

INTRODUZIONE

La società in cui viviamo è sempre più complessa e dominata dalle nuove tecnologie, connotate da un'evoluzione rapidissima e aventi una grande capacità espansiva². A tal proposito, si parla di “rivoluzione informatica”³, in quanto l'eccessivo utilizzo della tecnologia porta, innanzitutto, ad un ampliamento dei mezzi di comunicazione, accessibili da chiunque e in ogni momento, in più, tali strumenti, hanno investito completamente ogni sfera della nostra vita. Gli anni duemila si caratterizzano per la crescita esponenziale della telefonia digitale e l'emersione dei c.d. *big data*, tant'è che l'accesso alla rete è considerato un diritto fondamentale (costituzionale⁴) della persona, una condizione per il pieno suo sviluppo individuale⁵.

Nel campo della penalità⁶, i nuovi mezzi tecnologici hanno sicuramente sviluppato e incrementato nuovi fenomeni criminali, pensiamo ai c.d. *cybercrimes*⁷. In particolare, poi, i nuovi strumenti della tecnica hanno fornito potenti e penetranti supporti investigativi agli inquirenti, capaci di incidere pesantemente sui diritti individuali.

² M. CECCHI, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 1, 1: «Viviamo in società dove, fin dalla loro genesi, i rapporti sociali e la conoscenza umana (del mondo e di noi stessi) diventano, di anno in anno, progressivamente più articolati e complessi. Con ritmi di sviluppo diversi, da un lato, si moltiplicano le relazioni e le occasioni di incontro – e, quindi, di possibile scontro – tra persone, le quali sono portatrici di interessi particolari e spesso in contrasto tra loro. Dall'altro lato, aumenta e si fa più specifica la comprensione dei fenomeni da parte dell'uomo, che compie studi via via più profondi e dettagliati, tramite cui osserva e spiega man a mano più da vicino le leggi e i meccanismi di funzionamento dell'essere umano e dell'universo. Questo graduale intensificarsi delle connessioni tra gli uomini e questa tendenza alla “miniaturizzazione” del livello di analisi conoscitiva delle cose si ripercuotono anche all'interno dell'ordinamento giuridico».

³ G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione – Corso di informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁴ Sul diritto di accesso ad Internet si è acceso un dibattito sul suo fondamento costituzionale. *Ex multis*, M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra le tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in M. Nisticò-P. Passaglia, (a cura di), in *Internet e Costituzione. Atti del convegno, Pisa 21-22 novembre 2013*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 169; S. SCAGLIARINI, *I diritti costituzionali nell'era di Internet: cittadinanza digitale, accesso alla rete e net neutrality*, in T. Casadei-S. Pietropaoli, (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Wolters Kluwer, 2021, p. 3; S. PIETROPAOLI-F. FAINI, *Scienza giuridica e tecnologie digitali. Temi e problemi*, II ed., Giappichelli, Torino, 2021.

⁵ V. PALLADINI, *Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?*, in *Riv. it. di informatica e diritto*, 2022.

⁶ Sulle peculiarità della penalità rispetto alle altre branche del diritto R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2022.

⁷ Si veda S. LORUSSO, “*Digital evidence*”, “*cybercrime*” e *giustizia penale 2.0*, in *Processo penale e Giustizia*, 2019.

Da decenni, ormai, si discute dell'uso degli strumenti tecnologici all'interno del procedimento penale, i quali mutano in modo significativo la fisionomia del sistema-giustizia, in ambito penale.

L'avvento della tecnologia nel processo penale è caratterizzato da una marcata ambivalenza⁸: sicuramente da un lato, consente di raggiungere risultati straordinari, ma, dall'altro, si delineano aggressioni – molto significative – nella sfera privata degli individui (o meglio, *delle persone*⁹).

Come abbiamo detto, l'arrivo della tecnologia ha indicato nuovi itinerari per l'attività di ricerca e raccolta della prova giudiziaria. Parallelamente, occorre avere ben chiaro che il catalogo dei “classici” diritti fondamentali non appare in grado di reggere l'urto dell'innovazione tecnologica. Nel *teatro* del processo penale, si affacciano nuovi diritti individuali – quale la riservatezza informatica – che sono diversi da quelli “tradizionali”, ma parimenti meritevoli di tutela normativa e giudiziaria nell'ambito dell'accertamento penale¹⁰.

