



IL TRIBUNALE ORDINARIO DI LECCE
Sezione prima penale
In composizione monocratica in persona de
Il Giudice, dott. Stefano SERNIA

Sciogliendo la riserva formulata all'udienza dibattimentale del giorno 12.12.2018 nel processo nei confronti di:

MARTINA ANDREA, nato a Copertino (LE) il 06.11.1982
letti gli atti e sentite le parti, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Si procede con rito ordinario, ma con acquisizione concordata dell'informativa di p.g. ed altri atti del fascicolo del P.m., a seguito di rinvio a giudizio dell'imputato davanti a questo tribunale, con l'accusa di aver coltivato delle piante di marijuana.

Si premette, al fine di agevolare la lettura della presente compendiosa ordinanza, il sommario degli argomenti trattati.

1. - GLI ESITI DELLA PERQUISIZIONE: PROVA FONDAMENTALE NEL PRESENTE PROCESSO.....	2
2.- IL DIRITTO VIVENTE.....	4
3.- LE QUESTIONI DI COSTITUZIONALITA' GIA' SOLLEVATE - SINTESI.....	8
4.- LE NUOVE QUESTIONI - SINTESI.....	9
4.1 - IL CONTRASTO CON GLI ARTT. 13, 14 e 111 COST.....	13
4.1.a - "E RESTANO PRIVI DI OGNI EFFETTO": l'inutilizzabilità derivata dalla perdita di efficacia delle perquisizioni illegittime.....	16
4.1.b - INUTILIZZABILITA' DERIVATA- ART. 103 C.p.p.-.....	21
4.2 -VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 3 COST.....	24
4.2.a - l'art. 103 cpp quale "TERTIUM COMPARATIONIS".....	24
4.2.b - gli artt. 271 cpp e 132 co. 3 codice privacy.....	26
4.2.c - ulteriori violazioni dell'art. 3 Cost.....	26
4.3 - VIOLAZIONE DELL'ART. 2 COST.: PRINCIPIO DI EFFETTIVITA'.....	28
4.4 - VIOLAZIONE DELL'ART. 24 COST.....	31
4.5 - PRINCIPIO DI EFFETTIVITA' e VIOLAZIONE ART. 8 CEDU - contrasto con gli artt. 2 e 117 della COSTITUZIONE.....	31
4.6 - PRINCIPIO DI EFFETTIVITA' e VIOLAZIONE ART. 6 CEDU - contrasto dell'artt. 352 cpp con gli artt. 2, 111 co. 6 e 117 della COSTITUZIONE.....	35

1. - GLI ESITI DELLA PERQUISIZIONE: PROVA FONDAMENTALE NEL PRESENTE PROCESSO

Le parti non hanno chiesto l'esame dei testi indicati nelle liste a suo tempo depositate, e tutti i verbali divengono così utilizzabili ai sensi degli artt. 511 segg. cpp.

Ciò consente di rilevare che la prova riposa tutta sugli esiti di una perquisizione, domiciliare eseguita dalla p.g. in forza di propalazioni provenienti da una fonte confidenziale.

Il presente processo vede l'imputato accusato del reato di cui all'art. 73 dpr 309/90, per aver detenuto presso la propria abitazione le piante di marijuana ivi scoperte a seguito di perquisizione domiciliare eseguita ex art. 103 dpr 309/90 ed autorizzata oralmente dal P.m., sebbene, come si legge nell'informativa di reato, gli elementi posti a fondamento della richiesta risiedessero in quanto riferito da una fonte confidenziale.

L'imputato non veniva arrestato, non è stato interrogato, né risulta in alcun modo aver ammesso la detenzione o coltivazione delle piante contenenti - come da ct in atti - principio attivo THC in percentuale utile ad avere efficacia stupefacente tale da consentire, da un campione di soli gr. 3 consegnato al CT, di ricavare circa sei dosi.

La prova della responsabilità dell'imputato poggia quindi esclusivamente sugli esiti della perquisizione eseguita presso la sua abitazione.

Non risulta monitorata alcuna attività di acquisto o detenzione di sostanze stupefacenti da parte dell'imputato; non vi sono intercettazioni o servizi di osservazione che documentino né che l'imputato frequentasse soggetti noti per rifornire i dettaglianti di sostanze psicotrope, né che egli frequentasse tossicodipendenti con modalità sospette, né che detenesse sostanza stupefacente, né tanto meno che la cedesse a terzi; ciononostante, la p.g. procedette a perquisizione domiciliare ponendo a base di tale atto l'art. 103 dpr 309/90, senza peraltro esplicitare quali fossero gli elementi atti a giustificare - come imposto da tale norma - il "***fondato motivo di ritenere che***" potessero "***essere rinvenute sostanze stupefacenti o psicotrope***" ma, semplicemente, apoditticamente affermandone la ricorrenza; il P.M. venne informato preventivamente e verosimilmente autorizzò oralmente l'atto ma, poiché l'art. 103 dpr 309/90 non ne prevedeva espressamente la necessità per il caso in cui il P.M. avesse rilasciato un'autorizzazione orale, e non essendo all'epoca ancora intervenuta la sentenza n. 252/2020 della Corte Costituzionale, il P.m. non ha emesso provvedimento di convalida della perquisizione, ed ha convalidato solo il conseguente sequestro probatorio eseguito dalla p.g..



Inoltre, l'imputato non risulta aver mai processualmente ammesso la detenzione della sostanza stupefacente, o che essa sia stata rinvenuta nell'abitazione da lui occupata.

Concludendo, l'unico elemento di prova a carico dell'imputato è costituito da quanto rinvenuto (la sostanza stupefacente), nell'abitazione da lui occupata, in occasione della perquisizione ivi eseguita fuori dei casi di flagranza: situazione che la stessa sent. C. Cost. n. 252/2020 ricorda dover ricorrere ex ante, dato che deve fungere da causa giustificatrice preventiva dell'esercizio di poteri riconosciuti alla p.g. solo in via eccezionale, come peraltro già aveva statuito la Corte di Cassazione a SS. UU. con la nota sentenza n. 39131 del 24/11/2015, che ha precisato che "È illegittimo l'arresto in flagranza operato dalla polizia giudiziaria sulla base delle informazioni fornite dalla vittima o da terzi nell'immediatezza del fatto, poichè, in tale ipotesi, non sussiste la condizione di "quasi flagranza", la quale presuppone la immediata ed autonoma percezione, da parte di chi proceda all'arresto, delle tracce del reato e del loro collegamento inequivocabile con l'indiziato"; di talchè appare assolutamente ovvio che non può essere l'esito positivo della perquisizione a fungere da giustificazione della sua esecuzione ad opera della p.g..



Poichè gli artt. 13 e 14 della Costituzione assegnano all'Autorità giudiziaria il potere di procedere atti di limitazione della libertà personale (nei quali ricomprende le ispezioni e perquisizioni personali) e domiciliare nei casi previsti dalla legge e con provvedimento motivato, quali forme di garanzia dell'effettività di tali libertà costituzionali; e riconosce alla polizia il potere di procedere ad atti dello stesso genere solo nelle situazioni di necessità ed urgenza tassativamente indicate dalla legge, prevedendo altresì che tali atti si intendano revocati e perdono ogni efficacia ove non convalidati dall'autorità giudiziaria, il tribunale si è posto e pone il problema, perchè di assoluta rilevanza, ai fini della decisione, della questione relativa all'utilizzabilità degli esiti di una perquisizione eseguita fuori dei casi in cui la legge ne attribuisca il potere alla p.g., atteso che la perdita di efficacia prevista dagli artt. 13 e 124 Cost. appare dover essere quella di natura probatoria, essendosi gli effetti limitativi della libertà personale (o domiciliare), propri della perquisizione, esauriti col compimento dell'atto, e gli unici altri effetti ipotizzabili, di cui la carata Costituzionale prevede l'inefficacia, non possono che essere quelli probatori.

Il veicolo processuale per far valere tale inefficacia dovrebbe essere la categoria dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 cpp, ma la giurisprudenza di legittimità pressochè monoliticamente dominante è invece di segno contrario, creando così un diritto

Inoltre, l'imputato non risulta aver mai processualmente ammesso la detenzione della sostanza stupefacente, o che essa sia stata rinvenuta nell'abitazione da lui occupata.

Concludendo, l'unico elemento di prova a carico dell'imputato è costituito da quanto rinvenuto (la sostanza stupefacente), nell'abitazione da lui occupata, in occasione della perquisizione ivi eseguita fuori dei casi di flagranza: situazione che la stessa sent. C. Cost. n. 252/2020 ricorda dover ricorrere ex ante, dato che deve fungere da causa giustificatrice preventiva dell'esercizio di poteri riconosciuti alla p.g. solo in via eccezionale, come peraltro già aveva statuito la Corte di Cassazione a SS. UU. con la nota sentenza n. 39131 del 24/11/2015, che ha precisato che "È illegittimo l'arresto in flagranza operato dalla polizia giudiziaria sulla base delle informazioni fornite dalla vittima o da terzi nell'immediatezza del fatto, poichè, in tale ipotesi, non sussiste la condizione di "quasi flagranza", la quale presuppone la immediata ed autonoma percezione, da parte di chi proceda all'arresto, delle tracce del reato e del loro collegamento inequivocabile con l'indiziato"; di talchè appare assolutamente ovvio che non può essere l'esito positivo della perquisizione a fungere da giustificazione della sua esecuzione ad opera della p.g..

Poichè gli artt. 13 e 14 della Costituzione assegnano il potere di procedere atti di limitazione della libertà personale (nei quali ricomprende le ispezioni e perquisizioni personali) e domiciliare ai casi previsti dalla legge ed ha provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, quali forme di garanzia dell'effettività di tali libertà costituzionali; e riconosce alla polizia il potere di procedere ad atti dello stesso genere solo nelle situazioni di necessità ed urgenza tassativamente indicate dalla legge, prevedendo altresì che tali atti si intendano revocati e perdono ogni efficacia ove non convalidati dall'autorità giudiziaria, il tribunale si è posto e pone il problema, perchè di assoluta rilevanza, ai fini della decisione, della questione relativa all'utilizzabilità degli esiti di una perquisizione eseguita fuori dei casi in cui la legge ne attribuisca il potere alla p.g., atteso che la perdita di efficacia prevista dagli artt. 13 e 124 Cost. appare dover essere quella di natura probatoria, essendosi gli effetti limitativi della libertà personale (o domiciliare), propri della perquisizione, esauriti col compimento dell'atto, e gli unici altri effetti ipotizzabili, di cui la carata Costituzionale prevede l'inefficacia, non possono che essere quelli probatori.

Il veicolo processuale per far valere tale inefficacia dovrebbe essere la categoria dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 cpp, ma la giurisprudenza di legittimità pressochè monoliticamente dominante è invece di segno contrario, creando così un diritto



vivente contro il quale l'unico rimedio a disposizione del giudice, per ristabilire il rispetto costituzionale, anche in sede processuale, dei diritti di libertà personale e domiciliare, non può che essere la questione di incostituzionalità del predetto art. 191 cpp, così come interpretato ed applicato nel diritto vivente.

2.- IL DIRITTO VIVENTE

Come si è accennato, la lettura dell'art. 191 cpp che questo Tribunale ritiene costituzionalmente corretta è però contrastata dal diritto vivente offerto dalla costante giurisprudenza di legittimità, che nega l'inutilizzabilità probatoria degli esiti di una perquisizione illegittima.

A tal proposito, il remittente ha richiamato, e richiama ancora a fondamento del diritto vivente che si intende sottoporre al vaglio della Corte Costituzionale con l'eccezione che si va a sollevare, l'insegnamento espresso dalla Corte di Cassazione sin dalla sent. 5021 del 27.03.1996, ha ritenuto la piena utilizzabilità probatoria degli esiti delle perquisizioni e sequestri eseguiti dalla p.g. al di fuori dei casi previsti dalla legge, pur prendendo le mosse da statuizioni di principio di segno apparentemente opposto alle conclusioni finali.

In realtà, con la suddetta sentenza, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (svolgendo un'argomentazione di cui la sentenza C. Cost. 219/2019 non si è occupata) hanno in primo luogo affermato a chiare lettere che la conseguenza di un'attività di illecita acquisizione della prova, nello specifico una perquisizione illegittima, non può limitarsi a mere sanzioni amministrative, disciplinari o penali nei confronti dell'autore dell'illecito, ma deve comportare l'inutilizzabilità della prova stessa, statuendo che: "non è certamente difficile riconoscere che allorquando una perquisizione sia stata effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e non nei "casi" e nei "modi" stabiliti dalla legge, così come disposto dall'art.13 della Costituzione, si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è più compatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino, estrinsecabile attraverso il riconoscimento dell'inviolabilità del domicilio. L'illegittimità della ricerca di una prova, pur quando non assuma le dimensioni dell'illiceità penale (cfr.art.609 c.p.), non può esaurirsi nella mera ricognizione positiva dell'avvenuta lesione del diritto soggettivo, come presupposto per l'eventuale applicazione di sanzioni amministrative o penali per colui o per coloro che ne sono stati gli autori. La perquisizione, oltre ad essere un atto di investigazione diretta, è il mezzo più idoneo per la ricerca di una prova preesistente e, quindi, diviene partecipe del complesso procedimento acquisitivo della prova, a causa del rapporto strumentale che si pone tra la ricerca e la scoperta di ciò che può essere necessario o utile ai fini della indagine : nessuna prova, diversa da quelle che possono formarsi soltanto nel corso del procedimento,

potrebbe essere acquisita al processo se una sua ricerca non sia stata compiuta e questa non abbia avuto esito positivo.

