati di siffatta qualificazione possono trovarsi in un determinato luogo, ovvero v'è ragione di ritenere che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o della persona evasa, è disposta perquisizione locale.

Quest'ultima distinzione del profilo finalistico della perquisizione locale rende intuitiva una duplicazione di assetto funzionale: mentre la perquisizione personale

⁸⁷ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 414. Così, anche, U. PIOLETTI, voce *Perquisizione*, in *NN.D.I.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 1001. Questa definizione, inoltre, è richiamata da P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 70. Secondo P. BALDUCCI, voce *Perquisizione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. IV, Milano, 1959, p. 979, la finalità dell'istituto è quella di individuare e di assicurare al processo elementi aventi valore probatorio o di procedere all'arresto dell'imputato o dell'evaso. Alla luce di questa complessa connotazione finalistica, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *AA.VV.*, *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2010, p. 2442, ritiene «*piuttosto riduttiva*» l'inserzione dell'istituto in esame tra i mezzi di ricerca della prova.

⁸⁸ C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 80.

⁸⁹ Su ciascuno di questi elementi v., soprattutto, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 71 ss.

⁹⁰ Secondo la dottrina prevalente, la perquisizione personale non riguarda soltanto il corpo umano, ma anche gli oggetti fisicamente distinti che rientrano nella sfera di custodia, influenza e disponibilità dell'individuo, come gli indumenti che la persona indossa o le borse che porta con sé. V., in questo senso, M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 490. Sul presupposto costituito dal "fondato motivo" v., da ultimo, F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1157.

si presta ad adempiere in via esclusiva ad una funzione probatoria, l'altra può tendere a realizzare tanto una funzione probatoria quanto una funzione coercitiva⁹¹.

Costituisce una *species* di perquisizione locale quella c.d. domiciliare⁹², la quale si caratterizza sia sotto il profilo dell'oggetto, per il fatto di concernere un'abitazione o i luoghi chiusi adiacenti a essa, sia per quanto riguarda la disciplina, in virtù della previsione di specifici limiti temporali posti a tutela della quiete domestica e della riservatezza, non potendo l'attività investigativa in discorso essere iniziata prima delle ore sette e dopo le ore venti⁹³.

Il potere di disporre la perquisizione – al pari di quanto visto in relazione all'ispezione, anche in questo caso il provvedimento deve avere forma di decreto motivato⁹⁴ – è attribuito all'autorità giudiziaria⁹⁵, la quale può procedervi personalmente⁹⁶ ovvero disporre che l'atto sia compiuto da ufficiali di polizia giudiziaria delegati con lo stesso decreto.

Come è noto, tuttavia, l'art. 352 c.p.p. configura un autonomo caso di attivazione del mezzo ad iniziativa della polizia giudiziaria, subordinandone l'operatività alla ricorrenza di specifici presupposti di fatto connotativi di una situazione di urgenza.

La norma, infatti, dispone che, nella flagranza del reato o in caso di evasione, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere a perquisizione personale o

⁹¹ M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 491.

⁹² Osserva P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 983, come l'introduzione del concetto di perquisizione locale, accanto a quello di perquisizione domiciliare, rappresenti una significativa novità del codice processuale vigente. L'autonoma fisionomia di siffatta tipologia di perquisizione è messa in evidenza, fra i tanti, da G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2446.

⁹³ Tuttavia, soggiunge l'art. 251, comma 2, c.p.p., nei casi urgenti l'autorità giudiziaria può disporre per iscritto che la perquisizione sia eseguita fuori dei suddetti limiti temporali. Sulle problematiche connesse alla definizione del concetto di domicilio v., ancora una volta, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 87 ss.

⁹⁴ Sottolinea la portata garantista dell'obbligo di motivazione, il quale deve concernere tutti i requisiti di ammissione del mezzo di ricerca della prova, N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 417. Per una sintesi delle posizioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali relativi al contenuto motivazionale del decreto che dispone l'ispezione v., tra gli altri, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 151 ss. Nonché G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2448, il quale evidenzia come la giurisprudenza «*ha elaborato, delineato e puntualizzato i parametri entro i quali deve essere concepita e sviluppata detta motivazione*».

⁹⁵ Dunque, come evidenzia N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 416, sia al pubblico ministero che al giudice. Quale atto tipico della fase investigativa, rileva P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 981, esso è il più delle volte disposto dal pubblico ministero. Infatti, fa notare M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 489, esso rinvia il maggior ambito di operatività nel corso delle indagini preliminari. Negli stessi termini v., altresì, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2447.

⁹⁶ L'avverbio «*personalmente*» – fa rilevare N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 418 – non implica che il magistrato sia «*manualmente attivo*», potendo comunque farsi assistere nel compimento delle operazioni dalla forza pubblica. L'art. 365 c.p.p. assicura al difensore il diritto di partecipare al compimento dell'atto, senza però prevedere un diritto al relativo preavviso.

locale qualora abbiano fondato motivo di ritenere che una determinata persona occulti cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse, ovvero che esse si trovino in un determinato luogo o, infine, che ivi possa trovarsi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso⁹⁷.

Ricorrendo i medesimi presupposte sussistendo particolari motivi di urgenza che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di perquisizione, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, altresì, effettuare una perquisizione personale o locale allorquando occorre procedere all'esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare o di un ordine che dispone la carcerazione nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., ovvero, al fermo di una persona indiziata di delitto⁹⁸.

La perquisizione effettuata dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, siccome legata ad una situazione emergenziale, è caratterizzata dal requisito della "provvisorietà", essendo la stabilizzazione degli effetti di essa subordinata al favorevole esplicarsi di un'attività di ratifica da parte dell'autorità giudiziaria.

Infatti, allorquando procede ad una perquisizione di propria iniziativa⁹⁹, la polizia giudiziaria deve trasmettere senza ritardo, e comunque non oltre le quarantotto ore, al pubblico ministero del luogo dove la perquisizione è stata eseguita il verbale delle operazioni compiute¹⁰⁰.

Il pubblico ministero effettua un controllo sulla corretta esecuzione dell'atto¹⁰¹ e, se ne ricorrono i presupposti, nelle quarantotto ore successive alla trasmissione del verbale da parte della polizia giudiziaria convalida la perquisizione mediante un provvedimento avente forma di decreto¹⁰².

⁹⁷ V., in relazione a siffatto istituto, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2010, p. 4251. Sulla portata da attribuire al requisito costituito dal "fondato motivo", fra i tanti, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 279 ss.

⁹⁸ In tutti questi casi la perquisizione domiciliare può essere eseguita anche fuori dei limiti temporali stabiliti dall'art. 251 c.p.p., quando il ritardo potrebbe pregiudicare l'esito. V., sempre, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 4251.

⁹⁹ La facoltà del difensore di assistere al compimento dell'atto, come già visto senza preavviso, è prevista dall'art. 356 c.p.p. L'art. 114 disp. att. c.p.p., a sua volta, prevede che, nel procedere al compimento degli atti indicati nell'art. 356 c.p.p., la polizia giudiziaria deve avvertire la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha la facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia.

¹⁰⁰ Fa notare P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 300, come il pubblico ministero legittimato a compiere l'atto può essere anche diverso da quello titolare delle indagini.

¹⁰¹ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 302 s., chiarisce i termini del controllo effettuato dal pubblico ministero, il quale «deve constatare la ricorrenza dei presupposti dell'attività di ricerca probatoria e l'adempimento, da parte degli organi operanti, delle prescrizioni relative alle modalità di compimento delle operazioni [...]. Il controllo del pubblico ministero si esplica anche sulla fondatezza di quei motivi di urgenza, che hanno determinato l'iniziativa della polizia giudiziaria, i quali si devono basare su risultanze concrete e concordanti».

¹⁰² Nonostante il silenzio della legge, la dottrina ritiene che il provvedimento di convalida debba,

Il carattere particolarmente intrusivo della perquisizione ha imposto la predisposizione di talune garanzie attinenti alla fase strettamente esecutiva, garanzie che ripercorrono, per grandi linee, gli schemi già esaminati in relazione all'ispezione.

L'art. 249 c.p.p., invero, dispone che prima di procedere alla perquisizione personale deve essere consegnata una copia del decreto all'interessato, con l'avviso della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.¹⁰³.

Anche la perquisizione, come l'ispezione, deve essere eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto¹⁰⁴.

Per quel che concerne le perquisizioni locali, l'art. 250 c.p.p. ribadisce che, nell'atto di iniziare le operazioni, copia del decreto di perquisizione locale deve essere consegnata all'imputato, se presente, e a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo, con l'avviso della facoltà di farsi rappresentare o assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.

Se mancano le persone sopra indicate, la norma impone in via sussidiaria che la copia del provvedimento sia consegnata e l'avviso sia rivolto a un congiunto, un coabitante o un collaboratore ovvero, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci¹⁰⁵.

L'art. 250, ultimo comma, c.p.p. compendia un'ipotesi di perquisizione "mista", prevedendo che l'autorità giudiziaria¹⁰⁶, allorché procede ad una perquisizione locale e disponendo di elementi tali da fare ritenere che possano occultare il corpo del reato o cose pertinenti al reato, può disporre, con decreto motivato¹⁰⁷, che siano altresì perquisite le persone presenti o sopraggiunte sul posto¹⁰⁸.

L'autorità giudiziaria, nel corso di una perquisizione locale, può inoltre ordina-

in ossequio al disposto degli artt. 13 e 14 Cost., essere motivato. V., in questi termini, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 302.

¹⁰³ V., sul punto, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2460.

¹⁰⁴ V., anche in relazione a siffatto profilo della disciplina normativa, G. BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., p. 2460.

¹⁰⁵ Ulteriori adempimenti sono previsti, poi, dall'art. 80 disp. att. c.p.p.

¹⁰⁶ Alla quale è accordata la titolarità esclusiva di siffatta tipologia di perquisizione, in ragione del fatto che non può essere disposta senza una piena cognizione dei presupposti ad essa sottostanti. Così P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 984. Pertanto, osserva M. BARGIS, *Perquisizione*, cit., p. 495, se il compimento della perquisizione locale è delegato ad ufficiali di polizia giudiziaria, essi non potranno procedere a quella personale se non in base ad un decreto motivato emesso dall'autorità giudiziaria. Negli stessi termini v., tra gli altri, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 192.

¹⁰⁷ Si tratta di un decreto ulteriore che, precisa P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 192, deve essere consegnato all'interessato prima dell'inizio delle operazioni.

¹⁰⁸ Esse costituiscono gli esclusivi soggetti passivi di siffatta forma di perquisizione.

re, enunciando nel verbale i motivi del provvedimento, che taluna delle persone presenti non si allontani prima che le operazioni siano concluse, con facoltà di trattenere o ricondurre coattivamente sul posto il trasgressore.

Anche relativamente alla perquisizione non ha posto particolari problemi il profilo concernente il regime di utilizzabilità, considerata la convergenza che si realizza tra dati di struttura, profili finalistici e accorgimenti garantistici.

Infatti, le operazioni di perquisizione sono documentate, secondo quanto stabilito dagli artt. 373 e 357 c.p.p., mediante la redazione di un verbale il quale, concernendo un atto generalmente ritenuto a sorpresa¹⁰⁹ e, per tale motivo intrinsecamente irripetibile, è, secondo l'unanime dottrina, destinato a confluire nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p., acquisendo una piena potenzialità utilizzativa¹¹⁰.

D'altra parte, così come per l'ispezione, anche in relazione all'attività in discorso il legislatore ha previsto la facoltà del difensore della persona sottoposta alle indagini di assistere al compimento dell'atto¹¹¹.

2.4. *Sequestro probatorio*

Il sequestro c.d. penale è un mezzo di ricerca della prova¹¹² che determina l'imposizione di un vincolo alla libera disponibilità di cose costituenti corpo del rea-

¹⁰⁹ Sulla natura di atto a sorpresa della perquisizione v., fra i tanti, P. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., p. 981; nonché A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 261.

¹¹⁰ V., per esempio, P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 421, secondo la quale la perquisizione «è un esempio di atto il cui compimento implica, quale effetto fisiologico, l'impossibilità di espletarlo nuovamente [...] Il mezzo di ricerca della prova in discorso è atto che consuma se stesso, in quanto serve ad apprendere direttamente e a documentare una situazione storica in subitanea e sostanziale modificazione». V., altresì, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 87: «La perquisizione [...] è affine agli "accertamenti distruttivi" di cui all'art. 117 c.p.p.: essa brucia il proprio oggetto e con esso si brucia, cosicché un suo secondo svolgersi sulla medesima res non è identificabile come reiterazione di un precedente atto, ma va considerato come atto a sé, incidendo su un ambiente, una cosa o una persona già diversi rispetto a quelli che sono stati teatro e oggetto delle precedenti operazioni, e che saranno di nuovo altri al termine di quelle che ci si accinge a compiere».

¹¹¹ Per quel che concerne l'atto posto in essere dalla polizia giudiziaria, abbiamo già visto come siffatta facoltà sia prevista dall'art. 356 c.p.p., da coordinare con la previsione di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. Rispetto alla perquisizione disposta dal pubblico ministero, invece, la facoltà medesima è prevista dall'art. 365, comma 2, c.p.p. A tal fine, la norma dispone, al comma 1, che il pubblico ministero debba chiedere alla persona sottoposta alle indagini, qualora sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, se ne è priva, deve procedere alla designazione di un difensore di ufficio, a norma dell'art. 97, comma 3, c.p.p.

¹¹² Non condivide siffatta collocazione C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 191, alla luce della considerazione che i mezzi di ricerca sono dotati di un carattere strumentale rispetto al momento formativo del dato probante, coincidente con l'acquisizione.

to ovvero di cose pertinenti al reato per finalità istruttorie¹¹³, ossia al fine di acquisirle al processo in condizioni tali da conservarne immutate le caratteristiche¹¹⁴.

Esso si affianca, nella sistematica codicistica, al sequestro conservativo ed al sequestro preventivo¹¹⁵, con i quali condivide il risultato – il vincolo di indisponibilità materiale e giuridica su una determinata cosa¹¹⁶ – ma dai quali si distingue per la diversa finalità che esso intende soddisfare, ossia preservare da atti di disposizione potenzialmente dispersivi elementi rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti oggetto del processo¹¹⁷.

L'art. 253, comma 1, c.p.p. delinea di già l'intrinseca valenza probatoria dell'atto laddove ne individua l'oggetto distinguendo il corpo del reato dalle cose ad esso pertinenti.

Sono corpo del reato, precisa il comma successivo, le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo¹¹⁸.

Per quanto riguarda, invece, le cose pertinenti al reato, il legislatore non ha offerto alcuna definizione, preferendo affidarsi all'attività interpretativa della giurisprudenza.

La Corte di cassazione ha, così, precisato che mentre la nozione di corpo del reato postula l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra la cosa e l'illecito pe-

¹¹³ F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1175.

¹¹⁴ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 437. Delinea in questi termini la funzione e lo scopo del sequestro penale G. SABATINI, voce *Sequestro per il procedimento penale*, in *NN.D.I.*, vol. XVII, Torino, 1989, p. 78.

¹¹⁵ I tratti distintivi tra le diverse tipologie di sequestro disciplinate dal codice di procedura penale sono ben delineati da M. MONTAGNA, voce *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, t. II, Milanofiori Assago, 2005, p. 1543. Sulle ulteriori ipotesi di sequestro disciplinate dal codice v., inoltre, U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, Torino, 1997, p. 97; M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002, p. 83. Sul sequestro preventivo v., in particolare, C. SANTORIELLO, *Il sequestro preventivo*, in F. Fiorentin-C. Santoriello, *Le misure cautelari reali*, Torino, 2009, p. 1.

¹¹⁶ A. MELCHIONDA, voce *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 150.

¹¹⁷ «Nel sequestro probatorio» – osserva P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 252 – «il vincolo di indisponibilità serve per conservare immutate le caratteristiche della cosa, al fine dell'accertamento dei fatti». V., inoltre, P. P. RIVELLO, *Sequestri*, in *AA.VV.*, *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher), Milano, 2010, p. 2470.