Il processo e (soprattutto) la fase delle indagini preliminari sono ormai impregnati di dati probatori precostituiti e digitali. Per tale motivo, il giurista non può sottrarsi a una compiuta analisi sulla compatibilità dei nuovi mezzi di ricerca della prova con il sistema processuale, dovendo “decretare” senza indugi l'inutilizzabilità di quegli elementi raccolti con modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive dei diritti fondamentali¹¹. Gli strumenti di raccolta dei dati (pensiamo alla captazione occulta delle conversazioni, le registrazioni di immagini comunicative e non comunicative¹², nonché, i dati esterni alle comunicazioni) sono al centro del dibattito, in quanto, costituiscono il nodo gordia-

⁸ C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018.

⁹ P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per gli italiani di ogni età*, Marietti, 2018; l'Autore sostiene che «individuo e persona non sono sinonimi», in quanto «l'individuo è il vecchio protagonista del costituzionalismo moderno», mentre, «la persona [...] è creatura pensata in stretto contatto con l'altro, con gli altri».

¹⁰ F. SIRACUSANO, *La prova informatica transnazionale: un difficile “connubio” fra innovazione e tradizione*, in *Processo penale e Giustizia*, 2019.

¹¹ O. MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. pen.*, 2022.

¹² La differenza tra atti “comunicativi” e “non comunicativi” è stata evidenziata da S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 codice privacy da parte del D. Lgs. 10 agosto 2018 n. 101*, in *Dir. Pen. contemp.*, 2018.

no attorno al quale si sono scritte pagine di sentenze e sviluppati filoni dottrinali contrapposti. All'interno di dette categorie, rientra l'attività di conservazione e acquisizione – presso i gestori dei servizi di telecomunicazioni – dei dati relativi al traffico telematico e telefonico, la c.d. *data retention*.

I dati di traffico sono definiti “esterni” (o *esteriori*)¹³, ma, oggi, sappiamo che questi tabulati telefonici sono arricchiti da una serie di informazioni che attengono alla vita privata. Lo afferma, anche, il Garante per la protezione dei dati personali: «*il dato apparentemente “esterno” a una comunicazione (ad esempio una pagina web visitata o un indirizzo IP di destinazione) spesso identifica o rivela nella sostanza anche il suo contenuto: può permettere, quindi, non solo di ricostruire relazioni personali e sociali, ma anche di desumere particolari orientamenti, convincimenti e abitudini degli interessati*»¹⁴.

Invero, come ribadito dalla Corte di Cassazione, da tali dati è possibile ricavare notizie significative della personalità dei consociati: essi, dunque, rappresentano una sorta di “impronte elettroniche”¹⁵, in grado di fornire comunicazioni¹⁶ come il tempo, la durata, la frequenza delle chiamate, le utenze contattate, i codici IMEI, i nominati degli intestatari delle schede SIM e, infine, l'ubicazione dell'utente.

¹³ La definizione trae origine dalla differenza che sussiste con lo strumento delle intercettazioni: i tabulati telefonici non consentono di conoscere il contenuto della conversazione. Diversamente, le intercettazioni captano le singole parole che i vari interlocutori si scambiano. Cfr. M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 157; l'Autore afferma che «*il tabulato si caratterizza così per la propria inidoneità strutturale e funzionale a svelare il contenuto del rapporto comunicativo, individuandone soltanto il profilo formale e fungendo da pendant rispetto al contiguo strumento delle intercettazioni*».

¹⁴ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento per la sicurezza dei dati di traffico telefonico e telematico*, 17 gennaio 2008.

¹⁵ Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, *Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale (art. 1, d.l. 30 settembre 2021, n. 132)*, 2021, p.5; G. BUSIA, *Elenco tassativo delle informazioni da archiviare*, in *Giuda al diritto*, 2004, p. 28.

¹⁶ La Suprema Corte si riferisce – oltre alle informazioni sulle chiamate su apparecchi fissi o mobili (*fax, sms, mms, e-mail*) – ai dati ricavati dai siti *Internet* visitati, la geolocalizzazione di un'utenza mobile. Quest'ultima attività può essere compiuta, anche, mediante la costante rilevazione delle celle di aggancio delle stazioni mobili, in modo da realizzare il c.d. pedinamento satellitare (*positioning*).