Se è vero che una perquisizione, quale mezzo di ricerca di una prova, non può essere a quest'ultima assimilata e, quindi, è di per sé stessa sottratta alla materiale possibilità di essere suscettibile di una diretta utilizzazione nel processo penale, è altrettanto vero che il rapporto funzionale che avvince la ricerca alla scoperta non può essere fondatamente escluso.

Ne consegue che il rapporto tra perquisizione e sequestro non è esauribile nell'area riduttiva di una mera consequenzialità cronologica, come si era affermato in numerose pronunce di questa Corte prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, e com'è stato, anche in epoca successiva, qualche volta, ribadito (cfr. Sez. I-17.2.1976 ric. Cavicchia; Sez. VI-23.1.1973 ric. Ferraro; Sez. V- 24.11.1977 ric. Manussardi; Sez. I-15.3.1984 ric. Zoccoli; Sez. VI-24.4.1991 ric. Lione; Sez. V-12.1.1994 ric. Vetralla, etc): la perquisizione non è soltanto l'antecedente cronologico del sequestro, ma rappresenta lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro."

Proseguiva inoltre la Corte osservando che, pur vero che esista una distinzione concettuale tra la perquisizione, quale mezzo di ricerca della prova, ed il sequestro quale strumento di acquisizione della prova, ciò non ha alcuna rilevanza ai fini della inutilizzabilità della prova acquisita a seguito di una perquisizione illegittima, atteso che:

"la stessa utilizzabilità della prova è pur sempre subordinata alla esecuzione di un legittimo procedimento acquisitivo che si sottragga, in ogni sua fase, a quei vizi che, incidendo negativamente sull'esercizio di diritti soggettivi irrinunciabili, non possono non diffondere i loro effetti sul risultato che, attraverso quel procedimento, sia stato conseguito. Del resto, non può neppure ignorarsi che è lo stesso ordinamento processuale ad aver riconosciuto il rapporto funzionale esistente tra perquisizione e sequestro: l'art. 252 C.P.P. impone il sequestro delle "cose rinvenute a seguito della perquisizione" e l'art. 103 comma VII° dello stesso codice espressamente sancisce l'inutilizzabilità dei risultati delle perquisizioni allorché queste sono state eseguite in violazione delle particolari garanzie di cui debbono fruire i difensori per poter esercitare congruamente il diritto di difesa. E non si vede perché a diverse ed opposte conclusioni dovrebbe pervenirsi quando una perquisizione sia stata comunque eseguita in violazione di particolari disposizioni normative che assicurano, in concreto, l'attuazione di quella ineludibile garanzia costituzionale, nei limiti in cui essa è stata riconosciuta dall'art. 13 comma 2° della Costituzione: si tratta pur sempre di un procedimento acquisitivo della prova che reca l'impronta ineludibile della subita lesione ad un diritto soggettivo, diritto che, per la sua rilevanza costituzionale, reclama e giustifica la più radicale sanzione di cui l'ordinamento processuale dispone, e cioè l'inutilizzabilità della prova così acquisita in ogni fase del procedimento."

Il prosieguo della statuizione della Suprema Corte si risolveva peraltro, ed alquanto sorprendentemente (considerate le premesse), nella pratica vanificazione della portata di tali principi appena

enunciati; continuava infatti detta sentenza affermando comunque valido il sequestro, perché atto dovuto, allorché avesse ad oggetto il corpo del reato o cose pertinenti al reato; pertanto, di fatto, l'unico sequestro che sarebbe stato inutilizzabile a fini probatori, sarebbe stato quello già di per sé inutile e che non avrebbe quindi comunque dovuto essere disposto, perché non relativo né al corpo del reato, né a cose pertinenti al reato; affermava infatti la Suprema Corte a SSUU:

"Orbene, se è vero che l'illegittimità della ricerca della prova del commesso reato, allorquando assume le dimensioni conseguenti ad una palese violazione delle norme poste a tutela dei diritti soggettivi oggetto di specifica tutela da parte della Costituzione, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire, è altrettanto vero che allorquando quella ricerca, comunque effettuata, si sia conclusa con il rinvenimento ed il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare del tutto irrilevante il modo con il quale a quel sequestro si sia pervenuti: in questa specifica ipotesi, e ancorché nel contesto di una situazione non legittimamente creata, il sequestro rappresenta un "atto dovuto", la cui omissione esporrebbe gli autori a specifiche responsabilità penali, quali che siano state, in concreto, le modalità propedeutiche e funzionali che hanno consentito l'esito positivo della ricerca compiuta.

Va osservato che, comunque, le predette Sezioni Unite della Corte, affermata la legittimità del sequestro, quale atto di sottrazione a terzi della disponibilità di una res, e sua acquisizione al processo, sembravano voler lasciare aperta la possibilità di conseguenze sul piano probatorio, nel caso di perquisizione eseguita fuori dei casi in cui la legge la consentisse, osservando:

"Con ciò non si intende affatto affermare che l'oggetto del sequestro, a causa della sua intrinseca illiceità, ovvero per il rapporto strumentale che esso può esprimere in relazione al reato commesso, possa, per ciò solo, dissolvere quella connessione funzionale che lega la perquisizione alla scoperta ed all'acquisizione di ciò che si cercava, ma si vuole soltanto precisare che allorquando ricorrono le condizioni previste dall'art. 253 comma 1° C.P.P., gli aspetti strumentali della ricerca, pur rimanendo partecipi del procedimento acquisitivo della prova, non possono mai paralizzare l'adempimento di un obbligo giuridico che trova la sua fonte di legittimazione nello stesso ordinamento processuale ed ha una sua razionale ed appagante giustificazione nell'esigenza che l'ufficiale di polizia giudiziaria non si sottragga all'adempimento dei doveri indefettibilmente legati al suo "status", qualunque sia la situazione -legittima o no - in cui egli si trovi ad operare".

Tali statuizioni avrebbero potuto, quindi, risolversi nell'asserzione della legittimità del sequestro, ferma restando però la inutilizzabilità probatoria della perquisizione, quale atto di

indagine caratterizzato da un preciso contesto spazio temporale di acquisizione della "res" ed atto ad individuare una relazione - carica di valenze probatorie - tra di essa ed il soggetto perquisito; ma le SS.UU., invece, concludevano osservando che gli agenti di p.g. avrebbero poi potuto testimoniare sugli esiti della perquisizione, ferma restando l'inutilizzabilità di essa in quanto tale (e cioè, par di capire, con inutilizzabilità solo del verbale che ne documenta modalità, tempo, luoghi e risultato).

Da tale arresto delle Sezioni Unite ha tratto origine e sviluppo una giurisprudenza che si è ancorata, apparentemente, unicamente alla massima tratta dalla predetta sentenza circa la legittimità ed utilizzabilità a fini probatori del sequestro, rimanendo apparentemente dimentica dell'insegnamento e dei principi affermati dalle stesse SS.UU. nella prima - e più consistente - parte della propria statuizione, e che probabilmente avrebbero meritato una riflessione e sviluppo su possibili ulteriori esiti interpretativi: come, ad es., quello che volesse limitare l'utilizzabilità probatoria del sequestro alla res in quanto tale, cioè nella sua materiale idoneità a provare la sussistenza del fatto (si pensi al rinvenimento di un'arma o di sostanza stupefacenti, idonei a provare i reati di detenzione illecita di tali oggetti) ed a fungere da eventuale supporto di tracce di reato (impronte digitali, materiale biologico suscettibile di comparazione del DNA) aventi carattere individualizzante: interpretazione, questa, sostenuta da questo Giudice in precedenti procedimenti, ma non condivisa dai Giudici competenti per i successivi gradi, che si sono sempre rimessi alla giurisprudenza che si è richiamata e che delle citate SS.UU. coglieva, sostanzialmente, solo quanto risultante dal dispositivo e dalla massima.

Come si è detto, la successiva giurisprudenza di legittimità si è monoliticamente assestata su tali esiti interpretativi, confermando reiteratamente la legittimità del sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima, e la sua piena utilizzabilità probatoria; si citano, a titolo di esempio e senza pretesa di esaustività, ed in assenza di pronunzie di segno contrario, che lo scrivente magistrato non è riuscito a rinvenire:

Sez. 3, Ordinanza n. 3879 del 14/11/1997; Sez. 1, Sentenza n. 2791 del 27/01/1998, Sez. 5, Sentenza n. 6712 del 07/12/1998, Sez. 3, Sentenza n. 1228 del 17/03/2000, Sez. 4, Sentenza n. 8052 del 02/06/2000, Sez. 6, Sentenza n. 3048 del 03/07/2000, Sez. 2, Sentenza n. 12393 del 10/08/2000, Sez. 1, Sentenza n. 45487 del 28/09/2001, Sez. 1, Sentenza n. 41449 del 02/10/2001, Sez. 1, Sentenza n. 497 del 05/12/2002, Sez. 5, Sentenza n. 1276 del 17/12/2002, Sez. 2, Sentenza n. 26685 del 14/05/2003, Sez. 2, Sentenza n. 26683 del 14/05/2003, Sez. 1, Sentenza n. 18438 del 28/04/2006, Sez. 2, Sentenza n. 40833 del 10/10/2007, Sez. 6, Sentenza n. 37800 del 23/06/2010, Sez. 1,

Sentenza n. 42010 del 28/10/2010, Sez. 2, Sentenza n. 31225 del 25/06/2014, Sez. 3, Sentenza n. 19365 del 17/02/2016 (quest'ultima addirittura nel senso della legittimità di perquisizioni ordinate od eseguite in forza di sole fonti confidenziali), Sez. 2, *Sentenza n. 15784 del 23/12/2016, Sez. 5, Sentenza n. 32009 del 08/03/2018.*

3.- LE QUESTIONI DI COSTITUZIONALITA' GIA' SOLLEVATE - SINTESI

In merito questo giudicante ha pertanto già più volte sollevato questione di illegittimità costituzionale (per contrasto con gli artt. 3, 13, 14, 24, 117 della Costituzione) del diritto vivente formatosi attorno all'art. 191 cpp, che non ritiene inutilizzabili probatoriamente gli esiti delle perquisizioni operate dalla p.g. fuori dei casi in cui la legge glielo consente, nonostante che:

- gli artt. 13 e 14 della Costituzione espressamente prevedano la perdita di ogni efficacia (compresa quindi quella probatoria) dei provvedimenti - tra gli altri - di perquisizione operati illegittimamente dalla p.g;

- venga violato il principio di eguaglianza che impone che situazioni tra di loro analoghe siano oggetto di discipline non irrazionalmente difformi, atteso che per le perquisizioni è così adottata una disciplina meno favorevole per l'imputato e di minor tutela dei suoi diritti costituzionali rispetto a quella prevista dall'art. 271 cpp che prevede l'inutilizzabilità probatoria delle intercettazioni illegittime, nonostante queste ledano un diritto costituzionale, quale quello del diritto alla segretezza e riservatezza della corrispondenza, di minor grado ed importanza rispetto a quello della libertà personale e domiciliare;

- L'interpretazione consolidatasi si pone inoltre in contrasto con l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e quindi in contrasto con l'art. 117 Cost. che impone allo Stato italiano il rispetto delle Convenzioni internazionali, in quanto si risolve nel non adottare efficaci disincentivi agli abusi delle forze di polizia, e di qualsiasi organo dello Stato in genere, che, limitando la libertà della persona, si risolvano in indebite interferenze nella sua vita privata o nel suo domicilio, non giustificate da oggettive esigenze di prevenzione o repressione dei reati (vennero richiamate le sentenze Corte EDU 16 marzo 2017, *Modestou c. Grecia*, nonché, la più recente sentenza emessa in data 27/09/2018 dalla Prima Sezione CEDU nel caso BRAZZI contro ITALIA;

- infine, si osservava come l'interpretazione divenuta diritto vivente ponesse anche gravi problemi quanto a tutela del diritto di

difesa, atteso che perquisizioni eseguite dalla p.g. fuori dei casi previsti dalla legge, perchè in forza di indizi o ragioni mai concretamente esplicitati e senza indicazione delle specifiche fonti, ne impedisse ogni verifica e controllo (sia da parte del giudice, che della difesa) e quindi anche la possibilità di dimostrare la possibilità che fossero state le fonti propalatrici a nascondere le "res illicite" tra gli effetti personali o nell'abitazione dell'imputato.