¹¹⁸ Per ogni ulteriore puntualizzazione in merito alla definizione normativa di “corpo del reato” v. S. MONTONE, voce *Reato (corpo del)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1986, p. 155; N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 440; U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 10 s.; P. P. RIVELLO, *Sequestri*, cit., p. 2471; F. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, cit., p. 1176. V., inoltre, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 88, il quale sottolinea il carattere “giuridico” della definizione di cui deve servirsi l'interprete, dal momento che, nella realtà, mentre è certamente corpo del reato la cosa sulla quale il reato è stato commesso, tali non sono gli altri dati fattuali identificati dal legislatore.

nale – con conseguente efficacia probatoria diretta in ordine all'avvenuta commissione del reato, indiziaria in ordine al suo autore – la locuzione cose pertinenti al reato esprime un concetto di più ampia portata, che include, oltre al *corpus delicti* e ai *producta sceleris*, le cose che servono, anche indirettamente, ad accertare la consumazione dell'illecito, ad individuare il suo autore ed a verificare l'eventuale ricorrenza di circostanze, con riferimento ad ogni possibile legame, individuabile caso per caso, tra le cose stesse e l'accertamento dell'illecito che sia ritenuto rilevante ai fini del processo¹¹⁹.

Ovviamente, le finalità perseguite mediante il mezzo di ricerca di cui ci occupiamo fa sì che esso possa guardare anche cose che rientrano nella sfera di disponibilità di persone del tutto estranee al procedimento¹²⁰, ancorché si tratti di enti pubblici¹²¹.

Titolare del potere di disporre il sequestro probatorio è l'autorità giudiziaria¹²², la quale, provvedendovi con decreto motivato¹²³, deve altresì procedervi personalmente ovvero a mezzo di un ufficiale di polizia giudiziaria delegato con lo stesso decreto, copia del quale deve essere consegnata, qualora sia presente, all'interessato.

Nel corso delle indagini preliminari gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere al sequestro anche di propria iniziativa, in occasione di perquisizioni *ex art. 352 c.p.p.* ovvero ai sensi dell'*art. 354, comma 2, c.p.p.*

In questi casi l'*art. 355 c.p.p.* dispone che la polizia giudiziaria deve enunciare

¹¹⁹ Cass., Sez. VI, 11 gennaio 1991, Carollo. In senso conforme v., più tardi, Cass., Sez. VI, 7 aprile 1997, n. 1506. Individua nel concetto di "necessità della cosa per l'accertamento dei fatti" il cuore del rapporto pertinenziale, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 88. V., inoltre, P. P. RIVELLO, *Sequestri*, cit., p. 2473 ss.; M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 104.

¹²⁰ Cass., Sez. V, 21 ottobre 1992, Natalizi.

¹²¹ Fa notare N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 441, come non sarebbe logicamente inconcepibile il sequestro di una cosa già sequestrata da una diversa autorità giudiziaria.

¹²² L'espressione è idonea a comprendere sia il giudice che il pubblico ministero. Così, fra i tanti, M. MONTAGNA, *Sequestri*, cit., p. 1559; U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 14. Anzi, sottolinea M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, cit., p. 10, sarà di regola il pubblico ministero, quale *dominus* delle indagini preliminari, a disporre la misura.

¹²³ Art. 253, comma 1, c.p.p. Sull'obbligo di motivare in punto di necessità ai fini dell'accertamento dei fatti anche in caso di sequestro del corpo del reato v., soprattutto, Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2004, n. 5876, la quale ha precisato che nel caso di totale mancanza di motivazione sia del decreto di sequestro probatorio di cose qualificate come "corpo di reato" che dell'ordinanza confermativa del riesame, in ordine alla necessaria sussistenza della concreta finalità probatoria perseguita in funzione dell'accertamento dei fatti, la Corte deve pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio sia dell'ordinanza di riesame che del decreto di sequestro. Per un quadro dell'evoluzione della giurisprudenza sul tema v. N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 442 ss. V., anche in relazione al dovere motivazionale dell'autorità procedente, M. MONTAGNA, *Sequestri*, cit., p. 1560 ss.; M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, cit., p. 26 ss.

nel relativo verbale il motivo del provvedimento, consegnando copia dell'atto alla persona alla quale le cose sono state sequestrate.

L'iniziativa della polizia giudiziaria deve essere sottoposta, ovviamente in ragione del fatto che la correlata attività determina una forma di restrizione della libertà personale, ad una verifica, sotto il profilo della legittimità, da parte dell'autorità giudiziaria, talché il codice impone che il verbale sia trasmesso senza ritardo, e comunque non oltre le quarantotto ore, al pubblico ministero del luogo dove il sequestro è stato eseguito ai fini della convalida¹²⁴.

Il pubblico ministero, nelle quarantotto ore successive, con decreto motivato deve convalidare il sequestro qualora ne ricorrano i presupposti¹²⁵ ovvero, nel caso in cui la verifica abbia esito negativo, dispone la restituzione delle cose sequestrate¹²⁶.

La Corte di cassazione ha, peraltro, chiarito che l'attività della polizia giudiziaria necessita di convalida, ai sensi dell'art. 355 c.p.p., anche nel caso in cui essa sia preceduta da un decreto del pubblico ministero, qualora quest'ultimo non indichi l'oggetto specifico della misura, ma contenga un generico richiamo a quanto rinvenuto nel corso di una perquisizione, poiché una siffatta indeterminatezza rimette alla discrezionalità degli operanti l'individuazione del presupposto fondamentale del sequestro, cioè la qualifica dei beni come corpo o pertinenza del reato, la quale richiede un controllo dell'autorità giudiziaria¹²⁷.

Pur potendo accadere, infatti, che il sequestro non sia preceduto da una perquisizione¹²⁸, «*appartiene tuttavia all'ordine naturale delle sequenze di ricerca pro-*

¹²⁴Evidenzia U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 20, come la convalida costituisca un meccanismo di garanzia che chiude, mediante un controllo giurisdizionale, la fase iniziata dalla polizia giudiziaria. V., altresì, P. P. PAULESU, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., p. 4271 ss.

¹²⁵«Sotto il profilo giuridico» – rileva U. DE CRESCIENZIO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 21 – «*si è in presenza di un provvedimento complesso che contiene, per una parte, una valutazione sul comportamento e sulle scelte operate dalla polizia giudiziaria, per altra parte costituisce anche un provvedimento che dispiega i suoi effetti nel futuro conferendo al sequestro operato dalla polizia giudiziaria un carattere di definitività dello spossessamento operato nei confronti del titolare del bene, ovviamente in funzione delle già descritte ed esaminate funzioni probatorie ex art. 187 c.p.p.*».

¹²⁶In ogni caso, v. Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Lucchetta, la quale ha precisato che la mancata convalida non preclude l'adozione di un autonomo provvedimento di sequestro da parte del pubblico ministero. In dottrina v., fra gli altri, M. GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, cit., p. 39.

¹²⁷Cass., Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 4263. Negli stessi termini v., inoltre, Cass., Sez. II, 29 aprile 2003, n. 26679.

¹²⁸C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 85, il quale evidenzia l'esistenza di un rapporto di causa ad effetto tra l'utilizzazione del mezzo di ricerca della prova ed il sequestro ed individua in esso la ragione dell'opzione sistematica di collocare la disciplina del sequestro probatorio nell'ambito di quella dedicata ai mezzi di ricerca della prova, fermo restando che ciò non implichi che il sequestro debba necessariamente costituire la risultante di una perquisizione.

batoria che “le cose rinvenute a seguito della perquisizione” [...] ove questa abbia avuto buon fine, vengano sottoposte a sequestro (art. 252 c.p.p.)»¹²⁹.

La giurisprudenza ha, quindi, ribadito che perquisizione e sequestro hanno differenti presupposti e differente funzione giuridica¹³⁰, precisando che, qualora il decreto di perquisizione non contenga l'indicazione delle cose da sequestrare, ma si limiti ad enunciare che alla stessa può seguire il conseguente sequestro di quanto rinvenuto, deve escludersi che all'ordine di perquisizione domiciliare si accompagni anche un ordine di sequestro.

In tale caso il sequestro eseguito dalla polizia giudiziaria a norma dell'art. 252 c.p.p. deve, come già detto, essere sottoposto alla convalida prevista dall'art. 355 c.p.p., per cui una eventuale richiesta di riesame può essere proposta solo contro il decreto di convalida del sequestro probatorio, senza alcuna influenza dell'eventuale declaratoria di invalidità del provvedimento di perquisizione sull'autonomo e distinto provvedimento di sequestro¹³¹.

Il problema più interessante, particolarmente dibattuto¹³², che si è posto in tema di rapporto tra i due mezzi di ricerca della prova ha riguardato gli effetti, sul sequestro già effettuato, di una perquisizione illegittima alla quale il primo abbia fatto seguito.

A tal proposito, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno stabilito che, nei casi in cui la perquisizione sia stata effettuata senza l'autorizzazione del magistrato ed al di fuori dei casi e dei modi stabiliti dalla legge, come prescritto dall'art. 13 Cost., si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è compatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino, estrinsecabile attraverso il riconoscimento dell'inviolabilità del domicilio¹³³.

Ne consegue che, non potendo essere qualificato come inutilizzabile un mezzo di ricerca della prova, ma solo la prova stessa, la perquisizione è nulla ed il sequestro eseguito all'esito di essa non è utilizzabile come prova nel processo, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, c.p.p., nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti¹³⁴.

¹²⁹ N. TRIGGIANI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 448. Fa notare C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 77, come il codice processuale non prende in considerazione l'ipotesi, invece disciplinata dall'art. 252 c.p.p. con riferimento alle perquisizioni, del sequestro come possibile conseguenza delle ispezioni, nonostante che ciò possa accadere frequentemente.

¹³⁰ Cass., Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 6277.

¹³¹ Cass., Sez. V, 27 novembre 1995, n. 2793.

¹³² I termini del dibattito sono sintetizzati in A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 267.

¹³³ Cass., Sez. Un., 27 marzo 2003, n. 5021.

¹³⁴ Cass., Sez. Un., 27 marzo 2003, n. 5021. Da ultimo, l'orientamento è stato ribadito da Cass., Sez. VI, 23 giugno 2010, n. 37800. In senso contrario v., invece, Cass., Sez. V, 22 settembre 1995, n. 2051, la quale aveva ritenuto che, alla luce dell'attuale regime normativo, non è più contestabile

Anche il verbale di sequestro probatorio, così come i verbali di perquisizione e ispezione, è generalmente ritenuto – in considerazione della sua struttura e delle sue finalità, oltre che della sua connotazione di atto garantito¹³⁵ – documentativo di un atto irripetibile e, come tale, destinato ad essere acquisito fin dall'origine al fascicolo del dibattimento, in cui, tra l'altro, sono inseriti il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti, qualora non debbano essere custoditi altrove¹³⁶.

3. Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni

3.1. Puntualizzazioni generali

Il nuovo codice di procedura penale, allo stesso modo di quello abrogato, non fornisce una definizione del concetto di intercettazione¹³⁷, di talché è stato rimesso all'interprete il compito di individuare gli elementi costitutivi dell'atto al fine

l'esistenza di uno stretto rapporto funzionale tra l'atto di ricerca della prova (perquisizione) e l'atto di materiale apprensione della medesima (sequestro). Infatti, l'art. 191 c.p.p. pone l'inutilizzabilità a protezione del procedimento di "acquisizione" della prova e giustifica in via generale l'applicazione della medesima sanzione, in virtù di un'equiparazione ormai definitivamente sancita tra il profilo funzionale della prova e quello genetico. Pertanto, in virtù di uno stretto nesso strumentale che – malgrado l'autonomia dei controlli (artt. 352 e 355 c.p.p.) – lega la perquisizione al sequestro, l'illegittimità dell'una non può non estendersi al secondo, determinando l'inutilizzabilità probatoria delle cose sequestrate. In senso critico rispetto alla presa di posizione delle Sezioni Unite v. M. MONTAGNA, *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, cit., p. 106.

¹³⁵ Il sequestro di polizia giudiziaria è richiamato, infatti, dall'art. 356 c.p.p. Al sequestro effettuato dal pubblico ministero, invece, si riferisce l'art. 365 c.p.p. Sulla facoltà di esaminare le cose sequestrate conferita al consulente tecnico dall'art. 233, comma 1-bis, c.p.p. v., da ultimo, C. LIANI GIARDA, *Art. 233 sub b) c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2010, p. 2332. Sull'analoga facoltà conferita, invece, al difensore, v. P. GAETA, *Art. 366 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milanofiori Assago, 2010, p. 4455.

¹³⁶ Ritiene il sequestro irripetibile «per definizione», per esempio, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 272. Parla, invece, di atto «per sua stessa natura irripetibile», G. ICHINO, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 151. V., nello stesso senso, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 88, secondo la quale «la materiale apprensione di una cosa utile al processo non può che avvenire una sola volta, a meno di considerare la ripetizione dell'atto come una mise en scène da allestire in sede dibattimentale, non senza aver rimesso la cosa al suo posto per consentire al giudice di mettervi direttamente le mani coram partibus». In giurisprudenza v., per tutte, Cass., Sez. VI, 14 novembre 1991, Santoro.

¹³⁷ Come nota C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 6, la lacuna, oltre a tradire la difficoltà incontrata dal legislatore nell'affrontare il tema, è in parte dovuta all'implicito rinvio alla nozione progressivamente elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

di determinare l'ambito di applicazione di una disciplina che, ha osservato la Corte costituzionale, mira a contemperare il potenziale contrasto fra i due valori costituzionali espressi dal diritto dei singoli individui alla libertà e segretezza delle loro comunicazioni e dall'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono¹³⁸.

Il tentativo di definizione, è stato tra l'altro osservato, non è frutto di un mero esercizio teorico, ma costituisce l'«*espressione di un ineludibile bisogno per chi, chiamato ad applicare la relativa disciplina, si trova a fronteggiare la necessità di distinguere attività investigative differenti eppure tra loro molto simili, ad alcune delle quali solamente è riferibile la normativa codicistica in materia di mezzi di ricerca della prova*»¹³⁹.

Sono stati, così, fissati alcuni caratteri che connotano la struttura minima dello strumento investigativo in questione, alla luce del significato semantico dell'espressione intercettazione – a sua volta rapportato all'evoluzione tecnologica degli strumenti di captazione¹⁴⁰ – e del sottosistema normativo che ne regola i profili procedurali ed operativi¹⁴¹.

Secondo una definizione accolta anche dalla giurisprudenza, le intercettazioni regolate dagli artt. 266 ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione¹⁴² intercorrente tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato¹⁴³.

¹³⁸ Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281.

¹³⁹ E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, II, t. I, Milanofiori Assago, 2009, p. 475.

¹⁴⁰ Evidenza E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 475, come «*raramente gli elementi qualificanti un istituto processuale sono stati così fortemente condizionati, nella loro esatta identificazione, da quella rapida evoluzione scientifica e tecnologica che ha caratterizzato gli apparecchi e gli strumenti materialmente impiegabili per l'esecuzione delle operazioni d'intercettazione di comunicazioni e conversazioni*».

¹⁴¹ A. BARGI, voce *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, t. I, Milanofiori Assago, 2005, p. 791.

¹⁴² Secondo E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 476, i concetti di “comunicazioni” e “conversazioni” hanno un'estensione concentrica in quanto la comunicazione riguarda qualsiasi scambio di informazioni o notizie, mentre le conversazioni rappresentano una specifica forma di comunicazione perché relativa allo scambio di dati informativi che si attua mediante l'uso della voce.

¹⁴³ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747. La precisazione concettuale è stata ribadita, più di recente, da Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2005, n. 12189. In dottrina v., da ultimo, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 576; L. FILIPPI, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Milanofiori Assago, 2015,

Come può notarsi, il primo elemento indefettibile del mezzo di ricerca della prova in discorso è connesso al suo carattere estremamente invasivo in relazione al bene della segretezza delle conversazioni e comunicazioni, le quali intanto sono suscettibili di essere intercettate in quanto siano riservate, nel senso che coloro che le realizzano intendono riservarne la percezione ad una cerchia predeterminata di soggetti, con esclusione di ogni terzo che di esse non sia destinatario diretto o indiretto¹⁴⁴.