Una volta scoperte le potenzialità dei nuovi strumenti tecnologici, il collegamento con la *privacy*¹⁷ e con la libertà personale appare più chiaro. Ognuno di noi – durante la “navigazione” in *Internet* – lascia innumerevoli tracce nella Rete (e lo stesso lo possiamo affermare per le telefonate); un futuro ed eventuale controllo da parte dei pubblici poteri può minare la libertà psichica, intesa come autodeterminazione¹⁸. Tale ricostruzione trova un supporto interpretativo in una famosa sentenza della Corte costituzionale tedesca, secondo la quale, ogni utente gode di una legittima aspettativa di riservatezza rispetto ai propri dati¹⁹.

La possibilità di comprimere il diritto alla *privacy* al fine di acquisire prove utili alla repressione penale porta gli interpreti ad interrogarsi sulla necessità di escogitare una soluzione che possa bilanciare i due valori – la sicurezza e la riservatezza²⁰ – alla luce del principio di proporzionalità.

Il codice di procedura penale si occupa, proprio, di disciplinare le modalità attraverso le quali – in modo legittimo – si possono reperire informazioni aventi carattere personale²¹. Per consentire che le indagini assolvano il loro scopo è necessario superare (o meglio, bilanciare) gli ostacoli legati alla *privacy*. Tale attività risulta particolarmente complessa, anche per il legislatore²².

Per quanto attiene alla *data retention*, la conservazione dei dati di traffico, da un lato è indubbio che possa rivelarsi uno strumento prezioso per

¹⁷ G. M BACCARI-C. CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021; gli Autori sottolineano che il concetto di *privacy* si è evoluto e affermato come dimensione “positiva” nel diritto eurounitario, «come diritto del singolo al controllo sulla raccolta di informazioni che lo riguardano, in modo diretto o indiretto».

¹⁸ M. TORRE, *Privacy e indagini penali*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 27; secondo l'Autore la tutela della *privacy* si può ricondurre all'art. 13 Cost., perché «intesa come sovranità sulle proprie informazioni».

¹⁹ W. ABEL, *La decisione della Corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d'informazione – un rapporto sul caso BVerfGE, NJW 2008, 822*, disponibile su www.jei.it; secondo la Corte tedesca la segretezza e l'integrità rappresentano diritti fondamentali attinenti proprio alla libertà dell'individuo.

²⁰ C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019.

²¹ S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, D. Negri, (a cura di), Aracne, Roma, 2007.

²² V. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela progressiva dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014; l'Autore sottolinea l'esigenza di ridefinire, in ambito processuale, il baricentro tra *auctoritas* (sicurezza) e *libertas* (diritti fondamentali).

l'accertamento dei reati; dall'altro, risulta evidente che la loro acquisizione al processo penale realizza una vistosa ingerenza nei confronti della riservatezza.

Il tema assume rilievo costituzionale²³: al diritto di vivere in una società libera – che non faccia uso della digitalizzazione come mezzo di sorveglianza – si affianca la necessità di garantire l'accertamento giudiziale attraverso gli efficaci mezzi a disposizione²⁴. Ecco perché, negli ultimi anni, tale mezzo di ricerca della prova è al centro del dibattito dottrinale, raggiungendo anche la giurisprudenza comunitaria.

Il legislatore, recentemente, è intervenuto con il decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, con l'obiettivo di adeguare la normativa italiana alle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Da Lussemburgo si è imposto agli Stati membri una procedura di giurisdizionalizzazione per l'acquisizione dei tabulati telefonici, ed esclusivamente per il contrasto alla criminalità “grave”. La Corte europea, nell'affrontare tale questione, prende le mosse da un'interpretazione sistematica della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, analizza il rapporto tra l'art. 5, paragrafo 1, il quale sancisce il principio di riservatezza – sia delle comunicazioni che dei dati relativi al traffico – e impone il divieto di memorizzare simili informazioni, senza il consenso degli utenti, e l'art. 15, paragrafo 1, che consente agli Stati membri di prevedere una normativa volta a limitare i diritti fondamentali, qualora si ravvisi la necessità di adottare misure – necessarie, opportune e proporzionate – per la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa e della sicurezza pubblica²⁵.

²³ Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81; la Consulta stabilisce che l'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici rientra nella copertura dell'art. 15 Cost. Cfr. S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur.it*, 1995, p. 107.