La Corte Costituzionale ha reiteratamente respinto- dapprima con la sentenza n. 219/2019, di poi con la sentenza n. 252/2020 - le eccezioni sollevate in tema di inutilizzabilità da questo giudicante, pur accogliendo - con la sentenza 252/2020, per l'appunto - la questione accessoria relativa alla illegittimità costituzionale dell'art. 103 dpr 309/90, nella parte in cui prevede che il P.M. possa, dopo aver autorizzato oralmente una perquisizione, omettere un atto formale (che la Corte ha ritenuto di poter individuare nella convalida della perquisizione) esposizione degli elementi giustificativi della perquisizione: quanto al problema dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in esito alla perquisizione illegittima, anche con tale ultima sentenza la Corte ha ribadito che - come già aveva affermato con la sentenza n. 219/2019 - l'eccezione non poteva essere accolta, perché si sarebbe risolta in una pronunzia fortemente manipolativa, atteso che l'ordinamento italiano non accoglie la disciplina della inutilizzabilità derivata, espressione della c.d. "**teoria dei frutti dell'albero avvelenato**". Per tale assorbente ragione, la Corte non aveva considerato le altre questioni sollevate, ed in particolare aveva ritenuto assorbente quella relativa al contrasto con l'art. 117 della Costituzione per violazione dell'art. 8 CEDU, come vivente nell'interpretazione espressa dalla Corte EDU.



4.- LE NUOVE QUESTIONI - SINTESI

Ritiene il tribunale di poter e dover offrire nuovi argomenti alla Corte, proprio sul tema della "**teoria dei frutti dell'albero avvelenato**", rinvenendosi nell'ordinamento dati testuali che dimostrano, a parere di questa A.G. remittente, che tale istituto, oltre ad essere implicitamente previsto proprio dagli artt. 13 e 14 Costituzione (nella parte in cui prevedono che gli atti di perquisizione non convalidati perché illegittimi perdano ogni efficacia che, rispetto ad atti conclusi - nei loro effetti limitativi della libertà personale - col loro compimento, non può che essere quella probatoria), conosce anche almeno una esplicita applicazione processuale, nell'art. 103 cpp (che prevede

l'inutilizzabilità dei risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri ed intercettazioni eseguite senza il rispetto delle norme stabilite da detto articolo, e che questo Tribunale ancora non aveva utilizzato come "tertium comparationis"), a tutela del diritto costituzionale di difesa; sarebbe poi del tutto irrazionale, e quindi in violazione dell'**art. 3 della Costituzione**, un sistema normativo che assicurasse ai diritti strumentali (quali quello di difesa di cui **all'art. 24 Cost.** e nella disciplina di cui **all'art. 103 cpp** per quel che qui interessa) una tutela di rango maggiore e più efficace (per il tramite della sanzione della inutilizzabilità dei risultati delle perquisizioni illegittime) di quella invece apprestata a tutela delle situazioni sostanziali preminenti quali il diritto alla libertà personale ed alla libertà domiciliare sanciti dagli articoli 13 e 14 della Costituzione.

Il diritto vivente formatosi sull'**art. 1912 cpp** risulta poi integrare una **violazione dell'art. 2 della Costituzione e del principio di effettività delle garanzie costituzionali**, immanente alla previsione di una tutela data dalla Costituzione (artt. 2), dalla circostanza che questa sia la legge fondamentale dello Stato cui tutti devono osservanza (ar. 54 co. 1 Cost.) e che non può essere violata da altre leggi ordinarie (desumi da artt. 134 co. 1 e 136 co.1 Cost.); **principio di effettività che è poi proprio (secondo la giurisprudenza della Corte EDU) anche delle garanzie previste dalle convenzioni internazionali** (in primis la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) e che, per quel che riguarda il caso presenta, interessa gli artt. 6 ed 8 della CEDU, cui lo Stato ha il dovere Costituzionale (ex art. 117 Cost.) di prestare osservanza.

Appare poi a questo giudicante evidente che ogni disciplina normativa, ivi compresa quella processuale, la quale riconosca, ad una attività illecitamente compiuta in violazione di diritti costituzionali altrui, l'idoneità a produrre effetti giuridici favorevoli a chi detta violazione abbia compiuto ed in danno di chi l'abbia subita, non presta adeguata garanzia ai diritti costituzionali che pur astrattamente riconosce.

A tal proposito va osservato che già le sezioni unite della Corte di Cassazione, con la richiamata sent. 5021 del 27.03.1996, avevano osservato che la garanzia di effettività della tutela della libertà personale e domiciliare da atti di perquisizione indebita non può essere garantita solamente da una sterile presa d'atto dell'avvenuta violazione e dalla previsione di eventuali responsabilità penali o disciplinari degli operatori di polizia giudiziaria, asserendo che: *"L'illegittimità della ricerca di una prova, pur quando non assuma le dimensioni dell'illiceità penale (cfr.art.609 c.p.), non può esaurirsi nella mera*

ricognizione positiva dell'avvenuta lesione del diritto soggettivo, come presupposto per l'eventuale applicazione di sanzioni amministrative o penali per colui o per coloro che ne sono stati gli autori".

Va quindi osservato che però, di fatto, a parte la teorica responsabilità disciplinare o penale per le perquisizioni abusive eventualmente non convalidate, evenienza peraltro piuttosto teorica e concretamente rara, le forze di polizia possono contare sulla potenziale fruttuosità processuale di qualsiasi atto di perquisizione vadano a compiere, legale o illegale che sia, di modo che la Repubblica, in forza del diritto vivente formatosi attorno all'articolo 191 codice procedura penale, non appresta una efficace garanzia a tutela dei diritti costituzionali di cui agli articoli 13 e 14 della Costituzione. Ciò integra una palese violazione dell'**articolo 2** della Costituzione, il quale prevede che la Repubblica non solo riconosca, ma altresì garantisca i diritti inviolabili della persona, tra i quali sicuramente rientrano quelli previsti dagli articoli 13 e 14 della Costituzione, i quali infatti espressamente definiscono i diritti di libertà personale e domiciliare come inviolabili.

Ne consegue che le questioni già ritenute dalla Corte insuperabilmente assorbite nella ritenuta natura manipolativa della pronuncia richiesta dal remittente, risultano riacquistare rilevanza e necessitare di una valutazione di merito.

Ciò vale, in particolare, secondo questo Tribunale, con specifico riferimento alla questione relativa alla violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento alla violazione dell'art. 8 CEDU quale interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale ripetutamente ha affermato che le tutele nazionali ai diritti tutelati dalla Convenzione debbano essere effettive e tali da rendere reali e praticamente tutelati, e non meramente illusori, tali diritti. Tale questione va affrontata anche perché la Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 252/2020, ha - ovviamente - confermato la particolare rilevanza costituzionale del controllo giudiziale sulla legittimità degli atti di perquisizione, lasciando però irrisolta la questione relativa alle conseguenze dell'omissione della convalida della perquisizione, o del suo rigetto, sull'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito grazie alla perquisizione non convalidata: conseguenze che, necessariamente, deve ritenersi che la stessa Corte Costituzionale abbia implicitamente condiviso debbano esservi, atteso che quella della inutilizzabilità probatoria degli esiti delle perquisizioni non convalidate era l'unica ragione di rilevanza della questione di



incostituzionalità individuata dal giudice rimettente e quindi idonea a radicare la cognizione della Corte stessa.

Ed invero, sintetizzando ciò che meglio oltre si osserverà, il Tribunale ritiene che l'art. 191 cpp, nella lettura offertane dal diritto vivente, sia in contrasto con gli artt. 13 e 14 Costituzione, proprio perché non accoglie la **"teoria dei frutti dell'albero avvelenato"** che, invece, appare essere espressamente considerata dalle suddette norme costituzionali; tant'è che, non a caso, il diritto processuale penale ne prevede almeno un'ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 103 cpp, che sanziona proprio in termini di inutilizzabilità ogni acquisizione probatoria (ivi compresi **"i risultati delle ispezioni e perquisizioni"**) della corrispondenza (tramite sequestro o anche solo presa di cognizione per quella consistente in messaggi scritti o telematici; tramite intercettazione per le conversazioni telefoniche o ambientali) tra difensore e imputato compiuta presso gli studi dei difensori, **"salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti del corpo del reato"** (valutazione da compiersi, deve ritenersi, essendo una condizione di legittimità dell'atto di ispezione o perquisizione, ex ante, e non ex post).

Questo Tribunale ritiene cioè di dover risollevere la questione davanti alla Corte Costituzionale prendendo le mosse da quanto statuito dalla Corte con la sentenza n. 252/2020, e rinvenendo in essa nuovi spunti argomentativi, confermati peraltro dall'esistenza, nella disciplina dettata dall'art. 103 cpp - norma finora mai evocata da questo Tribunale come **"tertium comparationis"** (pur essendo contemplata nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 5021 del 27.03.1996) - una concreta applicazione del c.d. principio dei **"frutti dell'albero avvelenato"**, tale da indurre a ritenere che esso sia implicito al sistema processuale, e che sia necessario risottoporre alla Corte il tema della compatibilità della vigente disciplina dell'art. 191 cpp (nel diritto vivente) con quanto statuito dall'art. 8 CEDU, questione, già ripetutamente evocata da questo Tribunale per il contrasto con l'art. 117 Cost., che la Corte con le citate sentenze non ha affrontato ritenendola assorbita dal prevalente rilievo che la teoria dei **"frutti dell'albero avvelenato"** sarebbe estranea all'ordinamento italiano.

Il diritto vivente formatosi sull'art. 191 cpp risulta così non solo in **contrasto diretto con gli artt. 13 e 14 Costituzione**, ma anche con l'art. 3 Cost., perché sottopone ad un trattamento palesemente difforme da quello previsto dall'art. 103 cpp, i

risultati delle perquisizioni operate presso l'abitazione o sulla persona del diretto interessato in violazione dei suoi primari diritti costituzionali di libertà personale e domiciliare, mentre invece sanziona con l'inutilizzabilità probatoria dei suoi risultati, quelle eseguite presso il titolare del diritto di difesa tecnico, che è tuttavia diritto strumentale - e quindi accessorio se non addirittura servente - rispetto a quello sostanziale (della tutela della libertà dell'imputato, in primis) di cui è strumento: così irrazionalmente offrendo alla tutela del diritto principale una tutela inferiore rispetto a quella garantita al diritto strumentale ed accessorio.

Con la presente ordinanza, questo tribunale intende pertanto sottomettere nuovamente alla Corte Costituzionale le questioni già sollevate, ovviamente utilizzando argomentazioni ulteriori a sostegno di quelle parziali già esaminate dalla Corte Costituzionale con le precedenti pronunzie (una delle quali, peraltro, di parziale accoglimento), e prendendo peraltro le mosse anche proprio dall'ultima di tali pronunzie; è tuttavia ovviamente necessario ripercorrere l'intero spettro delle argomentazioni già sollevate, atteso che è la loro sinergia a rendere manifesta, a parere dello scrivente, l'illegittimità costituzionale del diritto vivente formatosi attorno all'art. 191 cpp, quale consolidatosi in numerosissime pronunzie della Suprema Corte di Cassazione costantemente orientate a ritenere la piena utilizzabilità degli esiti probatori di tali perquisizioni, cristallizzando nel tempo l'insegnamento ricavato da C. Cass. SS.UU. sent. 5021 del 27.03.1996 che, in realtà, avrebbe consentito più articolate interpretazioni.

4.1 - IL CONTRASTO CON GLI ARTT. 13, 14 e 111 COST.

Il diritto vivente formatosi sull'art. 191 cpp non appare, a giudizio di questo giudicante, conforme in primo luogo agli artt. 13 e 14 della Costituzione.

Invero, l'art. 13 Cost. (richiamato, quanto a garanzie e forme ivi previste, dall'art. 14 Cost. in tema di ispezioni, perquisizioni e sequestri eseguite nel domicilio) prescrive che ogni atto di limitazione della libertà personale - tra i quali annovera non solo l'arresto o il fermo, ma anche le perquisizioni e le ispezioni personali - sia riservato ad **"atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge"**; la norma costituzionale introduce quindi una riserva di legge e di provvedimento (motivato) dell'Autorità giudiziaria, cui può derogarsi solo per casi eccezionali previsti dalla legge, atteso

che la norma prosegue prevedendo che solo "in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni efficacia".

L'art. 14 Cost. estende agli atti di perquisizione domiciliare le garanzie dettate per le perquisizioni personali, in considerazione della primaria importanza che la tutela dell'inviolabilità del domicilio assume quale strumento di protezione della sfera spaziale in cui si svolge l'abituale esercizio di fondamentali diritti della persona; tutela costituzionalizzata, per il tramite dell'art. 117 Cost. (cfr. sentenze C. Cost. nn. 348 e 349/2007), anche dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, che sancisce il diritto della persona al rispetto del proprio domicilio - oltre che della propria vita privata e familiare - anche dalle ingerenze pubbliche, legittime solo se previste dalla legge e necessitate da esigenze di (per quel che qui interessa) difesa dell'ordine e prevenzione dei reati.