Coerentemente con siffatto dato ricostruttivo la Suprema Corte ha precisato che la disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni non si estende alle comunicazioni effettuate via etere mediante ricetrasmittenti non consentite, il cui uso, non essendo coperto dalla prescritta concessione, è penalmente sanzionato ma non può, in ogni caso, ritenersi assistito dalla garanzia della riservatezza e della protezione da intromissioni estranee, trattandosi di apparecchi liberamente captabili da chiunque, nel raggio della loro irradiazione, si avvalga di un apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onda¹⁴⁵.

L'altro elemento che consente di qualificare un'attività di captazione come intercettazione è desumibile dalla complessa disciplina degli strumenti utilizzabili e consiste nell'utilizzazione di mezzi tecnici idonei a superare le normali capacità dei sensi, conseguendone l'esclusione dal campo applicativo della disciplina delle intercettazioni delle captazioni clandestine di comunicazioni attuate per mezzo delle comuni facoltà umane¹⁴⁶.

L'ultimo dato caratterizzante la nozione di intercettazione è individuabile nella terzietà del soggetto che effettua la captazione, ossia l'estraneità di questi rispetto alla conversazione o comunicazione in corso¹⁴⁷.

Qualora, infatti, la conversazione fosse registrata da uno dei partecipanti non si

p. 971. Condividono la su menzionata nozione, pur con qualche precisazione, A. BARGI-S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, Milanofiori Assago, 2009, p. 113.

¹⁴⁴ C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, p. 16. V., inoltre, G. FUMU, *Intercettazioni*, in AA.VV., *Le prove*, II, Torino, 1999, p. 397; P. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 178.

¹⁴⁵ Cass., Sez. I, 20 maggio 1997, n. 5894. V., sullo stesso tema ed in senso conforme, Cass., Sez. V, 21 ottobre 1996, n. 10858.

¹⁴⁶ C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 18. V., altresì, G. FUMU, *Intercettazioni*, cit., p. 397. Nonché C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 13. Ritene configurabili ipotesi di intercettazione che prescindono dall'impiego di mezzi tecnici, invece, P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 179. Quest'ultima posizione è condivisa da L. FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. VI, Milano, 2002, p. 567, secondo il quale sarebbero legittimate interferenze nella segretezza delle comunicazioni non disciplinate dalla legge e suscettibili di fornire risultati utilizzabili nel processo anche se basati sul mero ricordo del soggetto captante.

¹⁴⁷ V., per tutti, C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 20.

assisterebbe ad una lesione della libertà e segretezza di essa, ma, più semplicemente, ad un pregiudizio alla sfera di riservatezza del colloquante cagionata dall' indesiderata diffusione del contenuto del colloquio.

Pertanto, la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova in ambito processuale ai sensi dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa¹⁴⁸.

Ricorrendo le caratteristiche qualificative sopra descritte, il compimento dell'atto investigativo, come è noto, può essere disposto soltanto nell'ambito dei procedimenti concernenti le specifiche ipotesi di reato indicate dall'art. 266 c.p.p.¹⁴⁹.

L'intercettazione, inoltre, è subordinata alla sussistenza di specifici presupposti di ammissibilità, la verifica della ricorrenza dei quali è attribuita in via esclusiva all'autorità giudiziaria, tra l'altro costituendo essa l'unico soggetto legittimato, in linea di principio, ad effettuare in concreto le operazioni captative¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747. Nonché, più di recente, Cass., Sez. VI, 1° dicembre 2009, n. 49511; Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 33030. V., altresì, Cass., Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 8738, la quale ha ribadito che la disciplina di garanzia prevista in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni non trova applicazione nel caso di conversazioni tra presenti il cui contenuto venga registrato da uno degli interlocutori senza che l'altro o gli altri ne vengano avvertiti. Trova, invece, applicazione nella diversa ipotesi in cui le conversazioni, registrate all'insaputa dell'interlocutore, vengano nel contempo captate anche da una stazione di ascolto posta a distanza dal luogo in cui le conversazioni si svolgono, a prescindere dal fatto che l'interlocutore sia investito delle funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria. Su quest'ultimo profilo non concorda A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 793. Più di recente v., sempre in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 7 aprile 2010, n. 23742, secondo la quale l'attività di captazione effettuata dall'interlocutore d'intesa con la polizia giudiziaria e con strumenti da questa forniti, determinando un'intrusione di minore rilievo, può essere supportata da un decreto del pubblico ministero. V., in relazione a questa presa di posizione, P. GAETA, *È minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettativa*, in *Guida al dir.*, 2010, 38, p. 75 ss. Sulla problematica della registrazione ad opera di uno dei conversanti v., tra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 536.

¹⁴⁹ Negli stessi casi, precisa l'art. 266-bis c.p.p. ("Intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche"), nonché nei procedimenti relativi a reati commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, ovvero di quello intercorrente tra più sistemi. La disposizione, come è noto, è stata aggiunta dall'art. 11, legge 23 dicembre 1993, n. 547.

¹⁵⁰ Infatti, l'art. 267, comma 4, c.p.p. dispone che le operazioni sono compiute dal pubblico ministero "personalmente", fatta salva la facoltà di avvalersi di un ufficiale di polizia giudiziaria. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, ritiene E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 500, che il

Come è noto, affinché il pubblico ministero possa ottenere l'autorizzazione ad effettuare operazioni intercettative devono ricorrere – così dispone l'art. 267, comma 1, c.p.p. – i presupposti costituiti dalla sussistenza in concreto di gravi indizi di reato e dalla assoluta indispensabilità del mezzo investigativo ai fini della prosecuzione delle indagini¹⁵¹.

In relazione al primo presupposto¹⁵², costituisce un dato pacificamente acquisito quello per cui la disposizione in questione opera su un piano diverso da quello riservato all'art. 192, comma 2, c.p.p., indicando quest'ultima i criteri di valutazione della prova indiziaria ai fini del giudizio di responsabilità dell'imputato¹⁵³.

Pertanto, si ritiene concordemente che la norma delinea un elemento teso ad evidenziare che, *rebus sic stantibus*, i dati acquisiti dal pubblico ministero fanno ritenere altamente probabile la commissione di uno dei reati indicati dall'art. 266 c.p.p.¹⁵⁴.

pubblico ministero debba eseguire un costante controllo sui risultati dell'attività di captazione, stante l'incidenza di essa su diritti costituzionalmente protetti.

¹⁵¹ La Corte di cassazione ha precisato che le condizioni di validità delle operazioni di intercettazione vanno valutate con particolare rigore, perché esse sono commisurate alla natura eccezionale dei limiti apponibili ad un diritto personale di carattere inviolabile, previsto dall'art. 13 Cost., qual è quello della libertà e segretezza delle comunicazioni. Pertanto, il giudice deve fornire concreta dimostrazione del corretto uso del potere conferitogli tramite un'adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo, conseguendone che detto obbligo motivazionale non può ritenersi assolto con il ricorso a citazioni o perifrasi apodittiche del contenuto delle norme che disciplinano l'assunzione del mezzo probatorio, né con il mero richiamo del contenuto delle richieste inoltrate dagli organi investigativi. V., tra le tante, Cass., Sez. III, 3 ottobre 1997, n. 3163; Sez. I, 3 febbraio 2005, n. 11525. Sui limiti di ammissibilità della motivazione c.d. *perrelationem* v., tra le più recenti, Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2002, n. 8009. In dottrina v., fra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 485. Sulle peculiarità relative ai procedimenti in materia di criminalità organizzata v., volendo, L. SURACI, *Il sistema del doppio binario nell'ambito delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Legislazione antimafia e sistema del doppio binario*, a cura di V. N. D'Ascola-F. Molace, Reggio Calabria, 2009, p. 283.

¹⁵² Nella valutazione dei gravi indizi di reato, si applica, precisa l'art. 267, comma 1-*bis*, c.p.p. (aggiunto dall'art. 10, legge 1° marzo 2001, n. 63), l'art. 203 c.p.p., concernente il regime di utilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori di polizia. V., in generale, L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 2640.

¹⁵³ La norma, riguardante infatti la valutazione della prova, precisa che l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti. V., in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 42178, secondo la quale il requisito va inteso non in senso probatorio (ossia come valutazione del fondamento dell'accusa), ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, che non devono risultare meramente ipotetiche, richiedendosi una ricognizione sommaria degli elementi dai quali sia dato desumere la probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato e non un'esposizione analitica, né tanto meno l'evidenziazione di un esame critico degli stessi. Così, anche, Cass., Sez. II, 1° marzo 2005, n. 10881, la quale ha escluso che al presupposto possa essere attribuito un connotato di tipo "probatorio", in chiave di prognosi, seppure indiziaria, di colpevolezza.

¹⁵⁴ G. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 96. V., in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 15 maggio 2007, n. 34507, per la quale sussiste il requisito dei "gravi indizi di

L'espressione utilizzata dal legislatore postula che i gravi indizi di reato attonano all'esistenza dell'illecito penale e non alla colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente ad intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di una persona già individuata o del soggetto le cui comunicazioni debbano essere captate a fini investigativi¹⁵⁵.

Il secondo requisito è qualificato in termini tali – la norma utilizza, come già visto, espressioni dall'evidente pregnanza – da fare intendere che il legislatore, stante il carattere gravemente intrusivo dell'atto investigativo, abbia voluto circoscrivere l'utilizzo di esso ad ipotesi residuali.

Infatti, la formula normativa, è stato rilevato, non può avere altro significato se non quello dell'impossibilità di acquisire la prova in modo diverso, mediante l'utilizzo di procedure investigative differenti e meno insidiose¹⁵⁶.

Il presupposto, inoltre, ha la funzione di «*spostare in avanti*» l'operazione intercettativa, nel senso di precludere l'impiego dello strumento investigativo quale atto iniziale delle indagini: esse, in altri termini, si presuppongono già iniziate e produttive di elementi conoscitivi utili, quantomeno, a consentire il perfezionamento del requisito dei gravi indizi di reato¹⁵⁷.

Profili di specificità propone la disciplina dell'intercettazione tra presenti o ambientale, la quale, come sappiamo, si differenzia dalle altre tipologie per il fatto che la conversazione non avviene tra persone che, trovandosi in luoghi diversi, si servono di un mezzo tecnico di diffusione del segnale comunicativo, bensì tra soggetti che si trovano nello stesso luogo.

Nell'ambito di questa categoria, in relazione alla quale il codice contempla, sia pure implicitamente, il medesimo regime previsto in generale per le intercettazioni, il legislatore ha operato una *summa divisio* a seconda del fatto che l'intercettazione si svolga o meno in uno dei luoghi indicati nell'art. 614 c.p.p., stabilendo, nel caso di intercettazioni domiciliari, che, accanto ai presupposti ordinari previsti dall'art. 267 c.p.p., debba ricorrere l'ulteriore requisito costituito dal fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

reato”, richiesto dall'art. 267 c.p.p., allorché sia ravvisabile il dato oggettivo della probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato.

¹⁵⁵ Così, fra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 483. Nonché A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 797. Le stesse conclusioni sono ribadite in A. BARGI-S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 142. In giurisprudenza v., invece, Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2006, n. 42017; Cass., Sez. IV, 16 novembre 2005, n. 1848.

¹⁵⁶ G. SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 5. V., nello stesso senso, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 484; A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 798; P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 180; L. FILIPPI, *Intercettazioni telefoniche*, cit., p. 575; ID., *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 2644; A. BARGI-S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 142.

¹⁵⁷ G. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 97.

Un limite, questo, considerato discutibile dalla dottrina¹⁵⁸, sebbene chiaramente diretto a segnalare l'eccezionalità dei casi di impiego dello strumento captativo in ambito domiciliare, mediante una limitazione dell'uso in funzione di tutela di esigenze di giustizia particolarmente significative, a causa della sua eccezionale invasività della sfera di riservatezza connessa al concetto stesso di domicilio¹⁵⁹.

Ed infatti, appare alquanto difficoltoso dotare di concretezza il requisito in questione, anche se la relazione che esso genera con l'istituto della flagranza di reato¹⁶⁰ induce a ritenere che la captazione in un luogo di privata dimora sia effettuabile soltanto qualora ricorra il ragionevole convincimento della contestuale commissione di un delitto, fra quelli indicati nell'art. 266, comma 1 c.p.p., caratterizzato da una condotta dilazionata nel tempo¹⁶¹.

Per quel che concerne il profilo strettamente operativo, è noto che l'art. 267, comma 3, c.p.p., nel riconoscere al pubblico ministero la facoltà di stabilire, nel decreto dispositivo delle intercettazioni, le modalità e la durata delle operazioni, precisa che, in ogni caso, questa non possa superare i quindici giorni.

La norma non fornisce alcuna indicazione circa il *dies a quo*, ma la giurisprudenza ha più volte precisato il termine di durata decorre non già dalla data del provvedimento del pubblico ministero, ma dalla data dell'effettivo inizio delle operazioni di intercettazione¹⁶².

¹⁵⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1998, p. 849.

¹⁵⁹ F. M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1566. Sul concetto normativo di "privata dimora" v., fra le tante, Cass., Sez. II, 12 marzo 1998, n. 1831, secondo la quale vi rientrano tutti quei luoghi che, oltre all'abitazione, assolvano alla funzione di proteggere la vita privata e che siano perciò destinati al riposo, all'alimentazione, alle occupazioni professionali e all'attività di svago. In dottrina v., tra gli altri, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 795.

¹⁶⁰ *Contra*, però, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 797.

¹⁶¹ C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 60. Così, anche, P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 185. Propone questa interpretazione, al fine di rendere la disciplina delle intercettazioni ambientali «più consona al sentire sociale e ai principi costituzionali», F. M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, cit., p. 1568. V., altresì, A. BARGI-S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 138. V'è da dire, in ogni caso, che la giurisprudenza ha attenuato il rigore della disposizione in esame sotto due profili. Da un lato, non ha ritenuto necessaria una verifica di effettiva attualità della condotta criminosa, considerando sufficiente un mero giudizio di ragionevolezza del convincimento circa l'effettuazione di essa, da ricondurre al momento dell'emanazione del provvedimento autorizzativo. Dall'altro, ha precisato che, ai fini della verifica del presupposto dello svolgimento di attività criminosa in atto, non può dirsi che esso non ricorra per il fatto che la presunta attività criminosa risulti essere ulteriore rispetto ai fatti criminosi già emersi a seguito delle indagini pregresse, non essendo siffatta limitazione prevista né espressamente né implicitamente dalla legge. V., in particolare, Cass., Sez. I, 12 dicembre 1994, Manzi. In relazione al secondo profilo, invece, v. Cass., Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 3093.

¹⁶² V., sul punto, Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2004, n. 163. Nonché, di recente, Cass., Sez. I, 17

L'eventuale proroga del termine, concessa dal giudice per le indagini preliminari con decreto motivato soltanto in presenza dei presupposti legittimanti l'intercettazione, può comportare un prolungamento delle operazioni per periodi successivi di quindici giorni.

Le operazioni di intercettazione – le quali, ai sensi dell'art. 268, comma 3 c.p.p., devono essere tendenzialmente compiute a mezzo degli impianti installati presso la Procura della Repubblica¹⁶³ – devono essere documentate mediante la redazione di un verbale¹⁶⁴ nell'ambito del quale deve essere riportato, sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate¹⁶⁵.

Esse, inoltre, conducono ad un risultato captativo che, ai sensi dell'art. 268, comma 1 c.p.p., deve essere registrato.

Individuate, nel contraddittorio delle parti, le registrazioni delle quali deve essere disposta la trascrizione¹⁶⁶, il giudice per le indagini preliminari vi procede osservando – precisa l'art. 268, comma 7 c.p.p. – le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie¹⁶⁷.

maggio 2000, n. 3631.