I suddetti diritti sono quindi assistiti - a sottolinearne l'importanza nell'assetto democratico dell'ordinamento repubblicano voluto dal Legislatore Costituzionale come fondato sulla tutela di quelle libertà individuali tendenzialmente negate o fortemente compresse dal precedente regime - da un corredo di significative cautele date dalla riserva di legge, dalla riserva del potere giudiziario, dall'obbligo che quest'ultima provveda con atto motivato.

Solo in casi eccezionali di necessità ed urgenza, che spetta alla legge indicare tassativamente, agli organi di pubblica sicurezza (e cioè alle forze di polizia, che di tali compiti sono titolari unitamente a quelli di polizia giudiziaria) è attribuito un potere di intervento, provvisorio e soggetto a perdere ogni effetto in caso di mancata convalida da parte dell'A.G. con provvedimento che, sebbene ciò non sia espressamente previsto dalla norma costituzionale, deve ritenersi - come peraltro ha concordato anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 252/2020, ritenendo tale obbligo implicito nell'art. 13 Cost. - debba anch'esso essere motivato, dato che non vi è ragione di ritenere che il Legislatore Costituzionale, per l'ipotesi di particolare delicatezza costituzionale data dalla convalida (la cui funzione è verificare che la p.g. non abbia agito in tali delicatissime materie abusando dei propri poteri, fuori dei casi in cui essi le sono riconosciuti),

abbia voluto esonerare l'Autorità Giudiziaria dalla necessità di motivare i propri provvedimenti, che in tema di atti limitativi della libertà personale gli è specificamente imposta dall'art. 13 co. 2 Cost. (e come peraltro previsto già in via generale dall'art. 111 co. 6 Cost. per tutti i provvedimenti giurisdizionali).

Come si è accennato, tali garanzie sono estese dall'art. 14 Cost. anche al caso delle perquisizioni, ispezioni e sequestri domiciliari, giusta il richiamo che tale norma opera alle garanzie prescritte (dall'art. 13 Cost.) per la tutela della libertà personale.

Fondamento comune alle eccezioni sollevate (e che qui si reiterano) da questo Tribunale era ed è quindi la ritenuta necessità che la disciplina processuale non si ponga d'ostacolo alla piena operatività delle garanzie stabilite dagli artt. 13 e 14 Cost. a tutela della libertà personale e domiciliare: garanzie tra le quali va in primo luogo annoverata quella della perdita di efficacia (ivi compresa quella probatoria, che per gli atti di perquisizione, esauritisi questi col loro compimento, è l'unica efficacia di cui la norma costituzionale possa aver disposto la cessazione) degli atti di limitazione della libertà personale e domiciliare non convalidati nei termini di legge.

Tali garanzie, a giudizio del remittente, risultano invece frustrate dalla vigente disciplina delle inutilizzabilità di cui all'art. 191 cpp, che consente - secondo il diritto vivente - l'utilizzabilità probatoria di quanto acquisito dalla polizia in occasione di una perquisizione eseguita fuori dei casi in cui la Costituzione lo consenta, o in assenza di convalida che la effettiva ricorrenza di tali condizioni abbia realmente verificato (con le caratteristiche di effettività implicite negli artt. 13 e 14 Cost. e nell'art. 8 CEDU, come sottolineato dalla menzionata sentenza BRAZZI contro Italia).

Peraltro, la perdita di efficacia probatoria delle perquisizioni illegittime (e per tale ragione da non convalidarsi) è desumibile in via diretta dagli artt. 13 e 14 della Costituzione, ai quali potrebbe darsi immediata applicazione se non fosse che la norma che regola l'istituto dell'inutilizzabilità probatoria in sede processuale, e cioè l'art. 191 cpp, è stato fatto oggetto di una diversa e più limitante lettura, in primo luogo per la ritenuta inesistenza, nell'ordinamento, dell'istituto della inutilizzabilità derivata.



4.1.a - "E RESTANO PRIVI DI OGNI EFFETTO": l'inutilizzabilità derivata dalla perdita di efficacia delle perquisizioni illegittime

Atteso che gli articoli 13 e 14 della Costituzione prevedono che le autorità di polizia possano adottare atti limitativi della libertà personale, tra i quali è ricompresa la perquisizione, nonché procedere a perquisizione domiciliare, solo in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge, deve conseguentemente ritenersi che, al di fuori di tali casi, la perquisizione eseguita dagli apparati di polizia sia illegale perché ad essi ne è vietata l'esecuzione.

La legge ordinaria ha individuato tali situazioni eccezionali di necessità ed urgenza, in via generale, nello stato di flagranza del reato. Va a tal proposito ricordato (e la Corte Costituzionale già con le sentenze 219/19 e 252/20 ha condiviso tale assunto) che dall'art. 382 cpp si evince che la situazione di flagranza - che legittima in via ordinaria l'esercizio del potere di perquisizione capo alla P.g. - è quella che si presenta allorché la consumazione del reato cade sotto la percezione degli organi di P.g., ovvero questi scorgono sulla persona del reo tracce altamente significative che egli abbia appena commesso un delitto (cfr. ad es. quanto statuito dalla nota sentenza C. Cass. SS. UU. n. 39131 del 24/11/2015, che ha precisato che *"È illegittimo l'arresto in flagranza operato dalla polizia giudiziaria sulla base delle informazioni fornite dalla vittima o da terzi nell'immediatezza del fatto, poichè, in tale ipotesi, non sussiste la condizione di "quasi flagranza", la quale presuppone la immediata ed autonoma percezione, da parte di chi proceda all'arresto, delle tracce del reato e del loro collegamento inequivocabile con l'indiziato"*).

Sicché ciò che viene trovato in possesso dell'imputato a seguito della perquisizione non può valere a legittimarla ex ante.

Proprio perché la flagranza è una situazione che deve essere percepibile e il risultare ex ante, e ciò può concretamente frustrare le esigenze di prevenzione e repressione dei delitti, il legislatore ha introdotto tramite leggi speciali ulteriori altri casi in cui all'autorità di polizia è consentito procedere ad atti di perquisizione anche fuori dei casi della flagranza di reato; i requisiti di necessità ed urgenza sono ancorati dalla legge alla finalità di prevenzione e repressione di particolari categorie di reati ritenute particolarmente gravi, ed alla ricorrenza di indizi (ad es.: "notizia anche se per indizio" per l'art. 41 TULPS; "fondato motivo" per l'articolo 103 del DPR 309 del 1990; "atteggiamento o presenza di persone che, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo o di tempo non appaiono giustificabili", quanto all'articolo 4 della legge numero 152 del 1975) che, pur non

consistendo in una patente situazione di flagranza, sono indicative della probabilità che sulla persona o nel domicilio di taluno possano rinvenirsi cose di cui la legge vieta il porto o la detenzione.

Come si è accennato, nel presente processo non sono indicati i concreti elementi sulla cui base la polizia ha ritenuto di dover procedere a perquisizione; è verosimile che si sia trattato di fonti confidenziali o fonti anonime, ma comunque se vanificata la possibilità di operare una verifica circa l'effettiva sussistenza dei presupposti di legittimità del sequestro di polizia, e la loro ricorrenza non può essere ritenuta solo perché genericamente e fumosamente affermata dalle stesse forze di polizia.

La sentenza numero 252 del 2020 della Corte Costituzionale ha chiarito che le esigenze di tutela della libertà personale e della libertà domiciliare poste dagli articoli 13 e 14 della Costituzione valgono sia per le perquisizioni repressive di polizia giudiziaria sia per quelle preventive di polizia di sicurezza, e che pertanto non è giustificata alcuna differenza di disciplina quanto a tutela delle suddette garanzie a seconda che si tratti di perquisizioni dell'uno o dell'altro tipo.

Se così è, deve ritenersi che i divieti di utilizzabilità di determinate fonti di prova parte dal codice di procedura penale, debbano trovare applicazione anche nel caso di perquisizioni disciplinate da leggi speciali; ne consegue che ovviamente le voci correnti nel pubblico, le fonti confidenziali, gli scritti anonimi, nonché ogni altra fonte di prova espressamente vietata dalla legge, non possono essere poste a fondamento della decisione di procedere a perquisizione; e perquisizioni che in forza di tali elementi siano state decise o disposte, e comunque eseguite, non possono quindi essere convalidate.

In relazione a tali perquisizioni, la stessa sentenza ha ribadito l'importanza del controllo giurisdizionale circa il corretto esercizio dei poteri che, in via solo e del tutto eccezionale, la legge riconosce in materia alle forze di polizia; ed ha per tale ragione ritenuto l'illegittimità costituzionale dell'articolo 103 comma 3 del DPR 309 del 1990 nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui la perquisizione sia stata eseguita su autorizzazione orale del pubblico ministero, questi non provveda a formalizzare le ragioni dell'atto con un provvedimento scritto in cui la Corte ha individuato nell'atto di convalida, statuendo espressamente che esso debba essere motivato, atteso che la garanzia che la motivazione offre in ordine all'effettivo esercizio da parte dell'autorità giudiziaria dei poteri di verifica e controllo

sull'operato della polizia giudiziaria, è un momento essenziale dell'atto di convalida.

E tuttavia va ribadito che la convalida è solo uno dei passaggi che realizza il sistema delle garanzie volute dalla Costituzione, la principale delle quali è **la perdita di efficacia** delle perquisizioni, ispezioni ed altri atti limitativi della libertà personale compiuti fuori dei casi in cui la legge lo consente.

Per la precisione, la Costituzione connette la perdita di efficacia alla mancanza della convalida, ma ciò ovviamente è perché il costituente ha immaginato che una autorità giudiziaria indipendente non avrebbe mai convalidato un atto limitativo della libertà personale o della inviolabilità del domicilio compiuto dalle forze di polizia fuori dei casi in cui la legge glielo consentisse.

Come si diceva, a tutela del sistema di garanzie cui si è fatto cenno, l'articolo 13 della Costituzione, che è sul punto richiamato anche dall'articolo 14 in tema di disciplina delle perquisizioni domiciliari, prevede che laddove i provvedimenti limitativi della libertà personale o domiciliare compiuti dalla polizia non siano comunicati all'autorità giudiziaria entro quarantott'ore dalla loro esecuzione e da detta autorità convalidati nelle 48 ore successive, essi **"restano privi di ogni effetto"**.

Ed invero, la sanzione delle **"revoca e perdita di ogni efficacia"** è dalla norma costituzionale assegnata non solo alla illegittima esecuzione di atti di arresto o di fermo, ma genericamente e complessivamente al caso dell'adozione dei **"provvedimenti"** di polizia, in materia di libertà personale, fuori dei casi previsti dalla legge; e - a meno di voler affermare che il Legislatore costituzionale abbia impiegato con imprecisione e scarsa padronanza la lingua italiana - i provvedimenti in questione non possono non essere che tutti quelli contemplati dalla norma stessa, e quindi anche le ispezioni e le perquisizioni personali, che l'art. 13 Cost. tutti ricomprende nell'ambito degli atti che limitano la libertà personale. Non appare quindi corretta l'interpretazione che voglia limitare la previsione costituzionale della **"perdita di efficacia"** ai soli provvedimenti soppressivi della libertà personale, quali l'arresto ed il fermo, atteso che l'art. 13 Cost. utilizza una formula omnicomprensiva (i **"provvedimenti provvisori"** adottabili dalla p.g.) che a tutti i provvedimenti da detta norma contemplati risulta riferirsi, come evincibile anche dalla disciplina adottata dall'art. 14 Cost., che espressamente li richiama **"nominatim"** (**"ispezioni, perquisizioni o sequestri"**) prevedendone l'adottabilità da parte della pg. **"secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale"**.

Ciò precisato, va osservato che l'unica efficacia perdurante nel tempo (e di cui la norma costituzionale si è preoccupata di prevedere la cessazione), che può ipotizzarsi rispetto ad atti di perquisizione o ispezione che siano già stati compiuti e terminati nella loro esecuzione (come è necessariamente, dato che ne è prevista la convalida entro 96 ore al massimo dalla loro esecuzione), è solo quella che attiene alla loro capacità probatoria; la sanzione di perdita dell'efficacia equivale quindi a quella - nel linguaggio che il codice di procedura repubblicano ha adottato quarant'anni dopo l'approvazione della Costituzione - della inutilizzabilità introdotta dall'art. 191 cpp per le prove assunte in violazione di un divieto di legge.

Il legislatore costituzionale - la cui saggezza e competenza, forgiata dalla dura esperienza della grave compressione dei diritti di libertà della persona e del domicilio operati dalla dittatura fascista, non possono essere discussi - ha evidentemente considerato che qualsiasi atto di limitazione della libertà personale possa avere degli effetti pregiudizievoli perduranti nel tempo, ed ha inteso che essi venissero rimossi; non ha operato alcuna distinzione tra i vari atti di limitazione della libertà personale, e deve pertanto ritenersi che tra di essi abbia chiaramente inteso comprendere anche gli atti di ispezione e di perquisizione; ed anche rispetto a tali atti ha considerato che ne potessero risultare effetti pregiudizievoli ed ha voluto che questi cessassero quando detti atti fossero stati compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei limiti previsti dalla legge costituzionale e dalle leggi ordinarie che ad essa abbiano dato attuazione.

Poiché, rispetto ad atti di perquisizione o d'ispezione, l'unico effetto che essi possano produrre dopo che ne è cessato il compimento, è quello relativo alla valenza probatoria degli esiti di tali atti, il tribunale ritiene che dagli articoli 13 e 14 della Costituzione si tragga la previsione, per via diretta e senza necessità di mediazione nella norma processuale, della inutilizzabilità degli esiti probatori degli atti di polizia compiuti fuori dai casi in cui la legge attribuisce loro il potere di farlo ed in cui, per tale ragione, detti atti non devono essere convalidati.

Deve quindi considerarsi che la valenza probatoria di una perquisizione consiste nel rinvenimento, indosso all'imputato o nella sua abitazione, di cose che costituiscono il corpo del reato o sono ad esse pertinenti. La distinzione concettuale tra perquisizione che è mezzo di ricerca della prova, e sequestro del corpo del reato o cosa pertinente del reato, che acquisiscono al processo una cosa dotata di capacità probatoria, già evidenziata

dalle sezioni unite della Cassazione nella più volte citata sentenza del 2006, non può razionalmente fungere da base all'utilizzabilità probatoria dei risultati della perquisizione, che sono appunto dati dal sequestro. Come già le sezioni unite osservavano, sebbene concettualmente distinti, perquisizione e sequestro formano un binomio il cui scioglimento dissolve la prova, atteso che la cosa in sé, oggetto del sequestro, prova al più l'esistenza di un reato, ma è la relazione personale con l'imputato, di svelata dagli esiti della perquisizione, che permette di attribuire quantomeno in via indiziaria il reato all'imputato stesso.

Va a tal proposito osservato che la perdita di efficacia probatoria, quale inutilizzabilità derivata espressamente prevista dal legislatore costituzionale, è logicamente confermata proprio dalla sua coerenza con la descritta impostazione circa la natura composta della prova formata dal binomio perquisizione e sequestro.

Appare quindi da ritenersi che il legislatore costituzionale non abbia a caso parlato di perdita degli effetti anche a proposito della perquisizione, ma anzi che avesse in mente appunto un meccanismo che colpisse di inutilizzabilità le acquisizioni probatorie illegali perché compiute in violazione della libertà personale o della libertà domiciliare.

La giurisprudenza formatasi sull'articolo 191 cpp scioglie tale binomio senza coglierne gli effetti di dissoluzione della prova: poiché il verbale di sequestro documenta anche le circostanze proprie della perquisizione, e su di esse comunque si ammette la deposizione degli operatori di polizia, si ritiene che l'eventuale inutilizzabilità della perquisizione, e comunque la sua illegalità, non riverberino i propri effetti sulla prova offerta dal sequestro.

Dal punto di vista delle garanzie costituzionali, tale sistema appare irrazionale e pertanto contrario alla volontà del costituente. La perdita di ogni effetto dell'atto di polizia illegalmente compiuto si presenta pertanto necessariamente come previsione di una sanzione di inutilizzabilità complessiva dell'atto di acquisizione della prova, che riguarda sia l'atto tramite la quale la si è ricercata, sia l'atto col quale la si è appresa al processo; e non è un caso che l'articolo 14 della Costituzione preveda la perdita di affetti anche quanto al sequestro, quale conseguenza di una perquisizione domiciliare illegittima. La circostanza che analoga previsione non sia stata dettata per la perquisizione personale non appare particolarmente significativa ai fini interpretativi, spiegandosi col fatto che generalmente, per lo meno all'epoca in cui la Costituzione venne emanata (ed in cui ben

presente doveva essere il ricordo delle perquisizioni eseguite dalla polizia e dagli apparati nei confronti degli oppositori del precedente regime alla ricerca di documenti ed altri materiali compromettenti), gli atti di sequestro a delicata valenza probatoria dovevano essere frequenti più presso le abitazioni che a seguito di perquisizioni sulla persona.

Ritiene quindi il tribunale che l'inefficacia degli atti di perquisizione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi in cui la legge glielo consente dia luogo, per diretta ed espressa previsione costituzionale, alla inutilizzabilità probatoria degli esiti delle suddette perquisizioni.

La questione non è pertanto più solamente quella della incostituzionalità dell'articolo 191 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede l'inutilizzabilità degli esiti della perquisizione illegittimamente eseguita dalle forze di polizia, quanto piuttosto la circostanza che l'articolo 191 del codice procedura penale, nella lettura offertane sinora dalla giurisprudenza, non preveda ipotesi di inutilizzabilità derivata, essendo stata questa la forma di tutela che il legislatore costituzionale ha inteso adottare al fine di dare effettività alle garanzie di inviolabilità della libertà personale e della libertà domiciliare.

L'articolo 191 del codice procedura penale è pertanto illegittimo costituzionalmente proprio perché letto nel senso che esso non colpisca anche ciò che deriva dall'atto probatorio inutilizzabile. La cosiddetta "teoria del frutto dell'albero avvelenato", se estranea alla previsione dell'articolo 191 codice procedura penale non lo è per contro al tessuto costituzionale nell'ordito delimitato dagli articoli 13 e 14 della Costituzione.

Il principio di effettività delle tutele costituzionali relative ai diritti fondamentali della persona, di cui la Repubblica si impegna a garantire il godimento (art. 2 Cost.), la circostanza che la Costituzione abbia voluto riconoscere dei diritti definirli inviolabili e garantire il loro libero esercizio e la loro inviolabilità, impone di ritenere che la loro violazione non possa essere per così dire premiata conservando l'utilizzabilità di quanto illegalmente acquisito.

Ne consegue che l'articolo 191 del codice di procedura penale è illegittimo proprio perché non prevede tra le cause di inutilizzabilità della prova anche quella di tipo derivativo, allorché un elemento di prova sia stato acquisito a seguito di un atto di ricerca e/o acquisizione di altra prova, compiuto illegalmente perché in violazione di un precetto costituzionale.

4.1.b - INUTILIZZABILITA' DERIVATA- ART. 103 C.p.p.-



D'altra parte un meccanismo di tal genere, costruito sulla figura dell'inutilizzabilità derivata, non è neanche estraneo al sistema ordinario, atteso che il legislatore l'ha introdotto con l'articolo 103 del codice di procedura penale, dettato in tema di garanzie di libertà del difensore, con specifico riferimento agli atti di ispezioni perquisizioni e sequestri alle intercettazioni.

La norma in oggetto pone una serie di prescrizioni e divieti che vanno osservati nell'eseguire le perquisizioni presso gli studi dei difensori: prima di tutto un obbligo di informazione al Consiglio dell'Ordine forense, la cui omissione causa la nullità dell'atto di indagine. Dopodiché una prescrizione di cautela con la previsione che alla ispezione, alla perquisizione o al sequestro proceda personalmente il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero in forza di motivato decreto di autorizzazione del giudice: il che equivale a dire che durante la fase delle indagini il PM non può procedere ad atti di perquisizione se non dietro autorizzazione del giudice. Di seguito è posto il divieto del sequestro e di ogni forma di controllo della corrispondenza tra imputato ed il proprio difensore, in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni di cui all'articolo 35 delle disposizioni di attuazione; l'unica eccezione è quella in cui l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato.

Il comma settimo dell'articolo 103 c.p.p., infine, con norma di garanzia a chiusura del sistema delle cautele che attorniano le perquisizioni presso gli studi dei difensori, stabilisce che i risultati delle ispezioni, delle perquisizioni, dei sequestri, delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni dettate dai commi precedenti dello stesso articolo, non possono essere utilizzati, e, se si tratta di intercettazioni, vi è anche il divieto della loro trascrizione, sia pure sommaria.

Orbene, la norma in oggetto è di particolare rilievo, ai fini che qui interessano, atteso che espressamente stabilisce non già la mera inutilizzabilità dei singoli atti di indagine, ma piuttosto, in un'ottica di effettività massima delle garanzie accessorie al libero esercizio del diritto di difesa, espressamente dispone la inutilizzabilità dei "risultati" degli atti (di ispezione, perquisizione, sequestro, intercettazione) compiuti in violazione delle forme e dei limiti previsti dai precedenti commi dell'art. 103 cpp.

Il legislatore ha quindi disposto che l'inutilizzabilità probatoria abbia una portata espansiva ad ogni risultato di tali

atti, perché compiuti in violazione delle cautele necessarie a garantire quella libertà e riservatezza del rapporto tra difensore ed imputato, necessario a dare effettività al diritto di difesa. E', questa, la stessa logica che sostiene la disposizione degli artt. 13 e 14 della Costituzione nella parte in cui prevedono che gli atti di perquisizione (per quel che qui interessa), ed in genere quelli di limitazione della libertà personale e domiciliare, illegali perché compiuti dalla p.g. fuori dei casi in cui la legge glielo consente, **"restano privi di ogni effetto"**.

Se ne deduce che l'inutilizzabilità derivata, se non già contemplata dall'art. 191 cpp, non è comunque un istituto estraneo all'ordinamento giuridico, e può quindi fungere da modello su cui la Corte può costruire la pronunzia, che questa AG chiede, di incostituzionalità dell'art. 191 cpp nella parte in cui non prevede la figura dell'inutilizzabilità derivata, e cioè che l'inutilizzabilità di un atto di ricerca o acquisizione della prova si trasmetta alle ulteriori acquisizioni probatorie che direttamente ne discendano.

Occorre poi prestare particolare attenzione a non farsi trarre in inganno dalla circostanza che negli studi dei difensori sia consentito il sequestro della corrispondenza quando si abbia ragione di ritenere che costituisca corpo del reato.

In realtà non si tratta affatto di un'ipotesi utile a sanare una perquisizione illegittima; non è cioè un meccanismo analogo a quello delineato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che sostiene che, anche se la perquisizione è illegittima, il sequestro del corpo di reato e delle cose pertinenti al reato sia comunque valido ed utilizzabile.

La disposizione appena considerata si limita a stabilire che, in deroga al divieto del sequestro della corrispondenza all'interno degli uffici legali, il sequestro è comunque possibile se ad esserne oggetto sia il corpo del reato; la deroga riguarda quindi unicamente l'individuazione di ciò che è suscettibile di sequestro, ma non riguarda le forme e cautele poste dall'art. 103 cpp al compimento dell'atto.

Ne consegue che, se vengono violate le altre disposizioni di garanzia previste dal suddetto art.103 cpp, come ad esempio la necessità che alla perquisizione proceda direttamente il magistrato e che, durante la fase delle indagini preliminari, vi sia un decreto autorizzativo del giudice, la sanzione della inutilizzabilità degli esiti era perquisizione ricorrerà lo stesso, anche se ad essere sequestrato sarà il corpo del reato.

Come può vedersi, pertanto, può affermarsi quantomeno che l'inutilizzabilità derivata non è un istituto sconosciuto al diritto processuale interno, ed esso può utilmente fungere da modello, come già detto, su cui la Corte può costruire la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 191 cpp in accoglimento della presente eccezione.

4.2 -VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 3 COST.

La disciplina delle inutilizzabilità offerta dall'art. 271 cpp con riferimento agli esiti (o "risultati", volendo utilizzare la dizione dell'art. 103 cpp) degli atti di perquisizione illegalmente compiuti dalla p.g., appare poi essere deteriore rispetto a quella in via generale prevista da altre disposizioni del codice di procedura penale, sì da integrare una irragionevole disparità di trattamento di situazioni assimilabili, sotto il profilo della tutela processuale dagli effetti probatori delle loro violazioni. La Corte Costituzionale ha ritenuto superata tale eccezione, in base al rilievo assorbente della natura manipolatoria della questione tesa ad introdurre nell'ordinamento la figura della inutilizzabilità derivata.

Riservando al prosieguo della motivazione la riproposizione ragionata delle questioni di incostituzionalità già in precedenza articolate con riferimento all'art. 3 Cost., questo Tribunale deve cominciare con l'osservare che l'istituto dell'inutilizzabilità derivata introdotto dall'art. 103 cpp evidenzia anche come il diritto vivente formatosi sull'art. 191 cpp sia offensivo del principio di eguaglianza, che impone di non sottoporre a trattamenti irrazionalmente o immotivatamente difformi situazioni tra di loro comparabili.

4.2.a - l'art. 103 cpp quale "TERTIUM COMPARATIONIS"

Si è già osservato come il citato art. 103 cpp miri, attraverso la sanzione dell'inutilizzabilità, a consentire la libertà ed effettività dell'esercizio del diritto di difesa, garantendo all'imputato la riservatezza delle sue comunicazioni col difensore, che abbiano ad oggetto la sua posizione processuale.