¹⁶³ Sulle diverse problematiche connesse all'utilizzo di impianti diversi da quelli disponibili presso gli uffici di procura – ammesso dalla norma soltanto in caso di insufficienza o inidoneità di questi e ricorrendo eccezionali ragioni d'urgenza, di cui il pubblico ministero deve dare compiuta indicazione nel provvedimento autorizzativo – v., tra gli altri, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 500; L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 2691 ss.

¹⁶⁴ Le regole di conservazione del quale sono stabilite dall'art. 89 disp. att. c.p.p.

¹⁶⁵ La Corte Suprema ha precisato che, in tema di intercettazioni telefoniche, debbono distinguersi dai c.d. "brogliacci", consistenti nella sommaria trascrizione delle conversazioni intercettate effettuata, ai sensi dell'art. 268, comma 2 c.p.p., nei verbali delle operazioni, le trascrizioni delle intercettazioni medesime eventualmente effettuate dalla polizia giudiziaria. V., sul tema, Cass., Sez. IV, 28 settembre 2004, n. 47891.

¹⁶⁶ L'art. 268, commi 4, 5 e 6 c.p.p. delineano un complesso e garantito meccanismo conoscitivo in forza del quale i difensori sono ammessi all'esame degli atti ed all'audizione delle registrazioni, indicando al giudice per le indagini preliminari le conversazioni da acquisire. La Corte di cassazione ha, in relazione a questo profilo, precisato che l'art. 268, comma 6 c.p.p. pone a carico delle parti l'onere di indicare le conversazioni alla cui acquisizione abbiano interesse, e delle quali, poi, il giudice deve disporre la trascrizione integrale, ai sensi del successivo comma 7. Peraltro, la relativa richiesta deve essere mirata, cioè indirizzata verso specifiche conversazioni, per le quali il giudice sia in grado di esercitare il previsto vaglio di non manifesta irrilevanza, essendo inconcepibile un'istanza cumulativa, non sorretta da idonea motivazione a supporto di individuate esigenze. Così, Cass., Sez. II, 29 febbraio 2008, n. 17335. Evidenzia, in generale, l'atteggiamento riduttivo assunto dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alla fase conoscitiva delineata dal nuovo codice, invece, come momento centrale del processo formativo della prova, G. FUMU, *Intercettazioni*, cit., p. 416.

¹⁶⁷ Secondo A. BARGI-S. FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., p. 153, la perizia trascritta costituirebbe un'ipotesi speciale di incidente probatorio. A tale proposito, Cass., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 2732 ha chiarito che non è inutilizzabile la trascrizione per il mancato preventivo esame dibattimentale della persona che vi ha provveduto su incarico del giudice. Né la perizia di trascrizione delle conversazioni registrate nel corso di intercettazioni telefoniche può ritenersi irrituale o inutilizzabili le relative attestazioni per il fatto che il perito ha ottenuto la

Segue, infine, l'inserimento delle trascrizioni nel fascicolo per il dibattimento, essendo la relativa acquisizione automatica, ai sensi dell'art. 268, comma 7, c.p.p., senza che siano dovuti eventuali avvisi alle parti¹⁶⁸.

Ripercorsa in questi termini la disciplina dell'istituto, merita di essere rilevato come l'elemento di prova utilizzato dal giudice del dibattimento ai fini della decisione¹⁶⁹ è soltanto apparentemente formato nel contraddittorio delle parti, dal momento che il coinvolgimento del difensore nella sequenza di atti appena descritta attiene esclusivamente alla fase documentativa finale di un risultato acquisito unilateralmente dal pubblico ministero e ciò è tanto più vero se si tiene conto del fatto che il dato conoscitivo captato si presta ad essere utilizzato a prescindere dall'espletamento dell'attività peritale di trascrizione.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che il giudice ha il potere di procedere all'ascolto diretto delle registrazioni delle conversazioni telefoniche intercettate, benché disponga agli atti della relativa trascrizione, senza che questa modalità di apprezzamento della prova documentale debba svolgersi nel contraddittorio e potendo utilizzare ai fini della decisione direttamente i risultati della predetta attività¹⁷⁰.

Infatti, in virtù dell'inscindibile rapporto esistente tra i nastri contenenti la registrazione dei dialoghi e la trascrizione di essi, i primi, ancorché affiancati dalla seconda, una volta inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 268,

disponibilità dei c.d. "brogliacci" redatti dalla polizia giudiziaria, sempre che non sussistano elementi dai quali desumere che lo stesso perito sia stato fuorviato dalla conoscenza delle trascrizioni di polizia. Così, di recente, Cass., Sez. I, 10 novembre 2003, n. 4178.

¹⁶⁸ Cass., Sez. II, 19 ottobre 2005, n. 39274.

¹⁶⁹ Per quel che concerne le intercettazioni finalizzate alla ricerca del latitante (art. 295 c.p.p.) la Suprema Corte ha chiarito – v., in particolare, Cass., Sez. VI, 20 giugno 2001, n. 20875, la quale si richiama espressamente ai principi stabiliti in Cass., Sez. I, 12 luglio 1999, n. 4888 – che i risultati di siffatta tipologia captativa possono essere utilizzati anche in chiave probatoria, innanzitutto, nel procedimento nell'ambito del quale sono state disposte ed eseguite, utilizzabilità condizionata, secondo un primo orientamento, ad una verifica di fatto sull'osservanza delle garanzie e delle prescrizioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., operando in caso contrario, nonostante la mancanza di un esplicito richiamo, il regime dei divieti di utilizzazione dettato dall'art. 271 c.p.p. Più di recente, tuttavia, la Corte di cassazione sembra aver modificato la propria risalente impostazione, stabilendo che questo tipo di intercettazioni postula implicitamente la presenza di un grave quadro indiziario, essendo lo stato di latitanza fondato su una ordinanza cautelare o su un ordine di esecuzione conseguente ad una sentenza di condanna definitiva. V., in questo senso, Cass., Sez. I, 22 marzo 2005, n. 15328, ove si è precisato che i relativi risultati possono essere utilizzati a fini probatori – anche in procedimenti diversi, stante l'espresso rinvio operato dall'art. 295, comma 3 c.p.p. all'art. 270 c.p.p. – a prescindere dall'esatta individuazione, nei decreti autorizzativi, del *nomen iuris* del reato astrattamente configurabile. Sulle intercettazioni finalizzate alla ricerca del latitante v., da ultimo, F. MOLLACE, voce *Intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. V, Milanofiori Asago, 2010, p. 500.

¹⁷⁰ Cass., Sez. II, 19 dicembre 2008, n. 2409. Nello stesso senso v. Cass., Sez. I, 25 novembre 2008, n. 604; nonché Cass., Sez. II, 4 novembre 2002, n. 9172.

comma 7, c.p.p., rientrano tra le prove legittimamente acquisite nel dibattimento che, a norma dell'art. 526 c.p.p., possono essere utilizzate ai fini della decisione, essendo la mancata previsione dell'inserimento nel predetto fascicolo dei nastri di registrazione dovuta soltanto alla natura di oggetti non fascicolabili¹⁷¹.

Coerentemente con un orientamento siffatto, il quale poggia sulla premessa di ordine generale secondo cui, in relazione alle intercettazioni telefoniche e ambientali, la prova sia costituita dalle registrazioni e non dalle trascrizioni¹⁷², la Corte di cassazione, soffermandosi sulla natura dell'attività trascrittiva, ha avuto modo di precisare che essa è attinente ad un mezzo di ricerca della prova e non rappresenta un mezzo di assunzione anticipata della prova stessa, ma si esaurisce in una serie di operazioni di carattere meramente materiale, non implicando l'acquisizione di alcun contributo tecnico-scientifico.

Pertanto, il rinvio all'osservanza delle forme, dei modi e delle garanzie previsti per le perizie è solo funzionale ad assicurare che la trascrizione delle registrazioni avvenga nel modo più corretto possibile¹⁷³, dal momento che, in assenza di controlli, «eventuali imperfezioni, tagli, giunte, manipolazioni o cancellature nei nastri, potrebbero più facilmente passare inosservati, con il rischio di compromettere la genuinità del mezzo istruttorio»¹⁷⁴.

La trascrizione delle intercettazioni telefoniche, in altri termini, non costituisce né un elemento né una fonte di prova, ma solo un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica, della quale il difensore, secondo l'art. 268, comma 8, c.p.p., può far eseguire la trasposizione su nastro magnetico, con l'ovvia conseguenza che la mancata esecuzione di essa non comporta la nullità né l'inutilizzabilità delle conversazioni intercettate¹⁷⁵.

La disciplina delle intercettazioni – ha precisato ancora la Corte di cassazione – si pone come limite alla libertà e segretezza delle comunicazioni, diritti costituzionalmente garantiti ed oggetto, anche, di specifica tutela in ambito penalisti-

¹⁷¹ Cass., Sez. II, 4 novembre 2002, n. 9172. V., in senso critico, E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 509, il quale ritiene scorretta, alla luce del disposto dell'art. 268 c.p.p., la prassi di inserire i nastri delle registrazioni nel fascicolo per il dibattimento. Secondo A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 802, invece, le registrazioni trasmigrano nel fascicolo per il dibattimento in quanto atti irripetibili.

¹⁷² Cass., Sez. IV, 12 gennaio 1999, n. 7439. V., anche in relazione a questo aspetto, L. FILIPPI, *Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., p. 2722 ss.

¹⁷³ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2007, n. 7342. V., in senso critico rispetto a questa impostazione, A. BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 802, il quale, inquadrando la perizia trascrittiva tra le ipotesi speciali di incidente probatorio, individua nella trascrizione l'unico veicolo processuale idoneo a provare il contenuto delle intercettazioni.

¹⁷⁴ P. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 197.

¹⁷⁵ Cass., Sez. VI, 22 novembre 2005, n. 10890. Nello stesso senso, poco prima, v. Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2003, n. 4892.

co¹⁷⁶.

Quindi, trattandosi di strumenti investigativi che determinano un'incisiva lesione di fondamentali principi dell'ordinamento, il relativo regime normativo non può essere applicato al di là dei casi, dei modi e dei tempi rigidamente indicati dalla legge, dovendosi in particolare escludere che la registrazione di una conversazione sia surrogabile mediante l'attestazione di chi ne ha percepito il contenuto.

I mezzi di captazione e le modalità di esecuzione delle operazioni, tassativamente menzionati dall'art. 268 c.p.p., non sono quindi suscettibili di equipollenti che non consentono la diretta verifica della comunicazione e, in generale, il controllo sulla legalità dell'acquisizione della prova, oltre che sul suo contenuto¹⁷⁷.

3.2. *Il sistema del doppio binario e le ricadute sui margini di impiego del mezzo di ricerca della prova*

I ricorrenti casi di connessione del delitto che ci occupa con fattispecie associative soprattutto riconducibili alla criminalità di tipo mafioso sono suscettibili di provocare una sostanziale rimodulazione dei presupposti applicativi e degli strumenti operativi tipici del mezzo di ricerca della prova che ci occupa.

Invero, la correlazione processuale della fattispecie con delitti riconducibili al concetto di criminalità organizzata sposta decisamente verso il basso la conformazione dell'apparato di garanzia predisposto dal legislatore a tutela dei diritti fondamentali della persona.

La necessità di contrastare i fenomeni di criminalità mafiosa sulla base di una valutazione per la quale è insostenibile l'idea secondo cui deve trovare applicazione per ogni e qualsiasi reato lo stesso tessuto di norme¹⁷⁸, unitamente con l'esigenza di rispondere mediante interventi normativi "d'emergenza" al dilagare degli episodi di violenza posti in essere dalle organizzazioni criminali agli sgoc-

¹⁷⁶ Per un quadro dei principi costituzionali e normativi sovranazionali di riferimento v. E. APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 477. In relazione a siffatti profili v., altresì, C. MARIANELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 61.

¹⁷⁷ Cass., Sez. I, 11 luglio 2000, n. 4979. Ma successivamente v., sul punto, Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2001, n. 8347, secondo la quale, a differenza da quanto si verifica nel caso in cui sia mancata *ab origine* la registrazione su supporto magnetico di conversazioni intercettate, il sopravvenuto deterioramento di detto supporto non è causa di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, quando essi siano recuperabili mediante ricorso ad altri mezzi, ivi comprese le annotazioni effettuate sui brogliacci e le eventuali deposizioni dei verbalizzanti.

¹⁷⁸ A. BITONTI, voce *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, t. I, Milanofiori Assago, 2005, p. 397, secondo il quale l'accettazione di questa idea «*implicherebbe a livello investigativo un'irrazionale distribuzione dei mezzi e delle energie rispetto alle diversificate esigenze di accertamento poste dai reati minori e da quelli particolarmente gravi e complessi, contraria al principio di economicità ed efficienza della macchina processuale e, in definitiva, l'inefficacia della risposta punitiva dello Stato al delitto*».

cioli del secolo scorso ha prodotto un fenomeno di “destrutturazione”¹⁷⁹ del sistema processuale, mediante la creazione di un sottosistema normativo che, congegnato per rispondere alle peculiari esigenze che contrassegnano l’accertamento dei delitti di criminalità organizzata, ha avuto l’effetto di «*disgregare l’unità del sistema, di acuire la contraddittorietà delle sue linee interne*»¹⁸⁰.

Con l’espressione – o metafora ferroviaria, come è stato detto¹⁸¹ – “doppio binario” si usa indicare l’affiancamento all’ordinario regime, attuato per i reati ed i procedimenti ordinari, delle speciali norme – non soltanto di carattere processuale, ma anche incriminatici e penitenziarie – applicabili nei procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata.

Nell’ambito di questa accezione possono distinguersi, con riferimento al procedimento penale, un doppio binario “investigativo” (o “procedimentale”) ed un doppio binario “processuale” (o “probatorio”), a seconda che le speciali norme di procedura applicabili nei confronti degli accusati di un delitto di criminalità organizzata riguardino la fase delle indagini preliminari ovvero il giudizio¹⁸².

Fermo restando un riconoscibile sforzo normativo di selezione delle fattispecie regolate da disposizioni differenziate, la problematica della definizione del concetto di delitti in materia di criminalità organizzata ha assunto rilievo soprattutto in relazione all’art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 2 luglio 1991, n. 203, il quale detta una disciplina speciale in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni facendo riferimento, genericamente, allo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata.

Dovendosi rapportare questo concetto ad una norma di carattere eccezionale ovvero, in generale, ad un sottosistema normativo speciale, sarebbe apparsa preferibile l’adozione di una soluzione restrittiva, che individuasse, cioè, i delitti di criminalità organizzata in quelli specificamente indicati nell’art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.

Questa soluzione è stata, in un primo tempo, accolta dalla Suprema Corte, la quale ha avuto modo di puntualizzare, non a caso in relazione alla speciale disciplina che ci occupa, che, nel vigente ordinamento penale, l’espressione “delitti di criminalità organizzata” ha un significato ben preciso che tende ad individuare non una fattispecie autonoma, ma una categoria di reati definita chiaramente attraverso l’analitica individuazione delle fattispecie fatta dall’art. 407, comma 2, lett. *a*), dall’art. 372, comma 1-*bis*, dall’art. 51, comma 5-*bis* e 54 c.p.p.¹⁸³.

Il riferimento ai delitti di criminalità organizzata, ha proseguito la Corte, incide

¹⁷⁹ V. GAROFOLI, *Artt. 190 e 190 bis: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 947.

¹⁸⁰ A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., p. 399.

¹⁸¹ A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., p. 394.

¹⁸² A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., p. 395.

¹⁸³ Cass., Sez. VI, 24 febbraio 1995, n. 6159.

sui provvedimenti limitativi della libertà personale, per cui la correlata nozione ha carattere di tassatività e non può andare oltre le ipotesi espressamente previste¹⁸⁴.

Poco più tardi, tuttavia, il Giudice di legittimità ha modificato il proprio orientamento e, pronunciandosi sempre sul medesimo tema, ha statuito che la nozione di “criminalità organizzata”, cui si richiama la norma contenuta nell’art. 13, d.l. n. 152/1991, deve essere intesa nel senso che in essa rientrano le attività criminose più diverse, purché realizzate da una pluralità di soggetti che, per la commissione di più reati, abbiano costituito un apparato organizzativo la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti¹⁸⁵.