Con un meccanismo che appare peraltro essere comune a quello previsto in via generale dall'art. 191 cpp, a tal fine si nega qualsiasi riconoscimento all'atto di acquisizione probatoria illegale: per ragioni di coerenza, perché l'ordinamento non può vietare l'atto di acquisizione probatoria, tanto più se lesivo di un diritto costituzionale, e poi però riconoscergli efficacia di prova, contraddicendo sé stesso; per ragioni "compensative" o limitative del danno, per impedire che l'utilizzazione probatoria

dell'atto illegale danneggi ulteriormente chi lo ha subito; e, non da ultimo, per finalità che potremmo definire di "politica dell'effettività delle garanzie costituzionali", atteso che impedire l'utilizzazione probatoria dell'atto di indagine vietato comporta un forte disincentivo al suo compimento da parte degli organi dell'indagine, così garantendo per via indiretta, ma tutt'altro che secondaria, una più efficace tutela di tali diritti.

Orbene, si è già accennato, nel paragrafo 4 dedicato all'esposizione sintetica delle nuove questioni che si vanno a sollevare, come sia irrazionale una disciplina che, da un lato, introduca con l'art. 103 cpp, una tutela di diritti costituzionalmente rilevanti, costruita nel negare ogni legittimità e validità probatoria - anche al fine di disincentivarne il compimento da parte degli organi di indagine - agli atti (ed ai loro risultati) di ricerca ed acquisizione della prova compiuti in danno di un diritto che, come quello di difesa che (per quanto di assoluta importanza), ha comunque natura strumentale e servente rispetto alla tutela della libertà personale, e, dall'altro lato, comporti invece (tramite il diritto vivente formatosi attorno all'art. 191 cpp) che la acquisizione di prove mediante la commissione di atti illegali e direttamente offensivi della libertà personale o dell'inviolabilità del domicilio sia idonea a produrre comunque effetti probatori pregiudizievoli in danno del soggetto che li abbia subiti ed in favore della parte della pubblica accusa che, rispetto alla p.g., si trovi in posizione sovraordinata (art. 109 Cost; artt. da 55 a 59 cpp) e di coincidenza di interesse alla persecuzione dei reati li abbia commessi.

E' quindi manifestamente irrazionale una disciplina che assicuri una tutela inferiore, sotto il piano delle garanzie complessive (ivi compreso quello dell'effetto "disincentivante" cui si è fatto cenno) ai diritti costituzionali, di tutela della persona e della inviolabilità del domicilio, rispetto a quella apprestata a tutela del diritto di difesa (per la precisazione, quell'aspetto del diritto di difesa che è dato dalla libertà e riservatezza delle comunicazioni tra l'imputato ed il suo difensore) che, rispetto ai richiamati diritti, ha natura strumentale se non addirittura servente.

L'art. 191 cpp, pertanto, risulta costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'inutilizzabilità dei risultati delle perquisizioni personali o domiciliari illegalmente eseguite dalla p.g., fuori dei casi in cui la legge glielo consente, per disparità di trattamento rispetto al caso delle perquisizioni presso gli studi dei difensori.

4.2.b – gli artt. 271 cpp e 132 co. 3 codice privacy

Ciò detto, e tornando all'esame dei profili di incostituzionalità dell'interpretazione dominante, questo giudicante deve rilevare che la giurisprudenza formatasi sulla scorta della citata C. Cass. SS.UU. 5021/1996 realizza, pertanto, una violazione dell'art. 3 Cost. anche nel raffronto con altre ipotesi di inutilizzabilità specificamente previste dalla legge, in quanto del tutto irragionevolmente ed a fronte di una palese identità di ratio (come osservato nel par. 4.2.a), nega la conseguenza dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 cpp a casi del tutto sovrapponibili ad altri (e per certi versi addirittura meno gravi) per i quali la legge espressamente la prevede: basti pensare, ad es., non solo alle ipotesi di intercettazioni eseguite d'iniziativa dalla p.g. e quindi in assenza di decreto motivato dell'A.G. (caso sanzionato di inutilizzabilità dall'art. 271 cpp, avente la medesima ratio dell'art. 191 cpp e senz'altro la medesima ratio dell'art. 103 cpp e degli artt. 13 e 14 della Costituzione), ma anche al caso dell'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico eseguito senza provvedimento motivato dell'A.G. (prima il P.M., ora il GIP), ipotesi che le stesse SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione hanno ritenuto dar luogo ad un'ipotesi di inutilizzabilità della prova perché acquista in violazione di un divieto di legge (cfr. Sez. U, Sentenza n. 21 del 13/07/1998).

4.2.c – ulteriori violazioni dell'art. 3 Cost.

Sempre in tema di violazione dell'art. 3 Cost., appare necessario rilevare come tale norma si atteggi a scrigno in cui è racchiuso e riassunto il principio di necessaria razionalità dell'ordinamento dello Stato di diritto disegnato dalla Costituzione; razionalità che risulta gravemente violata dalla corrente interpretazione circa la utilizzabilità degli esiti delle perquisizioni illegittime; e ciò in quanto che:

a) l'interpretazione maggioritaria circa l'irrilevanza della illegittimità della perquisizione sulla utilizzabilità dei suoi esiti si risolve attualmente, in maniera del tutto paradossale, nella teorizzazione di un sistema giuridico che vuole inefficaci ab origine le leggi incostituzionali (argomenta ex art. 30 co. 3 e 4 L. n. 87/1953), e la loro efficacia sospendibile (mediante la sospensione del processo che consegue, ex art. 23 co. 2 L. 87/1953, alla proposizione della questione di incostituzionalità) dal giudice ordinario che ne ravvisi un possibile contrasto con le norme costituzionali, ma efficacissimi - e non disapplicabili né discutibili dal Giudice - e quindi inattaccabili, anche sotto il

profilo probatorio, gli atti di p.g. compiuti in violazione dei diritti costituzionali del cittadino;

b) l'interpretazione di cui si contesta la costituzionalità, inoltre, viola l'art. 3 Cost. anche perché, del tutto irrazionalmente, convive con quella che riconosce l'inutilizzabilità di prove che la legge vieta già solo in virtù della loro non verificabilità (scritti anonimi, fonti confidenziali), mentre la nega a prove acquisite in diretta violazione di un divieto scaturente dalla legge (anche costituzionale) e che, comunque, si caratterizzano anch'esse per una ridotta verificabilità: si pensi appunto a come l'insondabilità degli elementi che hanno spinto la pg alla perquisizione (come detto, una ignota ed insondabile fonte anonima) non consenta di verificare la genuinità ed affidabilità della "catena indiziaria" e di escludere che possano essere stati proprio i terzi autori della propalazione confidenziale o anonima, o addirittura - come talora è purtroppo accaduto - le stesse forze di polizia, ad introdurre nell'abitazione la "res illicita" costituente supposta prova del reato;

c) l'interpretazione che si avversa, inoltre, nega lo Stato di diritto quale configurato dall'art. 97 co. 3 Cost., che vuole - con norma generale che appare applicabile anche alla definizione dei poteri dell'A.G. e degli organi di polizia - l'azione dei pubblici poteri sottomessa al principio di legalità; se, come già si è osservato, in uno Stato di diritto, lo Stato ed i suoi organi sono per primi vincolati al rispetto delle leggi di cui pur pretendono l'osservanza da parte dei consociati, e se ciò comporta non solo l'impegno a non violare tali leggi, ma anche a garantire l'effettivo rispetto dei diritti che tali leggi prevedono ed attribuiscono, appare innegabile che ammettere l'efficacia - e per di più nel processo penale ed in aggressione ai diritti di libertà - degli atti compiuti dai pubblici poteri in violazione di un divieto, appare negare anche il principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., oltre ad attribuire all'azione illegale degli organi statuali una prevalenza sui diritti costituzionali dei consociati, che appare realizzare, sotto questo profilo, una ulteriore palese violazione dell'art. 3 Cost., in un ordinamento che vuole centrali i diritti inviolabili della persona - e quindi quanto meno gli stessi sullo stesso piano di quelli della collettività e dello Stato - ma finisce invece per violare tale condizione di pari importanza per assegnare prevalenza all'interesse alla repressione dei reati;

d) l'interpretazione di cui si contesta la costituzionalità, inoltre, viola l'art. 3 Cost. anche perché, del tutto irrazionalmente, convive con quella che riconosce l'inutilizzabilità di prove che la legge vieta già solo in virtù della loro non verificabilità (scritti anonimi, fonti confidenziali), mentre la

nega a prove acquisite in diretta violazione di un divieto scaturente dalla legge (anche costituzionale) e che, comunque, si caratterizzano anch'esse per una ridotta verificabilità: si pensi appunto a come l'insondabilità degli elementi che hanno spinto la pg alla perquisizione (come detto, una ignota ed insondabile fonte anonima) non consenta di verificare la genuinità ed affidabilità della "catena indiziaria" e di escludere che possano essere stati proprio i terzi autori della propalazione confidenziale o anonima, o addirittura - come talora è purtroppo accaduto - le stesse forze di polizia, ad introdurre nell'abitazione la "res illicita" costituente supposta prova del reato; così evidenziandosi, sotto tale profilo, anche un contrasto con l'art. 24 della Costituzione, per l'evidente limite che la tesi dell'utilizzabilità pone all'esplicazione del diritto di difesa, introducendo nell'ambito delle prove utilizzabili elementi di cui sia di fatto impossibile verificare approfonditamente la genuinità.

4.3 - VIOLAZIONE DELL'ART. 2 COST.: PRINCIPIO DI EFFETTIVITA'

I limiti fissati dalla legge devono essere necessariamente ritenuti, in ragione della previsione costituzionale che li assiste, come invalicabili e di stretta interpretazione; sicchè deve assolutamente rigettarsi qualsiasi interpretazione che, comunque, si risolva in una vanificazione anche solo di fatto dell'efficacia dei limiti posti al potere di perquisizione ad opera della p.g. o della stessa A.G. (ad es., impedendo la verifica circa il rispetto di tali limiti, ivi compreso quello della motivazione del provvedimento giurisdizionale; o stabilendo l'irrilevanza processuale di tali violazioni), o nella lesione - sia pure mediata - della libertà personale.

Questo tribunale ritiene che consentire l'utilizzazione probatoria degli esiti delle perquisizioni personali o domiciliari eseguite dalla polizia fuori dai casi in cui la legge in via eccezionale attribuisce loro tale potere (e spesso senza che vi sia una convalida motivata in maniera pertinente agli atti e con indicazione delle ragioni per cui le forze di polizia versavano nella condizione eccezionale che riconosceva loro il potere di procedere all'atto di perquisizione), vale a vanificare non solo la tutela, prevista in via generale dagli articoli 13 e 14 della Costituzione, della libertà personale e domiciliare, ma anche quella specifica che il legislatore costituzionale ha voluto introdurre prevedendo l'inefficacia degli atti limitativi delle suddette libertà personale e domiciliare.

Rinunziandosi alla remora offerta dall'inutilizzabilità probatoria dei risultati della perquisizione illegale, tali diritti rimangono quindi oggetto di una tutela parziale ed insufficiente, che riposa unicamente sull'eventuale remora offerta dalla responsabilità penale o disciplinare dell'autore della perquisizione illegale, che - probabilmente anche per la considerevole rarità dei casi in cui responsabilità di tal fatta risultano essere state fatte oggetto di una domanda di accertamento giudiziale (ad es., la ricerca sul canale "sentenze penali Corte di Cassazione" sul sito ITALGIUREWEB, al sintagma "perquisizione illegale" restituisce solo 15 risultati) - non esplicano adeguata efficacia dissuasiva, attesa la non irrisoria frequenza - già solo nell'esperienza di questo Tribunale, testimoniata dal numero di casi in cui ha dovuto sollevare l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 191 cpp - dei casi in cui le forze di polizia procedono ad atti di perquisizione fuori dei casi consentiti dalla legge.

Il diritto vivente formatosi sull'art. 191 cpp appare quindi realizzare una negazione radicale dei principi dello Stato di diritto quale tratteggiato dalla Costituzione, racchiuso in germe nell'art. 3 Cost. (come già si è osservato), e più in particolare sviluppato dall'art. 2 Cost., in quanto finisce per risolversi nell'assenza di effettive garanzie contro violazioni dei diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali appare senz'altro rientrare quello alla libertà personale, laddove invece il suddetto art. 2 Cost. impone alla Repubblica - anche in adempimento di obblighi internazionali, atteso che i diritti di cui all'art. 2 Cost. sono altresì oggetto della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, che, come in più occasioni ricordato dalla Corte EDU, impone agli Stati aderenti di garantirne l'effettività - non solo di riconoscere tali diritti, ma di garantirli.

Ed invero, "riconoscere" un diritto significa che l'ordinamento assegna rilevanza giuridica all'esercizio di una o più facoltà che costituiscono il contenuto di detto diritto, ed attribuisce il potere di esercitarlo, liceizzando l'uso di tali facoltà ed assegnando, di conseguenza, un diritto di azione a sua tutela; "garantire" un diritto significa che lo Stato tale situazione giuridica non solo riconosce, ma si impegna a tutelare particolarmente, oltre il contenuto minimo della liceizzazione e del riconoscimento del diritto di azione, adottando invece anche le misure che ne assicurino l'effettività e lo proteggano preventivamente dalla lesione.

Tale particolare protezione non può risiedere solo nella previsione di fattispecie di reato (art. 609 cp per le perquisizioni



ed ispezioni personali illegali; art. 323 per le perquisizioni domiciliari), atteso che la "protezione penale" è prevista dallo Stato/Legislatore anche a tutela di altri beni interessi giuridici dei quali la Costituzione prevede al più - direttamente o indirettamente - il riconoscimento, ma non lo obbliga a garantire il rispetto (si pensi al complesso, ad es., dei reati contro la pubblica amministrazione; a quelli di falso ed in genere contro la fede pubblica; quelli contro la moralità; quelli contro la famiglia; alla gran parte delle contravvenzioni).

Ne consegue che l'obbligo costituzionale di "garantire" un diritto comporta per lo Stato la necessità di predisporre strumenti ulteriori, a difesa dell'effettività del diritto, rispetto a quelli offerti dalla previsione di sanzioni per chi detto diritto violi: il che implica la necessaria adozione di tutte le cautele necessarie non solo a punire, ma prima di tutto a prevenire, e cioè a proteggere tali diritti scoraggiandone la violazione.

In verità, la sanzione dell'inutilizzabilità probatoria che discenderebbe dall'art. 191 cpp (nella lettura che risulterebbe dall'operazione di ortopedia costituzionale che questo Giudicante ritiene necessaria e conforme a quanto statuito dai citati artt. 13 e 14 Cost.), nel privare di effetti processuali il risultato "probatorio" di tali violazioni, costituisce la prima e più efficace forma di garanzia che uno Stato di diritto possa assicurare ai diritti della persona.

Ammettere invece che la p.g. possa - senza conseguenze sul piano dell'utilizzabilità probatoria dei risultati di tali atti - procedere a perquisizione fuori dei casi di flagranza e degli altri specifici casi eventualmente previsti dalla legge, o in forza di elementi vaghi, indeterminati, e perciò non verificabili dall'AG, o da questa convalidata con motivazione apparente, apodittica, incongrua, equivale ad **aggirare le cautele che la Costituzione ha preposto a garanzia del corretto esercizio dei poteri dell'A.G., e dell'effettività del suo potere di controllo e verifica sugli atti di p.g. interferenti con libertà costituzionalmente garantite.**

Ciò comporta non solo una violazione del principio di effettività di cui all'art. 2 della Costituzione, ma anche una **violazione del diritto ad un giusto processo di cui agli artt. 111 e 117 Cost. (con riferimento all'art. 6 CEDU)**, che postula la possibilità per l'imputato di verificare la correttezza del processo e la genuinità degli elementi di prova adottati contro di lui.



4.4 - VIOLAZIONE DELL'ART. 24 COST.

Ciò si riverbera anche in una violazione dell'art. 24 della Costituzione, per l'evidente compromissione della possibilità di difendersi dagli esiti probatori di una perquisizione, quando questa sia stata eseguita fuori dei casi consentiti dalla legge per non aver le forze di polizia specificato sulla base di quali elementi (in primo luogo, indicati da chi) essa abbia agito, in un ordinamento che, nell'interpretazione dell'art. 191 cpp costituente diritto vivente, non riconnette alcuna rilevanza probatoria all'assenza di tali requisiti iniziali alla omissione, da parte delle forze di polizia, dell'indicazione delle fonti di conoscenza circa la ricorrenza dei requisiti fissati dalla legge per procedere a perquisizioni (così essendo, ad es., l'imputato impossibilitato ad utilizzare quegli elementi difensivi che potrebbero derivargli dalla conoscenza dell'autore della fonte confidenziale, che potrebbe essergli noto come soggetto animato da malanimo, e/o in possesso delle chiavi della sua abitazione, o comunque in grado di accedervi direttamente o tramite terzi, ecc., per lasciarvi la "res" compromettente.

4.5 - PRINCIPIO DI EFFETTIVITA' e VIOLAZIONE ART. 8 CEDU - contrasto con gli artt. 2 e 117 della COSTITUZIONE

Invero, non solo le norme nazionali, costituzionali e di legge ordinaria, impongono che la polizia giudiziaria proceda a perquisizioni solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge, e che il loro operato sia sottoposto ad un effettivo controllo da parte dell'Autorità Giudiziaria.

Infatti, l'interpretazione consolidatasi si pone anche in contrasto con l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e quindi in contrasto con l'art. 117 Cost. che impone allo Stato italiano il rispetto delle Convenzioni internazionali, in quanto si risolve nel non adottare efficaci discentivi agli abusi delle forze di polizia, e di qualsiasi organo dello Stato in genere, che, limitando la libertà della persona, si risolvano in indebite interferenze nella sua vita privata o nel suo domicilio, non giustificate da oggettive necessità di prevenzione o repressione dei reati.

Infatti, a proposito della necessità di una valutazione concreta e condivisibile da parte dell'A.G., circa la ricorrenza di ragioni adeguatamente giustificatrici dell'esercizio del potere di perquisizione, va in primo luogo richiamata, per l'assoluta importanza della fonte, che assegna alla decisione rilievo costituzionale ex art. 117 Cost., la sentenza 16 marzo 2017, Modestou

c. Grecia, con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi per brevità CEDU) ha ritenuto essersi verificata violazione dell'art. 8 Cedu, in un caso in cui era stata eseguita **perquisizione presso il domicilio personale e professionale** del ricorrente senza alcun controllo giurisdizionale ex ante e sulla scorta di un mandato di perquisizione generico; né era stato previsto un immediato controllo giurisdizionale ex post, considerato che la Corte d'appello, adita dal ricorrente, aveva respinto la doglianza non solo più di due anni dopo la perquisizione in questione, ma nemmeno indicando neppure i motivi "rilevanti e sufficienti" giustificativi della perquisizione: sentenza dalla quale si trae quindi conferma che, secondo le norme della CEDU, nella vincolante interpretazione offertane dalla Corte EDU, l'A.G. debba operare una illustrazione motivata (e condivisibile) delle ragioni della perquisizione, al fine di rendere verificabile la legittimità dell'esercizio del relativo potere; statuizione che, se vale per le perquisizioni autorizzate dall'AG., deve a maggior ragione valere per quelle operate direttamente dalla P.G. e successivamente convalidate dalla A.G..



In ordine all'importanza - per il diritto internazionale pattizio, ai sensi dell'art. 8 della CEDU - va poi richiamata, per la sua particolare pertinenza rispetto alle questioni proprie del presente processo, anche la sentenza emessa in data 27/09/2018 dalla Prima Sezione CEDU nel caso BRAZZI contro ITALIA.

Con tale ultima sentenza, in particolare, la CORTE EDU ha osservato che la Convenzione EDU impone che, nell'ambito delle perquisizioni "il diritto interno offra garanzie adeguate e sufficienti contro l'abuso e l'arbitrarietà" (Heino, sopra citata, § 40, e Gutsanovi c. Bulgaria, n. 34529/10, § 220, CEDU 2013", garantendo "«controllo effettivo» delle misure contrarie all'articolo 8 della Convenzione (Lambert c. Francia, 24 agosto 1998, § 34, Recueil des arrêts et décisions 1998-V)", pur osservando che "il fatto che una richiesta di mandato sia stata oggetto di un controllo giurisdizionale, non costituisce necessariamente, di per sé, una garanzia sufficiente contro gli abusi", di talchè la Corte EDU ha ritenuto essenziale "esaminare le circostanze particolari del caso di specie e valutare se il quadro giuridico e i limiti applicati ai poteri esercitati costituissero una protezione adeguata contro il rischio di ingerenze arbitrarie delle autorità (K.S. e M.S. c. Germania, n. 33696/11, § 45, 6 ottobre 2016)".

La Corte EDU pone quindi, in primo luogo, una questione di effettività dei diritti assicurati dalla legislazione nazionale: ogni Stato aderente alla Convenzione ha il dovere di assicurare

garanzie efficaci contro la violazione dei diritti oggetto della Convenzione.

Sulla base di tali premesse concettuali, la CORTE EDU giungeva a ritenere che, allorché (come, mutatis mutandis, e sostituendo la convalida al provvedimento di sequestro, è nel caso oggetto del presente processo) la perquisizione venga ordinata dalla Procura in una fase precoce del procedimento penale (si noti che la fonte confidenziale risulta essere l'unico elemento che la p.g. abbia avuto a propria disposizione), il rispetto dell'art. 8 della CEDU comporta *"che una perquisizione effettuata in questa fase deve offrire garanzie adeguate e sufficienti per evitare che venga usata per fornire alle autorità incaricate dell'inchiesta elementi compromettenti su persone non ancora identificate come sospettate di aver commesso un reato (Modestou c. Grecia, n. 51693/13, § 44, 16 marzo 2017).*

In tale ordine di idee, la Corte EDU è pervenuta ad affermare che lo stesso P.M. dovrebbe richiedere un'autorizzazione ad un Giudice prima di ordinare una perquisizione, o quanto meno l'ordinamento dovrebbe garantire la possibilità di un controllo post factum, in ordine alla legittimità della perquisizione; rilevato che l'ordinamento italiano non prevedeva l'autonoma impugnabilità del decreto di perquisizione in quanto tale (e che, nel concreto, non essendo stato rinvenuto alcun elemento di prova ed adottato alcun provvedimento di sequestro, tale controllo non era stato neanche possibile per via mediata attraverso il riesame di tale genere di provvedimento), la Corte ha quindi ritenuto esservi stata una violazione dei diritti della parte istante.

Proseguiva poi la Corte osservando che *"l'assenza di un controllo giurisdizionale ex ante può essere compensata dalla realizzazione di un controllo giurisdizionale ex post facto della legittimità e della necessità della misura "*, rammentando, a tal proposito, *"di avere ammesso che, in alcune circostanze, il controllo della misura contraria all'articolo 8 effettuato dai giudici penali fornisce una riparazione adeguata per l'interessato, dal momento che il giudice procede a un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti (Panarisi c. Italia, n. 46794/99, §§ 76 e 77, 10 aprile 2007, Uzun c. Germania, n. 35623/05, §§ 71 e 72, CEDU 2010 (estratti), e Trabajo Rueda c. Spagna, n. 32600/12, § 37, 30 maggio 2017).*

...omissis paragrafi 46-51 ...

52. Vi è stata dunque violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

La lettura della sentenza permette quindi di rilevare che, nella giurisprudenza della Corte EDU con essa manifestatasi:

a) la perquisizione costituisce un'ingerenza nella vita privata e nella libertà domiciliare della persona;

b) tale ingerenza è legittima solo se giustificata dalla ricorrenza di preesistenti elementi indiziari o di sospetto che indichino, nel destinatario della perquisizione, l'autore di un reato le cui tracce possano essere reperite mediante perquisizione domiciliare;

c) l'ordinamento interno deve assicurare validi ed efficaci strumenti che garantiscano l'effettività del rispetto dei diritti (tra cui l'inviolabilità del domicilio) tutelati dalla Convenzione;

d) l'ordinamento interno deve assicurare validi ed efficaci strumenti di controllo che assicurino almeno una verifica ex post in ordine alla effettiva ricorrenza delle condizioni legittimanti l'ingerenza suddetta;

e) tra tali strumenti di controllo e tutela ex post, ove altri non siano stati attivabili o non abbiano concretamente operato, deve essere ricompresa l'esclusione degli esiti della perquisizione dal materiale probatorio utilizzabile.

Ne consegue che:

1) se il P.M. emette un decreto di convalida privo di effettiva motivazione circa la ricorrenza delle condizioni di legalità per l'esecuzione della perquisizione, tale decreto, non costituendo ciò garanzia dell'effettivo esercizio di un potere di controllo circa la ricorrenza dei presupposti legittimanti la perquisizione ad opera delle forze di polizia, non vale a renderla legittima;

2) le fonti confidenziali, ed a maggior ragione gli anonimi, in quanto non verificabili e quindi insuscettibili di controllo ex ante, non possono essere utilizzate per disporre perquisizioni;

3) laddove una perquisizione sia stata eseguita fuori dei casi consentiti dalla legge (e quindi anche quando eseguita in virtù di elementi non verificabili o insufficienti a giustificarla), il giudice penale debba escludere dal novero degli elementi probatori utilizzabili quelli acquisiti mediante la suddetta perquisizione.

Pertanto, anche alla luce dei principi di cui all'art. 8 CEDU, "costituzionalizzati" per il tramite della disposizione dell'art. 117 Cost., la perquisizione eseguita dalla p.g. illegalmente perché fuori dei casi di flagranza o degli altri casi previsti da leggi speciali, o in virtù di quanto riferito da fonte confidenziale o anonima ed in assenza, peraltro, di provvedimento di convalida dotato di effettiva e concreta motivazione, non è consentita, ed i suoi esiti ("risultati", secondo la terminologia dell'art. 103 cpp, già utilizzato come "*tertium comparationis*") devono essere ritenuti inutilizzabili; la lettura dell'art. 191 cpp offerta dal diritto

vivente, come cristallizzato nelle sentenze già richiamate, lo esclude, e ciò la rende incostituzionale.