La soluzione, come si avrà modo di vedere di recente ribadita dalle Sezioni unite in relazione al c.d. captatore informatico, amplia i margini di operatività della disciplina speciale soprattutto se ad essa si correla la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte inerente alla nozione di procedimento diverso rilevante ai sensi dell’art. 270 c.p.p.

In relazione al regime di utilizzabilità delle risultanze delle intercettazioni, la Corte di cassazione si è ripetutamente soffermata sul concetto che ci occupa, nozione come tutti sanno rilevante ai sensi dell’art. 270, comma 1 c.p.p.

Il sistema processuale penale nel suo complesso è, come è noto, ispirato al principio della circolazione probatoria.

Tuttavia, in relazione al mezzo di ricerca della prova di cui si discute, vige il principio generale del divieto di utilizzazione delle relative risultanze nell’ambito di procedimenti diversi e la Corte costituzionale ha precisato che la *ratio* di siffatto divieto di utilizzazione risiede nella considerazione che sul diverso fatto manca la garanzia del previo intervento del giudice, di talché è evidente il rischio che l’autorizzazione già concessa diventi una “inammissibile autorizzazione in bianco” ad eseguire intercettazioni¹⁸⁶.

Orbene, ribadendo sul punto un orientamento ben consolidato, la Suprema corte ha chiarito che ai fini del divieto di utilizzazione previsto dall’art. 270, comma 1 c.p.p. occorre fare riferimento ad una nozione sostanziale di “diverso procedimento”, secondo cui la diversità va collegata al dato dell’insussistenza, tra i fatti di reato, di un nesso ai sensi dell’art. 12 c.p.p. ovvero di tipo investigativo e, quindi, all’esistenza di un collegamento meramente fattuale ed occasionale¹⁸⁷.

L’impostazione si colloca lungo la linea tracciata dalle Sezioni unite poco tempo prima, avendo le stesse stabilito che la nozione di diverso procedimento va ancorata ad un criterio di valutazione sostanzialistico, che prescinde da elementi formali, come il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, conside-

¹⁸⁴ Cass., Sez. VI, 24 febbraio 1995, n. 6159.

¹⁸⁵ Cass., Sez. VI, 16 maggio 1997, n. 1972. In senso conforme, v. Cass., Sez. I, 19 dicembre 2002, n. 23424; Cass., Sez. V, 5 novembre 2003, n. 46963.

¹⁸⁶ Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63.

¹⁸⁷ Cass., Sez. III, 21 gennaio 2016, n. 2608.

rando decisiva, ai fini della individuazione dell'identità dei procedimenti, l'esistenza di una connessione tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, per la quale sono state disposte le intercettazioni, ed i reati per i quali si procede sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico¹⁸⁸.

Nello stesso frangente, v'è da rilevare come la Suprema Corte abbia stabilito che esula dal campo di applicabilità dell'art. 270 c.p.p. l'ipotesi in cui nell'ambito del medesimo procedimento vengano disposte intercettazioni per un reato e da esse emergano gli estremi di un altro reato.

Difatti – fa notare la Corte – in tale evenienza si tratta di utilizzare le intercettazioni agli effetti di prova di un reato diverso da quello per il quale la captazione è stata autorizzata e non di utilizzare i contenuti delle conversazioni intercettate in un procedimento diverso da quello nel quale l'intercettazione è stata disposta¹⁸⁹.

Poco prima, confermando di privilegiare un approccio eccezionalmente attento alla salvaguardia dell'utilizzabilità delle risultanze investigative e poco incline a proteggere i valori di diverso spessore sottesi alla regolamentazione complessiva del mezzo di ricerca della prova, la Corte aveva specificato che i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite, e ciò indipendentemente dal successivo esercizio dell'azione penale anche in relazione al primo reato¹⁹⁰.

L'impostazione è stata autorevolmente ribadita pochi mesi più tardi, laddove la Corte di cassazione ha enunciato il principio secondo il quale, qualora le intercettazioni siano state legittimamente autorizzate all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i relativi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento, mentre nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati dall'art. 270 c.p.p.¹⁹¹.

Detto questo, come è noto l'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 ha introdotto una disciplina speciale per i casi in cui il procedimento abbia per oggetto un delitto di criminalità organizzata.

La norma, infatti, prevede che, in deroga a quanto disposto dall'art. 267 c.p.p., l'autorizzazione a disporre le operazioni captative è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è «necessaria» per lo «svolgimento» delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo

¹⁸⁸ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 32697.

¹⁸⁹ Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 41317.

¹⁹⁰ Cass., Sez. V, 29 aprile 2014, n. 17939.

¹⁹¹ Cass., Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 34765.

del telefono in ordine ai quali sussistano «sufficienti indizi»¹⁹².

Come può notarsi, la disposizione attenua notevolmente il rigore della disciplina ordinaria delle intercettazioni al fine di potenziare le investigazioni concernenti reati particolarmente gravi, e ciò in ragione delle caratteristiche del fenomeno criminoso preso in considerazione, dal momento che «è noto come la velocità di decisione, la mobilità, la capacità di anticipare gli inquirenti o i clan avversari, lo svolgere i propri traffici in un contesto ormai internazionale siano, oggi, modalità operative essenziali per la stessa sopravvivenza delle organizzazioni mafiose, per questo motivo obbligate, nonostante i rischi, ad usare con larghezza i mezzi di comunicazione a distanza. Inoltre, la forza di intimidazione di queste associazioni e la piaga del fenomeno omertoso rendono talvolta malsicure le fonti di prova testimoniale, spingendo gli inquirenti, anche sotto questo profilo, a puntare molto sui c.d. atti a sorpresa»¹⁹³.

Si intuisce, dunque, quanto siano importanti in questo tipo di procedimenti le intercettazioni, poiché «nei periodi di emergenza, è fisiologico (o per lo meno, è la strada più semplice) potenziare i mezzi investigativi che hanno dato i risultati migliori»¹⁹⁴.

Il programma legislativo teso a potenziare l'impiego dello strumento d'indagine si è sviluppato lungo tre direttrici essenziali.

In primo luogo, è stata ridimensionata la pregnanza del compendio probatorio poiché gli indizi da "gravi" sono stati degradati a "sufficienti", mediante una modificazione che, ha chiarito la giurisprudenza, ha il significato di consentire al giudice di valutare con minore rigore i presupposti delle intercettazioni senza, tuttavia, sottrarsi alle normali regole in punto di motivazione del provvedimento autorizzativo¹⁹⁵.

In secondo luogo, non occorre che l'intercettazione si manifesti come "assolutamente indispensabile" ai fini investigativi, essendo sufficiente che essa sia "necessaria".

Il ricorso allo strumento intercettivo, dunque, non si prospetta, in questi casi, come *estrema ratio*, essendo configurato alla stregua di una delle possibili *chance* investigative in mano al pubblico ministero, da preferire anche in situazioni di concomitanza di mezzi investigativi meno invasivi.

Infine, il requisito della necessità si relaziona non alla "prosecuzione" delle indagini bensì allo "svolgimento" di esse, con l'ovvia conseguenza che, rispetto al procedimento ordinario, il mezzo di ricerca della prova è suscettibile di subire un notevole spostamento all'indietro, potendosi così collocare anche nella fase di av-

¹⁹² La norma soggiunge, alla stregua di quanto previsto dall'art. 267 c.p.p., che nella valutazione dei sufficienti indizi si applica l'art. 203 c.p.p.

¹⁹³ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 81.

¹⁹⁴ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 81.

¹⁹⁵ Cass., Sez. I, 3 febbraio 2005, n. 11525.

vio delle indagini preliminari¹⁹⁶.

Profili di specificità propone anche la disciplina della “intercettazione tra presenti” (intercettazione c.d. “ambientale”), la quale, come si è già detto, si caratterizza per il fatto che la conversazione non avviene tra persone che, trovandosi in luoghi diversi, si servono di un mezzo tecnico di diffusione del segnale comunicativo, bensì tra soggetti che si trovano nello stesso luogo.

Infatti, l’art. 13 del decreto legge ha, in relazione ai delitti di criminalità organizzata ed in simmetria sistematica con le deroghe ai criteri di ammissibilità e di esecuzione previsti dall’art. 267 c.p.p., stabilito che l’intercettazione ambientale nei luoghi indicati dall’art. 614 c.p. è consentita a prescindere dal fondato motivo di ritenere che in detti luoghi si stia svolgendo l’attività criminosa.

È stato così superato, alla luce delle notevoli difficoltà di accertamento dei delitti in questione, il limite stabilito per le intercettazioni ambientali “domiciliari” dall’art. 266, comma 2 c.p.p., anche se la Suprema Corte ha chiarito che la legittimità di una intercettazione ambientale nei luoghi indicati dall’art. 614 c.p., disposta adottando la disciplina dell’art. 13, comma 1, d.l. n. 152/1991 va ricondotta al momento procedimentale in cui la captazione viene richiesta ed autorizzata, con impossibilità di una verifica in base al panorama retrospettivamente derivante dal prosieguo delle intercettazioni e delle altre acquisizioni¹⁹⁷.

Conseguentemente, qualora un siffatto mezzo di ricerca della prova sia stato autorizzato secondo tale norma – quindi a prescindere dalla sussistenza di fondato motivo per ritenere che nei luoghi si svolgesse l’attività criminosa – con riguardo ad originaria prospettazione di reati di criminalità organizzata, le relative risultanze possono essere utilizzate anche quando il prosieguo delle indagini consenta di qualificare i fatti come non ascrivibili alla suddetta area¹⁹⁸.

L’art. 13, d.l. n. 152/1991 ha introdotto rilevanti novità sia sotto il profilo della durata delle operazioni captative, sia sul versante del procedimento di proroga.

Come è noto, l’art. 267, comma 3, c.p.p., nel riconoscere al pubblico ministero la facoltà di stabilire, nel decreto dispositivo delle intercettazioni, le modalità e la durata delle operazioni, precisa che, in ogni caso, questa non possa superare i quindici giorni.

L’art. 267 c.p.p. non fornisce alcuna indicazione circa il *dies a quo*, ma la giurisprudenza ha più volte precisato il termine di durata decorre non già dalla data del provvedimento del pubblico ministero, ma dalla data dell’effettivo inizio delle operazioni di intercettazione¹⁹⁹.

L’eventuale proroga del termine, concessa dal giudice per le indagini prelimi-

¹⁹⁶ C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 119.

¹⁹⁷ Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1997, n. 7.

¹⁹⁸ Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1997, n. 7.

¹⁹⁹ Cfr., sul punto, Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2004, n. 163; nonché, più di recente, Cass., Sez. I, 17 maggio 2000, n. 3631.

nari con decreto motivato soltanto in presenza dei presupposti legittimanti l'intercettazione, può comportare un prolungamento della fase captativa per periodi successivi di quindici giorni.

In relazione ai delitti di criminalità organizzata, l'art. 13 del citato decreto legge ha, innanzitutto, innalzato a quaranta giorni il periodo iniziale di durata delle intercettazioni, immettendo nell'ordinamento un profilo di specialità ritenuto «*certamente condivisibile per quanto attiene i delitti di criminalità organizzata, ove un ascolto lungo e paziente è spesso richiesto dal linguaggio cifrato adoperato dai conversanti*»²⁰⁰.

Le proroghe, a loro volta, hanno una durata più lunga (venti giorni) e, a differenza di quanto previsto nel procedimento ordinario, possono, ricorrendo ragioni d'urgenza, essere disposte direttamente dal pubblico ministero.

La norma persegue l'obiettivo di assicurare la continuità dell'attività di captazione in relazione ai casi in cui l'esigenza della proroga venga avvertita soltanto in prossimità della scadenza del termine, per cui l'attivazione della procedura ordinaria rischierebbe di interrompere l'attività *in fieri* con conseguente grave pregiudizio degli esiti investigativi concernenti reati particolarmente connotati anche sotto il profilo della continuità e celerità delle condotte criminose.

In questo caso, tuttavia, si applica il procedimento di convalida previsto dall'art. 267, comma 2, c.p.p., di talché il provvedimento di proroga deve essere immediatamente trasmesso al giudice, il quale deve provvedere alla convalida entro le successive quarantotto ore.

Ha suscitato perplessità, sottoponendosi a critiche di segno opposto, la previsione dell'ultimo comma del più volte menzionato art. 13, il quale stabilisce che, sempre in relazione ai procedimenti per reati di criminalità organizzata, il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria – i quali, negli altri casi, sono gli unici soggetti legittimati all'effettuazione in concreto delle operazioni captative²⁰¹ – possono farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria.

Infatti, da un lato, è stato sottoposto a critiche l'attivismo legislativo che, mediante la disposizione in esame, ha portato ad escludere l'ammissibilità, nei procedimenti per reati diversi, della diffusa pratica di affiancare all'ufficiale di polizia operante uno o più agenti in funzione di supporto²⁰².

Altra dottrina ha censurato, sul versante opposto, l'eccessiva genericità del termine "coadiuvare", il quale lascia nell'ombra i rapporti tra l'agente incaricato

²⁰⁰ C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., p. 119.

²⁰¹ Ai sensi dell'art. 267, comma 4 c.p.p., il pubblico ministero procede alle operazioni personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria.

²⁰² Ritiene insuperabile il dato sistematico, ipotizzando addirittura una opposta volontà legislativa, P.F. BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 190. V., in senso critico, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 852, secondo il quale «*i legislatori italiani indulgono in cineserie verbali*».

di effettuare le operazioni – e, quindi, di ascoltare i colloqui – e l'ufficiale di polizia giudiziaria, per cui «*ci si può ragionevolmente attendere che nella prassi finiscano col ridursi a qualche istruzione sul modo in cui usare le apparecchiature, magari data una volta per tutte all'intero reparto di polizia, lasciando per il resto incontrollati gli esecutori materiali*»²⁰³.

In assenza di riferimenti alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 266-*bis* c.p.p.), ci si chiede se la disciplina derogatoria appena esaminata possa essere applicata a questa particolare tipologia di intercettazioni.

Infatti, da un punto di vista logico non v'è motivo di dubitare che le ragioni poste a fondamento della normativa di carattere speciale concernente i delitti di criminalità organizzata giustifichi un'interpretazione estensiva del rinvio all'art. 266 c.p.p. effettuato dall'art. 13, d.l. n. 152/1991, il quale andrebbe riferito anche all'art. 266-*bis* c.p.p.

D'altra parte, l'articolo in questione è stato aggiunto dall'art. 11, l. 23 dicembre 1993, n. 547 ed è, dunque, successivo al più volte citato decreto.

Siffatta chiave di lettura si scontra, tuttavia, con il requisito di specialità che, connotando indiscutibilmente la disciplina introdotta dal d.l. n. 152/1991, ne impone un'interpretazione restrittiva.

3.3. *Esecuzione delle operazioni e ricorso all'agente intrusore (captatore informatico)*

Il mezzo investigativo di cui si discute presenta caratteristiche tecniche del tutto peculiari ed una portata invasiva della sfera di riservatezza del tutto nuova e eccezionalmente penetrante.

Non a caso, invero, la l. 23 giugno 2017, n. 103 contenga una specifica delega riferita alla riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni specificamente riferita, tra l'altro, all'utilizzo del captatore informatico.

L'intercettazione, nel caso in esame, viene effettuata mediante il ricorso ad un *software* il quale viene installato in un dispositivo del tipo *target* a distanza ed in modo occulto tramite l'invio con una *mail*, un *sms* o un'applicazione di aggiornamento.

Il software è costituito da due moduli principali: il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo utilizzato dal *virus* per controllare siffatto dispositivo.

Lo strumento tecnologico in argomento consente di svolgere diverse attività, permettendo l'acquisizione di dati che, trasmessi a mezzo della rete *internet* ad un sistema informativo nella disponibilità degli investigatori, vengono dagli stessi acquisiti e fruiti per finalità investigative:

²⁰³ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 150.