I principi espressi dalla già menzionata sentenza della Corte EDU nel processo **BRAZZI contro Italia** non appaiono isolati; ed invero, essi non solo appaiono sviluppo dell'altra precedente giurisprudenza della Corte EDU, già citata, ma risultano, a loro volta, aver avuto coerente sviluppo in ulteriori pronunzie, tra le quali può, ad es., citarsi, perché la più recente, la sentenza del 16/02/2021 Seconda Sezione nel caso: **BUDAK contro TURCHIA**, Numero del Ricorso: 69762/12, rilevante perché, nel caso di una perquisizione eseguita dalla p.g. su mandato del giudice, ma senza la presenza di due testimoni richiesta dal codice di procedura turco per l'ipotesi in cui alla perquisizione non partecipi un pubblico ministero ("prosecutor"), ha ritenuto la procedura concretamente eseguita "unlawful" (illegale), e violato l'art. 8 della Convenzione non solo perché la perquisizione non era stata eseguita nelle forme e nei casi previsti dalla legge (nazionale), ma anche perché i giudici nazionali avevano ignorato le doglianze sul punto dell'imputato, che ricordava che sia l'art. 38 §6 della Costituzione turca che l'art. 206 §2 del codice di procedura penale turco stabilissero il divieto di utilizzare le prove raccolte nel corso di perquisizioni illegali, e su questa doglianza non era stata data risposta.

Si noti che la Corte EDU, sullo specifico punto, non affronta tanto il tema del rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU (a tal proposito, la Corte osservava che la sua giurisprudenza ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione non esclude automaticamente l'uso, da parte dei giudici nazionali, di prove che possono essere considerate "illecite" ai sensi delle disposizioni di diritto interno), né quello della legittimità della perquisizione secondo il diritto interno, ma proprio il tema della violazione dell'art. 8 e dei rimedi che ad essa le Corti nazionali devono offrire perché vi sia effettività della tutela dei diritti stabiliti dalla Convenzione; e ritiene violata la norma convenzionale perché i giudici non si erano pronunziati sull'esclusione della prova acquisita in violazione della convenzione, oltre che della legge interna.

4.6 - PRINCIPIO DI EFFETTIVITA' e VIOLAZIONE ART. 6 CEDU - contrasto dell'artt. 352 cpp con gli artt. 2, 111 co. 6 e 117 della COSTITUZIONE

Ed invero, la sentenza del 16/02/2021 Seconda Sezione nel caso: **BUDAK contro TURCHIA** offre ulteriori spunti di riflessione in

FILE DI

ordine ai riflessi processuali che il principio di effettività (che tutta la giurisprudenza della Corte EDU indica come immanente al sistema della Convenzione) deve avere nei suoi risvolti processuali: in forza di tale ultima sentenza, deve affermarsi che la mancata predisposizione di un'architettura processuale che doti il sistema giudiziario degli strumenti necessari a tutelare, in sede processuale, l'imputato che lamenti lesioni dei suoi diritti fondamentali relativi all'inviolabilità della sua libertà personale e domiciliare, integri non solo una violazione dell'art. 8 della CEDU (per quel che anche una violazione dell'art. 6 della CEDU, perché l'imputato ha diritto ad ottenere una risposta imparziale alle sue doglianze circa le violazioni subite ed ai riverberi che esse devono avere sulla utilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei diritti tutelati dalla CEDU.



Infatti, la Corte EDU, con la menzionata sentenza del 16/02/2021 Seconda Sezione Caso: BUDAK contro **TURCHIA**, Numero del Ricorso: 69762/12, richiamando numerosi casi della propria giurisprudenza, ha anche statuito la necessità che le tutele accordate dagli ordinamenti nazionali, ivi compresi i controlli giurisdizionali, siano effettive, e tali da garantire che i diritti stabiliti dalla CEDU non siano meramente apparenti o illusori, ma pratici ed effettivi; in particolare, con la menzionata sentenza (cfr. par. 72 e 73) ha statuito che nelle cause relative all'ingerenza nei diritti garantiti dalla Convenzione, la Corte intende stabilire se le motivazioni addotte per le decisioni fornite dai giudici nazionali siano meramente apparenti, perché "automatiche" o stereotipate (richiamando in proposito, mutatis mutandis, Paradiso e Campanelli c. Italia [GC], n. 25358/12, § 210, CEDU 2017). 73. Tenuto conto del principio secondo cui la Convenzione mira a garantire non diritti teorici o illusori, ma diritti pratici ed effettivi, il diritto a un equo processo non può essere considerato effettivo a meno che le richieste e le osservazioni delle parti non siano veramente "ascoltate", vale a dire adeguatamente esaminate dal tribunale (v. Ilgar Mammadov c. Azerbaigian (n. 2), n. 919/15, § 206, 16 novembre 2017; Carmel Saliba c. Malta, n. 24221/13, § 65, 29 novembre 2016 con ulteriori riferimenti in esso; e Fodor c. Romania, n. 45266/07, § 28, 16 settembre 2014). Nell'esaminare l'equità dei procedimenti penali, la Corte ha anche dichiarato in particolare che, ignorando un punto specifico, pertinente e importante sollevato dall'imputato, i tribunali nazionali si manifestano non all'altezza dei loro obblighi ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione (vedi Zhang c. Ucraina, n. 6970/15, § 61, 13 novembre 2018, e Nechiporuk e Yonkalo c. Ucraina, n. 42310/04, § 280, 21 aprile 2011).

Il tema che quindi rileva non è solo quello relativo all'illegittimità costituzionale dell'art. 191 cpp nella parte in cui non prevede, tra le ipotesi di inutilizzabilità, anche quelle consistenti in "inutilizzabilità derivate", ma anche quello relativo alle conseguenze che, sul materiale probatorio, debba avere, in termini di inutilizzabilità, l'ipotesi della mancanza della convalida, per qualsiasi ragione il P.M. non abbia proceduto a detto atto, ma in ispecie nel caso in cui dagli atti non risultassero elementi per metterla, come è nel caso in oggetto

Va ritenuto che non solo nel disegno costituzionale, ma anche in quello della CEDU, sia quindi delineato uno Stato di pieno diritto, retto dal principio di legalità, con limiti ai poteri non solo della p.g., ma anche della stessa A.G. (tra i quali la riserva di legge e l'obbligo di motivazione dei provvedimenti), e previsione di garanzie giurisdizionali a verifica e controllo del modo e dei casi in cui le forze di polizia usino dei loro poteri, al fine di evitarne l'abuso; in tale sistema non possano essere tollerate deroghe ai presupposti di fatto e requisiti di forma, richiesti dalla Costituzione e dalla Convenzione EDU, né degli atti delle forze di polizia né dei provvedimenti dell'A.G., né sussistere limiti alla verifica giurisdizionale della correttezza dell'operato della p.g.

Ammettere quindi che la p.g. possa procedere a perquisizione fuori dei casi di flagranza e degli altri specifici casi eventualmente previsti dalla legge, in forza di elementi vaghi, indeterminati, e perciò non verificabili dall'AG, e da questa perciò non convalidata senza che ne sortiscano effetti sull'utilizzabilità dei risultati della perquisizione, equivale ad aggirare le cautele che la Costituzione ha preposto a garanzia del corretto esercizio dei poteri dell'A.G., e dell'effettività del suo potere di controllo e verifica sugli atti di p.g. interferenti con libertà costituzionalmente garantite.

Invero, il tribunale aveva altresì sollevato questione di incostituzionalità dell'art. 103 dpr 309/90, nella parte in cui consentiva che il P.M. possa autorizzare verbalmente tale genere di perquisizioni senza provvedere successivamente a documentare le ragioni su cui avesse fondato tale provvedimento, che gli artt. 13 e 14 Cost. vogliono invece motivato; e tale questione è stata accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 252/2020.

Residua tuttavia irrisolto il problema di quale debba essere la disciplina nel caso, come appunto è accaduto nel presente processo, manchi la convalida della perquisizione.



E' bene poi ulteriormente precisare che l'art. 13 Cost. riconnette la conseguenza delle perdita di efficacia degli atti di polizia, alla circostanza che essi non vengano convalidati dall'A.G. in un termine dato; e tuttavia, si ricorda, causa dell'inefficacia dell'atto limitativo della libertà personale o domiciliare, ai sensi degli artt. 13 e 14 della Costituzione, non è tanto la mancata convalida, quanto la circostanza che detti atti siano stati compiuti dalle forze di polizia fuori dei casi di necessità ed urgenza in cui la legge li consente, dato che è per tale ragione che la convalida difetterà.

La convalida non svolge quindi una funzione "sanante" a discrezione dell'A.G., ma opera una concreta verifica circa l'effettiva ricorrenza dei presupposti per l'attività compiuta dalla p.g. di propria iniziativa e risoltasi in atti invasivi della libertà personale o domiciliare; ed il legislatore Costituzionale ha inteso, e dato per scontato, che in mancanza di tali presupposti, la convalida non verrà emessa.

L'assenza di una norma che non disciplini le conseguenze, sul piano processuale, della mancanza della convalida della perquisizione, nonostante il dettato degli artt. 13 e 14 Cost., comporta una violazione del principio di effettività, ma anche del diritto ad un giusto processo, che postula la possibilità per l'imputato di verificare la correttezza del processo e la genuinità degli elementi di prova addotti contro di lui.

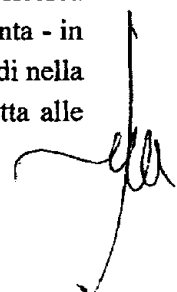
In relazione a tali principi, non appare manifestamente infondata la questione di incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 2, 13, 14 e 111 co. 6 della Costituzione, dell'art. 352 cpp nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui il P.M. non emetta il decreto di convalida, i risultati della perquisizione siano inutilizzabili.

P.Q.M.

visti gli artt. 1 L. cost. n. 1/48, e 23 della L. n. 87/53,

DICHIARA

d'ufficio rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 191 cpp, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97 co.3, 111 e 117 Cost. (quanto a quest'ultima norma, con riferimento ai principi di cui agli articoli 6 ed 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), nella parte in cui non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità della prova, acquisita in violazione di un divieto di legge, si applichi anche alle c.d. "inutilizzabilità derivate", e cioè ai risultati degli atti di ricerca o acquisizione della prova, quando compiuti - fuori dei casi in cui la legge lo consenta - in danno di uno dei diritti inviolabili di cui agli artt. 13 e 14 della Costituzione, e quindi nella parte in cui l'art. 191 cpp non prevede che in tali casi l'inutilizzabilità si trasmetta alle



ulteriori acquisizioni probatorie che direttamente ne discendano, e riguardi quindi anche ogni esito probatorio - ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato e la possibilità di deporre su tali atti e sui loro risultati - degli atti di perquisizione ed ispezione domiciliare e personale:

a) compiuti dalla p.g. fuori dei casi in cui la legge costituzionale e quella ordinaria le attribuiscono il relativo potere;

b) compiuti dalla p.g., fuori del caso di previa flagranza del reato, in forza di segnalazioni anonime o confidenziali e su tali basi autorizzate o convalidate dal P.M.;

c) compiuti dalla p.g. fuori del caso di previa flagranza del reato e degli altri casi in cui la legge glielo consenta, e successivamente non convalidati, per qualsiasi ragione, dal P.M.;

dichiara altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 352 cpp, per contrasto con gli artt. 2, 13, 14 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui il P.M. non provveda a convalidare la perquisizione nei termini di legge, ne divengano inutilizzabili tutti i risultati probatori anche in termini di "inutilizzabilità derivata"

ORDINA

la notificazione della presente ordinanza all'imputato, al P.M., ed al Presidente del Consiglio dei Ministri, e la sua comunicazione ai Presidenti dei due rami del Parlamento;

DISPONE

la successiva trasmissione della presente ordinanza, e di copia degli atti del procedimento, unitamente alla prova dell'esecuzione delle notificazioni e delle comunicazioni previste dalla legge, alla Corte Costituzionale per la decisione della questione di costituzionalità così sollevata;

SOSPENDE

il procedimento sino alla decisione della Corte Costituzionale e, in attesa di questa, rinvia il processo all'udienza del 13.12.2022 ore 09.00.

Lecce, il 19.10.2021

IL GIUDICE
Dott. Stefano SERNIA

*lett. e depositate
in udienza
Lecce, 19/10/2021*

TRIBUNALE DI LECCE
SECONDA SEZIONE PENALE
GIUDICE MONOGRAFICO

*Copia conforme
all'originale
Lecce, 21/10/2021*

IL CANCELLIERE
Giuseppe DE LORENZIS



IL CANCELLIERE
Giuseppe DE LORENZIS