- captare il traffico dati dal dispositivo infettato;
- attivare il microfono e, quindi, apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo;
- mettere in funzione la *web camera* e, dunque, carpire immagini;
- perquisire l'*hard disk* e fare copia, in tutto o in parte, delle unità di memoria del sistema informatico oggetto di intrusione;
- decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo;
- sfuggire agli antivirus.

Utilizzando il programma informatico appena descritto, dunque, è possibile captare i dialoghi che si svolgono tra persone presenti e la correlata attività dà luogo ad un'intercettazione di tipo ambientale che può avvenire ovunque sia localizzato l'apparecchio interessato.

La Corte di cassazione, occupandosi della materia costituita dall'intercettazione telematica, tramite agente intrusore (virus informatico), che consenta l'apprensione delle conversazioni tra presenti mediante l'attivazione, attraverso il virus informatico, del microfono di un dispositivo elettronico (personal computer, tablet, smart-phone), ovunque le predette attività si svolgano dal momento che l'attività di captazione segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore dell'apparecchio, ha rimesso alle Sezioni unite le questioni di seguito individuate:

1. se il decreto che dispone tale metodica di intercettazione debba indicare, a pena di inammissibilità dei relativi risultati, i luoghi ove deve avvenire la relativa captazione;
2. se, in mancanza di tale indicazione, l'eventuale sanzione di inutilizzabilità riguardi in concreto soltanto le captazioni che avvengono in luoghi di privata dimora al di fuori dei presupposti indicati dall'art. 266, comma 2, c.p.p.;
3. se possa comunque prescindere da tale indicazione nel caso in cui l'intercettazione per mezzo di virus informatico sia disposta in un procedimento relativo a delitti di criminalità organizzata²⁰⁴.

La rimessione della questione alle Sezioni Unite è stata determinata da una precedente presa di posizione della Suprema Corte la quale, nell'occasione, si era espressa nel senso dell'illegittimità di siffatta metodologia investigativa²⁰⁵.

In particolare, la Corte aveva ritenuto che giuridicamente inammissibile la stessa in quanto, consentendo la captazione di comunicazioni in qualsiasi luogo si rechi il soggetto portando con sé l'apparecchio, permette l'apprensione di conversazioni senza limitazione di luogo e, quindi, contrasta non soltanto con la normativa codicistica, ma ancora prima con il precetto costituzionale di cui all'art. 15

²⁰⁴ Cass., Sez. VI, ord., 6 aprile 2016, n. 13884.

²⁰⁵ Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100.

Cost. dal momento che l'unica opzione interpretativa compatibile con il richiamato dettato costituzionale è quello secondo cui l'intercettazione ambientale deve avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* e non in qualunque luogo si trovi il soggetto.

L'ordinanza di rimessione si è posta in radicale dissenso con siffatte conclusioni, facendo in primo luogo osservare che l'esigenza di predeterminare le situazioni ambientali oggetto di captazione risulta estranea all'intercettazione a mezzo di virus informatico, in quanto la caratteristica tecnica di siffatta modalità di captazione prescinde dal riferimento al luogo, trattandosi in ipotesi di un'intercettazione ambientale "itinerante", di talché ciò che rileva è che il decreto autorizzativo sia adeguatamente motivato per giustificare le ragioni per le quali si ritiene debba utilizzarsi la metodica dell'istallazione da remoto, consentendo così una captazione dinamica.

Sul versante normativo, poi, l'ordinanza ha evidenziato come un problema di compatibilità si sarebbe posto comunque soltanto rispetto al domicilio ed ai luoghi di privata dimora presi in considerazione dall'art. 614 c.p. e richiamati dall'art. 266, comma 2 c.p.p., per cui lo stesso sarebbero escluso dall'area operativa delineata dall'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, dal momento che l'intercettazione tra presenti che sia disposta nell'ambito di procedimenti di criminalità organizzata è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. si stia svolgendo l'attività criminosa.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione²⁰⁶, approfondendo gli spunti tratti dall'ordinanza di rimessione e dopo avere ribadito la correttezza della qualificazione giuridica dell'attività investigativa svolta tramite agente intrusore come intercettazione di tipo "ambientale", hanno affermato i seguenti principi di diritto:

a) deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo indicato, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., che in detto luogo "si stia svolgendo l'attività criminosa";

b) è invece consentita la captazione nei luoghi di privata dimora *ex art.* 614 c.p., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

La Corte di cassazione ha colto l'occasione per ribadire l'adesione ad una in-

²⁰⁶ Cass., Sez. Un., 1° luglio 2016, n. 26889.

interpretazione ampia della nozione di “criminalità organizzata”, definizione la cui precisazione non costituisce – dicono le Sezioni Unite – un mero esercizio teorico poiché da essa dipende l’applicazione delle norme processuali che si riferiscono alla categoria di reati ad essa correlata.

Ha chiarito, pertanto, che per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi non soltanto quelli elencati nell’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p.p., con esclusione del mero concorso di persone nel reato.

Si tratta di una presa di posizione che desta non poche perplessità sul versante dell’effettiva protezione dei valori di rango costituzionale che la disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni si presta a ledere, dal momento che la nozione estesa del concetto di criminalità organizzata, coniugandosi con l’orientamento sopra richiamato e per il quale i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell’art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite, e ciò indipendentemente dal successivo esercizio dell’azione penale anche in relazione al primo reato²⁰⁷, rischia di rendere agevoli forzature finalizzate a configurare la ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso all’incursore informatico anche in relazione ad ipotesi solo formalmente escluse.

4. Misure cautelari reali. Il sequestro preventivo

Intervenuto per dare una regolamentazione organica «*ad una materia che, sia pure in termini sfumati e non privi di sfasature sistematiche, non riconosceva [...] il fine preventivo della coercizione reale*»²⁰⁸, il legislatore della nuova codificazione ha conservato al sequestro preventivo la connotazione di strumento finalizzato a tutelare la collettività con riferimento al protrarsi dell’attività criminosa e dei suoi effetti²⁰⁹.

Infatti, siffatta tipologia di sequestro è connotata dai caratteri propri degli isti-

²⁰⁷ V., infatti, la già citata Cass., Sez. V, 29 aprile 2014, n. 17939.

²⁰⁸ P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, t. II, *Le misure cautelari*, Milanofiori Assago, 2008, p. 366. V., inoltre, R. BAUSARDO, *Misure cautelari reali*, in AA.VV., *Libertà e cautele nel processo penale*, coordinati da M. Chiavario, Torino, 1996, p. 302. Da ultimo v., con ricchezza di riferimenti bibliografici, P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, Milanofiori Assago, 2015, p. 260.

²⁰⁹ Connette al sequestro preventivo finalità di difesa sociale, infatti, A. BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, 1999, p. 15. V., inoltre, P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 261.

tuti cautelari, ossia la provvisorietà, intesa nel senso di limitazione degli effetti di esso ad un periodo di tempo determinato, e la strumentalità, da intendersi come la preordinazione della misura all'emissione di un successivo provvedimento di carattere definitivo²¹⁰.

Inoltre il ricorso alla misura cautelare, soltanto eventuale ed in funzione accessoria²¹¹, è subordinato alla sussistenza di elementi tipizzati dal legislatore in rapporto alla appena individuata funzione, ossia il *fumus delicti* ed il *periculum in mora*²¹², mentre sul versante sistematico il sequestro preventivo è stato collocato tra le misure cautelari reali e sganciato dal sequestro probatorio, «*ad ulteriore dimostrazione della consapevolezza del legislatore della sua potenzialità afflittiva su diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, non dissimile da quella dei provvedimenti di coercizione personale*»²¹³.

Come è noto, l'art. 321, comma 1 c.p.p. dispone che, quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati²¹⁴, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato²¹⁵.

²¹⁰ P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., p. 367. V., inoltre, M. CASTELLANO-M. MONTAGNA, voce *Misure cautelari reali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 100; A. M. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 264. Parla di finalità "sostanziali" affidate all'istituto dal legislatore, poi, A. MELCHIONDA, voce *Sequestro (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 158.

²¹¹ M. CASTELLANO-M. MONTAGNA, *Misure cautelari reali*, cit., p. 101, le quali sottolineano come «[dalle] modalità esplicative con le quali il procedimento cautelare si inserisce nel procedimento principale in chiave di strumentalità ed accessoria non può non ricavarsi la funzione puramente eventuale ed accessoria della tutela cautelare rispetto al procedimento fondamentale».

²¹² Evidenzia P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., p. 367, come su siffatta struttura non ha inciso in modo sostanziale la riforma attuata con il d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, dal momento che con essa «è stato disegnato una specie di "fermo reale" di natura precautelare, modellato sulla falsariga dell'istituto regolato dall'art. 384 c.p.p., essendo sempre previsto l'intervento del giudice, per la convalida del provvedimento e l'adozione della misura».

²¹³ P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., p. 367.

²¹⁴ Come chiaramente messo in rilievo da A. M. DE SANTIS, *Sequestro preventivo*, cit., p. 264, la condizione di soggezione tipica del sequestro preventivo mira «*ad impedire che, pendente il giudizio, possa essere aggravata, protratta o reiterata la condotta delittuosa o possano essere sottratte al processo cose passibili di confisca*».

²¹⁵ Ma, ai sensi dell'art. 321, comma 3-bis c.p.p., nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria. Soggiunge il successivo comma 3-

Prima dell'esercizio dell'azione penale, ovviamente, la competenza a disporre il sequestro è attribuita al giudice per le indagini preliminari.

La norma delinea con estrema sintesi linguistica i presupposti applicativi ai quali sopra si è fatto cenno²¹⁶ e che costituiscono la premessa indispensabile ai fini di un legittimo ricorso alla misura cautelare²¹⁷, mentre nell'individuazione dei beni suscettibili di costituire oggetto della misura il legislatore ha voluto rimettere all'interpretazione giurisprudenziale l'elaborazione del relativo concetto²¹⁸.

Prevedendo, all'art. 321, comma 2, c.p.p., che il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca, il legislatore ha introdotto una fattispecie – il sequestro preventivo, appunto, finalizzato alla confisca – che è generalmente ritenuta una figura specifica ed autonoma di cautela reale rispetto a quella disciplinata dall'art. 321, comma 1 c.p.p.²¹⁹ e che si coordina, evidentemente, con l'art. 240 c.p. e con le altre disposizioni di carattere speciale in cui sono previsti i diversi casi di confisca, obbligatoria ovvero facoltativa.

Si tratta di una relazione di autonomia esistente tra le due figure di sequestro preventivo la quale, tra l'altro, è stata più volte posta in evidenza dalla giurisprudenza, in particolare sottolineando come la misura cautelare reale di cui all'art. 321, comma 2 c.p.p. rappresenti una figura specifica a cui si ricorre come rimedio distinto rispetto al sequestro contemplato dalla disposizione precedente²²⁰.

Difatti, il sequestro delle cose confiscabili previsto dall'art. 321, comma 2 c.p.p. non presuppone alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose stesse, le quali, proprio perché confiscabili, sono da ritenersi di per sé obiettivamente pericolose, indipendentemente dal fatto che si versi in tema

ter che il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta.

²¹⁶ Come evidenziato da M. FERRAIOLI, voce *Misure cautelari*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Milano, 1990, p. 21, il sequestro preventivo «[g]rava sulla cosa pertinente al reato, ma è finalizzato all'impedimento della commissione di altri delitti».

²¹⁷ Per un quadro di sintesi delle diverse posizioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali afferenti alla definizione dei presupposti del sequestro preventivo v., ancora una volta, P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., p. 368; M. CASTELLANO-M. MONTAGNA, *Misure cautelari reali*, cit., p. 103; A. BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, cit., p. 21; A. M. DE SANTIS, *Sequestro preventivo*, cit., p. 266. V., inoltre, P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 268.

²¹⁸ P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., 389; R. BAUSARDO, *Misure cautelari reali*, cit., p. 305. V., inoltre, P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 280; A. BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, cit., p. 25.

²¹⁹ V., in dottrina, P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., 401. V., inoltre, A. BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, cit., p. 41; P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 286.

²²⁰ Così, tra le tante, Cass., Sez. VI, 19 gennaio 1994, Pompei.

di confisca facoltativa o obbligatoria²²¹.

Anche se, è stato sottolineato, è necessario che, qualora si tratti di confisca facoltativa, il giudice dia ragione del potere discrezionale di cui abbia ritenuto avvalersi²²² e tale giustificazione si ritiene ricorrente anche attraverso il semplice riferimento alla finalità di evitare la protrazione degli effetti del reato, quest'ultima potendo risiedere anche nell'esigenza di evitare che la cosa confiscabile sia soggetta a modificazione, dispersione, deterioramento o alienazione²²³.

Se, in termini generali, le ipotesi di confiscabilità, obbligatoria o facoltativa, definiscono i margini di un caso particolare di sequestro preventivo, in relazione al delitto che ci occupa l'art. 12-*sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 stabilisce che nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p. per taluno dei delitti previsti, tra gli altri, dal precedente art. 12-*quinqies*, comma 1, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Viene introdotta, dunque, un'ipotesi specifica di confisca obbligatoria²²⁴ che, supportata dalla configurazione del delitto accertata all'esito di un giudizio di condanna ovvero ritenuta nell'ambito del giudizio speciale disciplinato dagli artt. 444 ss. c.p.p., ruota intorno ad una presunzione relativa di illecita provenienza dei beni²²⁵ – parametrata alla luce della mancanza di adeguate giustificazioni di segno contrario – ed assume una natura certamente sanzionatoria²²⁶.

Va subito fatto notare come la Corte costituzionale abbia dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame, prospettata in riferimento ad una possibile violazione degli artt. 3, 24, 42 e 97 Cost. nelle ipotesi in cui venga disposto il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 12-*sexies*, comma 4, e, occupandosi della questione, ha fornito taluni

²²¹ Cass., Sez. III, 2 maggio 2000, Maccarone. Negli stessi termini v., però, Cass., Sez. VI, 17 marzo 1995, Franceschini; Cass., Sez. VI, 21 ottobre 1994, Giacalone; Cass., Sez. VI, 19 gennaio 1994, Pompei; Cass., Sez. I, 23 giugno 1993, Cassanelli. In dottrina v., tra gli altri, R. BAUSARDO, *Misure cautelari reali*, cit., p. 310, secondo il quale, proprio in ragione di siffatta connotazione, nei confronti del sequestro a scopo di confisca le riserve sollevate rispetto ai presupposti applicativi del sequestro preventivo tendono a smorzarsi.

²²² Cass., Sez. VI, 19 gennaio 1994, Pompei. In relazione ai casi di confisca obbligatoria, fa notare R. BAUSARDO, *Misure cautelari reali*, cit., p. 311, «la determinazione della pericolosità della cosa è stata operata ex ante, per così dire oggettivamente, dalla legge, senza margini per una diversa valutazione».

²²³ Cass., Sez. VI, 17 marzo 1995, Franceschini.

²²⁴ P. GUALTIERI, *Sequestro preventivo*, cit., p. 417.

²²⁵ P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 340.

²²⁶ P. GUALTIERI-G. SPANGHER, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 333.

chiarimenti indispensabili al fine di tratteggiare i caratteri della confisca prevista dalla norma che ci occupa.

Essendo, nella specie, il sequestro preventivo destinato esclusivamente ad assicurare l'esecuzione del provvedimento di confisca che deve essere adottato nel caso di condanna a norma dei commi 1 e 2 della disposizione censurata – ha, così, potuto chiarire la Corte costituzionale – e poiché la confisca ivi disciplinata ha struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto dall'art. 240 c.p., è evidente che anche i requisiti di sequestrabilità debbano essere necessariamente calibrati sulla falsariga di quelli previsti per l'adozione del provvedimento ablativo definitivo, con ovvie conseguenze, quindi, sulla qualificazione stessa del vincolo pertinenziale che di regola deve sussistere tra reato e cose oggetto della misura cautelare reale²²⁷.

Pertanto, avendo il legislatore non irragionevolmente ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso, se ne è fatto conseguire che l'identica relazione tra fattispecie delittuosa per la quale si procede e giustificazione della provenienza dei beni costituisca il parametro di legittimità del sequestro preventivo, proprio perché si tratta di misura destinata ontologicamente ad impedire la sottrazione o dispersione di quegli stessi beni che possono formare oggetto di confisca in ipotesi di condanna²²⁸.

Sequestro e confisca, pertanto, rappresentano nel caso di specie, come in tutte le ipotesi riconducibili all'art. 321, comma 2 c.p.p., istituti fra loro specularmente correlati sul piano dei presupposti, al punto che soltanto deducendo l'illegittimità costituzionale del secondo potrebbe venire in discorso l'illegittimità del primo²²⁹.

Detto questo, la giurisprudenza ha chiarito che in relazione alla confisca della cosa *ex art. 12-sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, ed al sequestro preventivo disposto al fine di procedere a tale confisca, il rapporto di pertinenzialità non è tra il bene ed uno specifico fatto delittuoso, bensì tra la *res* e l'attività criminosa di un soggetto²³⁰.

In particolare, ai fini del sequestro preventivo di beni confiscabili a norma del-

²²⁷ Corte cost., ord., 29 gennaio 1996, n. 18.

²²⁸ Corte cost., ord., 29 gennaio 1996, n. 18.

²²⁹ Corte cost., ord., 29 gennaio 1996, n. 18.

²³⁰ Cass., Sez. V, 22 settembre 1998, Sibio: «*In tema di misure cautelari reali, il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) e la successiva confisca ex art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306, non sono subordinati all'accertamento di un nesso eziologico tra reati e beni, dal momento che il legislatore opera una presunzione di illecita accumulazione, senza distinguere se detti beni siano o meno derivanti dal reato per il quale è stata inflitta condanna. Sicché la norma in esame costituisce una deroga, in ragione della specialità, a quella dettata dall'art. 240 c.p., e il nesso di pertinenzialità è peculiare e più lato, perché è stabilito tra il bene e l'attività delittuosa facente capo ad un soggetto e non tra il bene e uno specifico fatto delittuoso*».

la predetta disposizione, sono condizioni necessarie e sufficienti, quanto al *fumus commissi delicti*, l'astratta configurabilità, nel fatto attribuito all'indagato ed in relazione alle concrete circostanze indicate dal pubblico ministero, di una delle ipotesi criminose previste dalle norme richiamate, e quanto al *periculum in mora*, attesa la coincidenza di quest'ultimo requisito con la confiscabilità del bene, la presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della lecita provenienza dei beni stessi²³¹.

5. Il giudizio

5.1. Le contestazioni probatorie

La contestazione delle dichiarazioni rilasciate durante la fase delle indagini preliminari costituisce un segmento eventuale²³² del procedimento di acquisizione della prova in dibattimento, attivabile allorquando emerge un'ipotesi di contrasto fra la dichiarazione dibattimentale e la dichiarazione precedentemente resa.

La finalità della contestazione – tecnicamente consistente nella lettura della dichiarazione precedentemente resa dall'esaminato²³³, nella parte in cui presenta

²³¹ Cass., Sez. I, 11 febbraio 2010, Vendemini ed altri; Cass., Sez. VI, 11 aprile 2008, Iorio ed altri; Cass., Sez. I, 19 gennaio 2007, Cortellino. Si tratta di approdi giurisprudenziali che affondano le loro radici in Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003 n. 920, secondo la quale il sequestro preventivo può essere disposto quando nel fatto attribuito all'indagato sia astrattamente configurabile una delle ipotesi previste dall'articolo 12-*sexies*, co. 1 e 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, in relazione alle concrete circostanze indicate dai pubblici ministeri, e siano inoltre ravvisabili seri indizi dell'esistenza delle condizioni richieste per la confisca. Ma v., anche, Cass., Sez. V, 25 settembre 2007, n. 39048: «*In tema di confisca obbligatoria – disposta, ex art. 12-*sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 – ai fini della valutazione della sproporzione tra il valore dei beni posseduti dall'interessato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica esercitata i termini di raffronto dello squilibrio sono indicati dalla suddetta previsione, alternativamente, nel reddito dichiarato al fisco e nella attività economica dell'imputato, chiaro essendo che il giudice, una volta apprezzata la sproporzione rispetto al dato ufficiale, cioè al reddito dichiarato, non deve spingersi a ricercare una situazione di fatto contrastante con il dato documentale. Tuttavia, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata del predetto art. 12-*sexies*, qualora l'imputato dimostri in modo serio la titolarità di un'attività economica che superi di fatto l'immagine reddituale rappresentata al fisco, il giudice deve tenere conto di tale realtà nel suo libero convincimento, anche considerato che la previsione in questione richiede che si tratti di beni di cui l'imputato non possa giustificare la provenienza, con la conseguenza che sulle giustificazioni fornite dall'interessato deve essere fornita puntuale e adeguata motivazione*».

²³² C. FANUELE, voce *Contestazioni dibattimentali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. vol. III, t. I, Milano-fiori Assago, 2005, p. 222.

²³³ Che non possano essere contestate dichiarazioni rese da soggetti diversi è opinione pacifica. V., per tutti, C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali*, cit., p. 222. In caso contrario, sottolinea G.

elementi di difformità rispetto a quella resa dal testimone nell'ambito del dibattimento²³⁴ – è duplice, potendosi rinvenire in essa lo scopo di saggiare la credibilità del dichiarante mediante l'opposizione del precedente difforme e, quindi, consentire allo stesso di rettificare la dichiarazione resa in sede di esame ovvero, al contrario, di fornire una spiegazione della versione diversa²³⁵.

Il giudice, pertanto, viene posto nelle condizioni di «*osservare attentamente le reazioni del teste, anche nei c.d. tratti prosodici del discorso (tono della voce, atteggiamento psicofisico), spesso meno padroneggiabili delle espressioni verbali da chi mente*»²³⁶.

Sulla base di siffatte premesse, l'art. 500, comma 2, c.p.p. fissa la regola cardine – direttamente funzionale all'attuazione della “regola d'oro” del processo accusatorio²³⁷ – secondo cui la dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta – ma non per questo allegabile al fascicolo dibattimentale²³⁸ – dalla parte nel segmento contenente la circostanza sulla quale si afferma cadere la contraddizione²³⁹, non può costituire prova dei fatti da essa affermati, potendo soltanto essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata.

Come è noto, la regola di esclusione concernente il precedente difforme subisce tre eccezioni, perfezionandosi le fattispecie relative alle quali, dunque, la dichiarazione utilizzata per la contestazione diviene pienamente fruibile dal giudice.

L'art. 500 c.p.p., come non ha mancato di osservare la Corte costituzionale, nella sua complessa struttura è ispirato all'esigenza di impedire che l'istituto delle

ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 359, la contestazione rischierebbe di essere trasformata in un meccanismo di critica sul risultato complessivo delle indagini preliminari. Ma v., invece, P. TONINI, *La prova penale*, cit., 234, il quale fa rientrare nelle contestazioni c.d. non probatorie l'utilizzo di dichiarazioni provenienti da persone diverse. Negli stessi termini v., rispetto a siffatta tipologia di contestazione, M. D'ANDRIA, *Art. 500*, in *Rassegna c.p.p. Lattanzi-Lupo*, VII, Milano, 2003, p. 180.

²³⁴ F. LA MARCA-R. SANLORENZO, voce *Contestazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, App., Torino, 1992, p. 529. V., inoltre, P. P. RIVELLO, *L'istruzione dibattimentale: poteri di parte e poteri di ufficio*, in *Giudizio ordinario*, coordinati da A. Nosengo, Torino, 2002, p. 178.

²³⁵ R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. IV, t. II, Milanofiori Assago, 2009, p. 318. Infatti, è la notazione di C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, in *Digesto pen.*, Agg. II, Milanofiori Assago, 2004, p. 704, «*solo chi si riveli costante nelle dichiarazioni o sappia rendere conto di ripensamenti e difformità, giustificando dimenticanze e incoerenze, si può reputare teste affidabile*». V., inoltre, A. LUERTI, *Art. 500 c.p.p.*, in AA.VV., *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, a cura di G. Spangher, Milanofiori Assago, 2013, p. 2731.

²³⁶ P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 104.

²³⁷ P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, p. 107.

²³⁸ Come mette in rilievo, al fine di assicurare l'effettività del principio del contraddittorio, C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 429.

²³⁹ Ed esclusivamente in esso, ribadisce con forza C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 429.

contestazioni si atteggi alla stregua di meccanismo di acquisizione illimitato ed incondizionato di dichiarazioni raccolte prima e al di fuori del contraddittorio.

La Corte ha soggiunto come siffatta esigenza sia stata soddisfatta proprio dalla composita disciplina dettata dall'art. 500 c.p.p., mediante la previsione, da un lato, di un parametro di valutazione oggettivamente circoscritto delle dichiarazioni lette per le contestazioni e, dall'altro, di ipotesi di eccezionale utilizzabilità *pleno iure*, tutte caratterizzate dall'esigenza di permettere la più ampia facoltà di prova, senza però compromettere i principi costituzionali²⁴⁰.

Orbene, l'ipotesi che viene in rilievo rispetto alla fattispecie processuale che ci occupa è presa in considerazione dall'art. 500, comma 4, c.p.p., ai sensi del quale quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate²⁴¹.

La norma si colloca nell'ambito della fattispecie derogatoria del principio generale della formazione della prova in contraddittorio fra le parti costituita dalla prova condotta illecita e persegue chiaramente l'obiettivo di fronteggiare eventuali fenomeni di inquinamento probatorio, specialmente nei processi di criminalità organizzata, ove maggiori sono le pressioni cui è esposto il testimone²⁴².

Alla luce della *ratio* della previsione di cui all'art. 500 c.p.p., sul punto suscettibile di essere estesa alla fattispecie che si sta esaminando, correttamente si deve escludere, da un lato, che le condotte inquinanti dotate di rilievo siano esclusivamente quelle riferibili all'imputato²⁴³, dall'altro che possa assumere rilevanza processuale la condotta illecita integrata dal comportamento del dichiarante, il quale, sebbene in assenza di condizionamenti esterni, tenga un contegno reticente ovvero dichiari circostanze false²⁴⁴.

²⁴⁰ Corte cost., ord., 14 febbraio 2002, n. 36. Sottolinea C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 707, come l'art. 500 c.p.p. «è divenuto norma-contenitore per una serie di fattispecie sistematicamente eccentriche rispetto alle contestazioni, "cuore" della previsione».

²⁴¹ V., per una sintesi delle problematiche poste dalla complessiva fattispecie derogatoria, A. LUERTI, *Art. 500 c.p.p.*, cit., p. 2731.

²⁴² R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 330.

²⁴³ V., in relazione all'art. 500 c.p.p., Cass., 16 dicembre 2004, Flotta; Cass., 22 settembre 2004, Capozza. In dottrina v., tra gli altri, P. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, p. 19; R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 330; C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 708.

²⁴⁴ V., infatti, Corte cost., ord., 12 novembre 2002, n. 453, secondo la quale è manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 e 111, comma 5, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500, comma 4, c.p.p., nella parte in cui consente di avvalersi in modo pieno delle dichiara-

Allo stesso modo, merita di essere condivisa l'impostazione ermeneutica che, richiamando gli approdi della dottrina penalistica, estende l'ambito di operatività della fattispecie includendovi i casi in cui la condotta inquinante non abbia ad oggetto la persona del dichiarante, bensì il patrimonio di questi ovvero persone ad egli legate da vincoli di parentela o anche semplicemente affettivi.

La giurisprudenza ha chiarito – trattando di un punto delicatissimo dell'impostazione dell'istituto, in ragione della correlazione tipicamente esistente tra il delitto che ci occupa ed i delitti di criminalità mafiosa – che le dichiarazioni pre-dibattimentali del testimone, che abbia a ritrattare in ragione della “sudditanza psicologica” nei confronti dell'imputato, non sono acquisibili al fascicolo del dibattimento, perché la previsione dei casi in cui l'acquisizione è ammessa – per violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità come strumenti di inquinamento probatorio della testimonianza – è tassativa²⁴⁵.

Il ragionamento si può spostare comodamente anche sul terreno egualmente delicato dell'incidente probatorio, laddove l'esigenza di precisione connessa al carattere tassativo dei casi di incidente ha reso necessario definire in termini chiari e restrittivi i dati qualificativi degli elementi probatori posti a sostegno della richiesta, di talché è da escludere «*l'ortodossia di ogni astratta presunzione di pericolo per la genuinità del contributo dichiarativo, meccanicamente tratta dalla pericolosità dell'imputato, dalla sua condotta di vita, dai suoi precedenti giudiziari, o, addirittura, dalla astratta tipologia del reato per il quale si procede*»²⁴⁶.

zioni precedentemente rese dal testimone, ed utilizzate per la contestazione, solo nei casi di subornazione o di violenza o minaccia esercitate sul teste e non anche quando si ravvisino, nella deposizione dibattimentale del testimone stesso, gli estremi del delitto di falsa testimonianza, in quanto la disposizione censurata rappresenta diretta attuazione dell'art. 111, comma 5, Cost., il quale, affidandone alla legge la relativa disciplina, prefigura una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio “per effetto di provata condotta illecita”, formula nella quale è da escludere che rientrino oltre alle condotte illecite poste in essere “sul” dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione), anche quelle realizzate “dal” dichiarante stesso (quale, *in primis*, la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza), poiché la “condotta illecita” reca impedimento all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova, mentre l'autonoma scelta del teste di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sé, sulla lineare esplicazione di esso; né sussiste la dedotta violazione dell'art. 3 Cost., in considerazione della evidente eterogeneità delle situazioni poste a confronto, trattandosi, da un lato, di intimidazione o subornazione che coarta od orienta *ab externo* l'atteggiamento dibattimentale del testimone, e, dall'altro, di libera scelta del teste di rendere dichiarazioni non veritiere o di tacere in dibattimento. V., altresì, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, Cass., 4 marzo 2005, n. 12481, secondo cui in tema di testimonianza, la deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio contenuta nell'art. 500, comma 4, c.p.p. si riferisce alle sole condotte illecite poste in essere “sul” dichiarante – quali la violenza, la minaccia o la subornazione – ma non a quelle realizzate “dal” dichiarante stesso, quale la falsa testimonianza anche nella forma della reticenza.

²⁴⁵ Cass., Sez. II, 22 settembre 2011, n. 36478.

²⁴⁶ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2000, p. 548. V., inoltre, C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, p. 90, il quale fa notare come «*[i]l prospettato automatismo fra pericolo d'inquinamento probatorio e “tipo di reato” e di soggetti, a vario titolo,*

Anche se deve porsi in evidenza il dato preoccupante – ed in grado di stravolgere il profilo funzionale della contestazione probatoria sempre su un terreno caratterizzato dalla frequente commistione dei fatti di reato con fenomeni di criminalità mafiosa – che non manca in dottrina chi, ricalcando i motivi di perplessità esposti nelle note critiche contenute nel parere sul progetto preliminare espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura²⁴⁷, ha ritenuto come «*l'onere di dimostrare l'esistenza di elementi concreti e specifici circa l'esposizione della persona a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, risulti davvero eccessivo rispetto al fine che l'incidente probatorio è destinato a perseguire: rischiandosi di compromettere il ricorso all'istituto proprio con riferimento ai processi di criminalità organizzata, nei quali il pericolo di "inquinamento" della prova deriva di norma dal tipo di reato per cui si procede, dalle persone che ne sono coinvolte e dall'ambiente sociale in cui vivono ed operano imputato e testimoni. [Difatti] in tali ipotesi [...] ove pure il rischio di inquinamento della prova risulta per tabulas, non sarà spesso certamente agevole allegare la presenza di quegli elementi "concreti e specifici" assunti dal legislatore come condizioni ineludibili per il ricorso all'assunzione anticipata della prova*»²⁴⁸.

Un profilo delicato, anche in ragione del fatto che l'accertamento della preven- tivabile alterazione del processo formativo della prova per effetto dell'azione di fattori di turbativa di natura esterna – al quale consegue, nella logica della verifica *ex post* che presidia il meccanismo contestativo, l'acquisizione al fascicolo processuale dell'intero verbale, sebbene parzialmente utilizzato per le contestazioni²⁴⁹ ovvero, secondo alcune autorevoli voci dottrinarie, a prescindere dall'effettuazione di esse²⁵⁰ – avviene mediante l'impegno di un segmento valutativo – la cui attivazione prescinde, nell'ambito dell'art. 500 c.p.p., da qualsiasi i-

*coinvolti – senza, quindi, la mediazione del relativo quadro sintomatico – se trovasse cittadinanza, finirebbe per postulare ed asseverare un pericolo in re ipsa, ratione criminis set persona rum. Il concetto di non rinviabilità dell'atto, così, verrebbe interpretato in chiave sostanzialista, agganciandolo alla specifica figura di reato, fino a risalire alla notizia di reato, i cui elementi a corredo raccolti dovrebbero, poi, in via ultronea, essere assunti a fondamento (si fa per dire) della richiesta di incidente probatorio». L'assunto interpretativo è proprio, altresì, di M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, p. 348, secondo la quale il parametro valutativo costituito dalla sussistenza di elementi concreti e specifici tende a delimitare l'ambito dell'ampliamento del concetto di non rinviabilità insito nella fattispecie.*

²⁴⁷ G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalla legge delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 919.

²⁴⁸ V., soprattutto, M. MADDALENA, *L'incidente probatorio*, in *Profili del nuovo processo penale*, coordinati da P. Garavoglia, Padova, 1988, p. 108.

²⁴⁹ R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 336.

²⁵⁰ C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 708. In senso contrario v., però, C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali*, cit., p. 232, la quale evidenzia la collocazione sistematica della norma, nonché il possibile contrasto con il principio di cui all'art. 514 c.p.p. In giurisprudenza v., in senso adesivo alla prima tesi, Cass., 15 giugno 2010, n. 27582.

niziativa di parte²⁵¹ ed il cui svolgimento non esige l'osservanza di specifici requisiti formali²⁵² – il cui oggetto è costituito dalla ricorrenza di elementi i quali, dotati del duplice requisito della concretezza e specificità, consentono di ritenere che il futuro testimone possa essere sottoposto a violenza o minaccia, ovvero interessato da prospettive di arricchimento, affinché non deponga ovvero deponga falsamente.

5.2. L'art. 190-bis c.p.p.

Si diceva, in apertura del presente contributo, della inderogabilità degli itinerari stabiliti dal codice di procedura penale e ciò vale anche in relazione alla disciplina della dinamica ammissiva della prova, come è noto incentrata sulle regole di ordine generale stabilite dall'art. 190, comma 1 c.p.p. ovvero, nei casi ivi previsti, dall'art. 190-bis c.p.p.²⁵³.

L'art. 190 c.p.p. stabilisce i criteri generali di ammissibilità della prova richiesta in dibattimento secondo un incedere normativo incentrato su una presunzione di ammissibilità per la quale «*non deve essere la parte a dimostrarla la legalità, la rilevanza e l'utilità [della prova] per ottenerne l'ammissione, ma è il giudice che, per negarla, deve accertarne l'illegalità oppure la "manifesta" irrilevanza o superfluità*»²⁵⁴.

²⁵¹ V., in dottrina, C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali*, cit., p. 233; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 436.

²⁵² R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 332. V., inoltre, C. FANUELE, *Contestazioni dibattimentali*, cit., p. 233.

²⁵³ La bibliografia sulle disposizioni del codice processuale sopra richiamate è pressoché sterminata. V., in generale, G. SPANGHER, *Le prove*, in *Teoria e pratica del processo*, III, Padova, 2014, p. 447; R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, p. 143; A. SCALFATI-G. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, Torino, 2009, p. 3; D. CHINNICI, *Gli atti introduttivi al dibattimento*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, II, Milanofiori Assago, 2015, p. 1088; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 296; M. MONTAGNA, *Requisiti della prova in casi particolari: l'art. 190 bis c.p.p.*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di A. Bargi, Torino, 2013, p. 727; P. P. RIVELLO, *Limiti al diritto alla prova*, in *Le prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinati da E. Marzaduri, Torino, 1999, p. 26; A. DE CARO, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milanofiori Assago, 2008, p. 353. Sul versante codicistico v., per tutti, C. QUAGLIERINI, *Artt. 190-190-bis*, in *Codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milanofiori Assago, 2017, p. 1896.

²⁵⁴ R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 147. Mette in evidenza G. SPANGHER, *Le prove*, cit., p. 461, come le parti dispongano della prova in positivo, nel senso che hanno diritto all'ammissione delle prove richieste nei limiti della pertinenza, sebbene non ne dispongano in negativo, in quanto la loro inerzia non può precludere l'ammissione di prove indispen-

Le caratteristiche del vaglio di ammissibilità della prova delineato dall'art. 190 c.p.p. sono note, trattandosi di una verifica la quale, è stato efficacemente detto, opera su un doppio livello: un controllo sulla rispondenza delle prove a parametri di legalità ed uno relativo alla loro utilità e idoneità dimostrativa²⁵⁵.

«Il primo» – è stato specificato – «si traduce in una ricognizione di eventuali preclusioni o divieti probatorio; il secondo nel vaglio di corrispondenza dei mezzi istruttori allo scopo dell'accertamento»²⁵⁶.

La seconda prospettiva, particolarmente complessa, «richiama una serie di valutazioni del giudice ispirate a criteri di razionalità in conformità» – si badi – «al principio della ragionevole durata del processo»²⁵⁷.

Al di là delle diverse linee di pensiero che possono prospettarsi, non v'è dubbio che il giudizio di rilevanza della prova attenga alla astratta capacità dimostrativa dell'ipotizzato risultato probatorio rispetto al tema oggetto di prova, mentre la valutazione di non superfluità tende a verificare la potenziale utilità della prova, già riconosciuta non irrilevante, da un punto di vista quantitativo, di talché «sono prove superflue quelle che si rivelino ridondanti, in quanto iterative di apporti gnoseologici già conseguiti o conseguibili attraverso altri esperimenti»²⁵⁸.

La ricostruzione delle condizioni di ammissibilità²⁵⁹ costituisce il riverbero – e ciò emerge già dalla semantica impiegata dal legislatore, ove il ricorso all'avverbio “manifestamente” tende a limitare fortemente il perimetro della valutazione giudiziale²⁶⁰ – della collocazione ordinaria del momento ammissivo nell'ambito degli atti introduttivi del dibattimento, allorquando il substrato cognitivo del giudice è rappresentato dagli enunciati esplicativi di cui all'art. 493, comma 1, c.p.p. e dalle

sabili all'accertamento dei fatti.

²⁵⁵ R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 147.

²⁵⁶ R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 148.

²⁵⁷ R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 148.

²⁵⁸ R. ADORNO, *L'ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 154. Rileva P. P. RIVELLO, *Limiti al diritto alla prova*, cit., p. 29, come «ogni diversa valutazione, non improntata ai suddetti criteri, esula dal potere del giudice e, ostacolando il diritto alla prova in capo alle parti, concreta una violazione di legge che vizia la relativa pronuncia».

²⁵⁹ Come rilevano A. SCALFATI-G. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 36, si tratta di condizioni minime «che saldano il contenuto delle richieste al thema decidendi, in modo che il primo non risulti esorbitante rispetto al secondo».

²⁶⁰ A. DE CARO, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., p. 379, per il quale la valutazione stessa è «ancorata solo alla verificabilità di una cornice entro cui l'iniziativa probatoria si muove a discrezione delle parti e oltre la quale si incontrano i territori dell'eccentricità rispetto al tema di prova, di solito solcati da strumentali richieste dilatorie e del tutto estranee alle dinamiche ricostruttive specifiche». Per A. SCALFATI-G. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 36, il termine «implica una verifica assai superficiale circa l'utilità delle prove rispetto all'oggetto dell'accertamento, al punto che la non ammissione è del tutto eccezionale, se non puramente teorica».

indicazioni contenute nelle liste depositate ai sensi dell'art. 468 c.p.p.²⁶¹.

«La previsione, nell'art. 190, comma 1 e nell'art. 468, comma 2 c.p.p., del termine "manifestamente", il quale non viene riprodotto, invece, nell'art. 495, comma 4 c.p.p.» – si è, con estrema efficacia, posto in rilievo – «non appare una scelta priva di significato da parte del legislatore. Si è già sottolineato come il motivo dell'inserimento di tale avverbio, con riferimento all'art. 190, comma 1 c.p.p., sia legato alla generalità del principio fissato da questa stessa norma, richiamata dall'art. 495, comma 2 c.p.p., la quale è destinata ad operare nel momento iniziale del dibattimento, quando ancora il giudice non conosce la regiudicanda. Allo stesso modo, nell'art. 468, comma 2 c.p.p., la presenza dell'avverbio "manifestamente" si giustifica in considerazione del carattere meramente ordinatorio del provvedimento presidenziale, contemplato da quest'ultima disposizione, provvedimento che appunto, in quanto ordinatorio, non è in grado di pregiudicare la decisione successiva in tema di ammissione della prova, di cui all'art. 495 c.p.p. Da tutto ciò si deduce, quindi, che l'assenza del medesimo avverbio dal contesto dell'art. 495, comma 4 c.p.p. non è casuale, bensì legata al fatto che la revoca dell'ammissione delle prove può avvenire in un momento in cui, proprio alla luce del materiale probatorio raccolto, la prova appare ormai superflua, cioè inutile»²⁶².

L'innestarsi, nell'ambito dell'esperienza procedimentale, di situazioni imputative rilevanti ai sensi dell'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. scompagina la struttura della fattispecie ammissiva della prova dibattimentale, potendo la stessa subire l'adeguamento dei relativi parametri secondo quanto previsto dalla «discussa e discutibile»²⁶³ previsione speciale di cui all'art. 190-bis c.p.p.²⁶⁴.

Il comma 1 della disposizione appena richiamata²⁶⁵ stabilisce, come è noto, che nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate

²⁶¹ A. DE CARO, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento*, cit., p. 370, sottolinea il collegamento funzionale che lega il momento della richiesta ammissiva con quello del deposito delle liste, posto che «il rispetto dei tempi e dei modi della presentazione della lista indicato dall'art. 468 c.p.p. a pena di inammissibilità costituisce il presupposto indefettibile per essere legittimati a richiedere l'ammissione [...] In tal modo, possiamo ritenere i due momenti collegati funzionalmente, costituendo un'unica e complessa parte del procedimento probatorio».

²⁶² C. FANUELE, *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 910.

²⁶³ S. BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. Vol. II, Milanofiori Assago, 2004, p. 362.

²⁶⁴ Definita, quest'ultima, da A. MAGGIO, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un inedita riproposizione del paradigma dell'«assoluta necessità» probatoria*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3463, «il vero asse portante dell'assetto probatorio originato dall'emergenza».

²⁶⁵ Come riformulata, ovviamente, dalla legge 1° marzo 2001, n. 63.

nell'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

Costituendo un dato pacificamente acquisito quello secondo cui la disciplina dell'art. 190-*bis* c.p.p. si applica anche nell'ipotesi in cui debba procedersi a rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per sopravvenuto mutamento della persona del giudice²⁶⁶, oltre che in caso di rinnovazione del dibattimento in grado di appello²⁶⁷, è evidente che l'intersecarsi della garanzia del contraddittorio – già esplicitosi nella sede di provenienza²⁶⁸ – con la previa cognizione del contenuto

²⁶⁶ Cass., Sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221. V., inoltre, Cass., Sez. V, 1° luglio 2004, n. 42237; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2003, n. 21730.

²⁶⁷ V., infatti, Cass., Sez. V, 9 maggio 2002, n. 43464, secondo la quale in tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, l'art. 603 c.p.p. disciplina due distinte ipotesi, prevedendo, nel comma 1, che il giudice disponga la rinnovazione del dibattimento ove ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti e attribuendogli, nel comma 2, nel caso di prove nuove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il potere di disporre il rinnovo dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'art. 495, comma 1 c.p.p., norma che a sua volta richiama gli artt. 190, comma 1 e 190-*bis* c.p.p. relativi, rispettivamente, al diritto alla prova ed ai requisiti della prova nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p. In conseguenza di tale doppio richiamo, deve ritenersi che – nel caso previsto nell'art. 603, comma 2 c.p.p. – il giudice, in presenza di istanza di parte e dei presupposti richiesti dalla norma, è tenuto a disporre la rinnovazione del dibattimento, con il solo limite costituito dalle ipotesi di richieste concernenti prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti, in sostanza escludendo le prove del tutto incongruenti rispetto al *thema decidendum* e quelle che mirano a provare un fatto del tutto pacifico ed incontrovertibile; mentre, nei procedimenti relativi a taluno dei delitti menzionati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., ove sia richiesto l'esame di testimoni o di persone indicate nell'art. 210 c.p.p. che abbiano già reso dichiarazioni nel corso di incidente probatorio ovvero dichiarazioni i cui verbali siano stati già acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso ove ritenuto necessario sulla base di specifiche esigenze, giustificandosi tale maggiore possibilità di riascoltare le persone già indicate, in relazione alla notevole gravità dei fatti da giudicare, alla difficoltà di accertare la verità in simili processi e, infine, alla minore attendibilità di tali categorie di persone.

²⁶⁸ «[L]a partecipazione della difesa nella sede aliena» – è stato brillantemente evidenziato, tuttavia, da C. CESARI, *Prova (Acquisizione della)*, cit., p. 722 – «resta legata ad una diversa res iudicanda, per cui è arduo ipotizzare che il contraddittorio svolto sia equivalente a quello che sulla medesima fonte si sarebbe effettuato in una diversa sede, per un diverso oggetto di prova. La coincidenza soggettiva dei protagonisti del contraddittorio, in altri termini, è indicativa di una eventualità: che questi abbiano perorato, nell'escussione delle fonti, ipotesi ricostruttive non solo a sé favorevoli, ma, coltivando una segreta attenzione a procedimenti (pendenti o futuribili) altri fatti, spendibili anche altrove. È chiaro che si tratta di una implicazione tutt'altro che necessaria. Piuttosto, le tesi contrapposte nel processo su un diverso oggetto, malgrado l'identità soggettiva dei protagonisti, sono ontologicamente inadeguate a far scaturire dalla fonte di prova quel surplus cognitivo che si suppone risultare dal confronto: sono dati strutturalmente incompleti ed extravaganti».

delle dichiarazioni – assicurata dall’operatività dei meccanismi previsti dall’art. 431 c.p.p. per quel che concerne l’incidente probatorio e dagli artt. 468 e 495 c.p.p. rispetto al caso di circolazione *ex art. 238 c.p.p.*²⁶⁹ – determina, alla luce della peculiare delicatezza dell’oggetto processuale, una notevolissima restrizione dei parametri di ammissibilità della prova.

Infatti, sebbene non manchi in dottrina chi ritiene che essi non siano sovrapponibili al parametro dell’assoluta necessità di cui all’art. 507 c.p.p., teso a segnalare una sorta di residualità sistematica della funzione probatoria del giudice rispetto a quella delle parti secondo una logica di contemperamento delle prerogative di queste ultime in materia probatoria con l’indisponibilità dell’oggetto del processo²⁷⁰, non v’è dubbio che la norma, sia pure nella duplicità dei criteri ivi compendati, rimetta alla gestione discrezionale del giudicante la fenomenologia dell’ammissione della prova.

²⁶⁹ Rispetto all’ipotesi di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale per mutamento della persona fisica del giudice, v. Corte cost., 24 gennaio 1994, n. 17, la quale ha sottolineato che i verbali delle dichiarazioni rese nella precedente fase dibattimentale *«fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice; tale contenuto, infatti, non è cristallizzato in quello indicato nell’art. 431 del codice, ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione [...] conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta».*

²⁷⁰ A. MAGGIO, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del collegio nei processi in materia di criminalità organizzata: un inedita riproposizione del paradigma dell’«assoluta necessità» probatoria*, cit., p. 3469.