²⁴ V. PALLADINI, *Data retention e privacy in rete: verso una regolazione conforme al diritto UE?*, *op. cit.*

²⁵ F. IOVENE, *Nuova decisione della Corte di Giustizia in materia di tabulati: quali conseguenze per l'ordinamento nazionale?*, in *Cass. pen.*, 2022; dalla giurisprudenza della Corte traspare la consapevolezza che attraverso forme di indagine tecnologicamente avanzate – ma, meno invasive della vita privata – rispetto alle classiche intercettazioni possano, in realtà, rivelarsi insidiose e permettere agli inquirenti (e, alla generalità dei consociati, attraverso la pubblicità tipica del processo penale) di conoscere informazioni attinenti alla personalità delle persone, le quali intendono mantenere riservate.

Il presente lavoro di tesi propone una panoramica delle principali implicazioni dell'istituto dell'acquisizione dei tabulati telefonici, nella prospettiva della tutela dei principi cardine del sistema processuale e dei diritti fondamentali del singolo. Vengono nello specifico analizzate, con particolare attenzione, le posizioni assunte dalla Suprema Corte, le ripercussioni delle pronunce europee nel nostro ordinamento e le novità legislative introdotte nel 2021 in Italia.

CAPITOLO I

TEORIA GENERALE DELLA PROVA INCOSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1.1 Il sistema probatorio nell'ordinamento italiano. – 1.1.1 Il principio di legalità della prova. – 1.2 La prova incostituzionale. – 1.2.1 Le limitazioni ai diritti fondamentali. – 1.2.2 Le prove atipiche. – 1.2.3 L'inutilizzabilità della prova incostituzionale e il principio di non sostituibilità. – 1.3 Il caso delle video-riprese. – 1.3.1 I mutamenti della giurisprudenza e la distinzione tra atti comunicativi e atti non comunicativi – 1.3.2 Le S.U. Prisco e la creazione pretoria dei c.d. luoghi riservati. – 1.3.3 Video-riprese e tutela della riservatezza: auspicabile un intervento legislativo. – 1.4 Il controllo 'occulto' della corrispondenza dei detenuti. – 1.4.1 Le limitazioni del diritto alla corrispondenza epistolare. – 1.4.2 La l. 95/2004 e l'art. 18 *ter* ord. pen. – 1.4.3 I controlli occulti: una prassi incostituzionale.

1.1 Il sistema probatorio nell'ordinamento italiano

Lo scopo del processo moderno consiste nell'accertare un fatto del passato attraverso meccanismi legali previsti dal legislatore, indi il sistema probatorio è il cuore del processo penale²⁶.

Non si riuscirà mai a far rivivere un fatto ormai passato, perciò bisogna ricostruirlo nel migliore dei modi possibili.

La materia della prova, cioè dello strumento tramite cui si dimostra – giuridicamente parlando – l'esistenza di un avvenimento storico a cui poi si applica la legge, è stata oggetto di una riforma fondamentale nel passaggio dal codice del 1930 al codice attuale, entrato in vigore nel 1989.

Nel sistema inquisitorio, la prova non è regolamentata²⁷ e – sulla base del principio di autorità – la verità si accerta tanto meglio quanti più poteri so-

²⁶ P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, Giuffrè Editore, p. 1-2.

²⁷ Art. 299 c.p.p. 1930: «*il giudice istruttore compie tutti gli atti necessari per la ricerca della verità*», si tratta di una scelta legislativa che attribuisce al giudice un potere discrezionale circa la valutazione sull'idoneità degli elementi probatori ad entrare nel processo penale.

no attribuiti al giudice (istruttore). L'inquirente cumula tutte le funzioni processuali: è giudice, accusatore e perfino difensore dell'imputato.

I sistemi accusatori, invece, si basano su un principio opposto, quello dialettico: la verità si accerta tanto meglio quanto più le funzioni processuali sono ripartite tra soggetti che hanno interessi contrapposti. In tale sistema, non sussiste, dunque, un cumulo delle funzioni, nemmeno in tema di acquisizione della prova, poiché l'unico soggetto che non può, salvo eccezioni, ricercare le prove è proprio il giudice, mentre sono le parti, di regola, a ricercare e chiedere l'ammissione delle prove.

In ordine alle prove, dunque, il potere è nettamente ripartito fra soggetti diversi per evitare possibili abusi: le regole processuali fanno sì che «*il potere arresti il potere*»²⁸.

Nei sistemi accusatori, come il nostro (ancorché “solo” tendenzialmente tale)²⁹, le regole del sistema probatorio sono molto più complesse e dettagliate rispetto ai modelli inquisitori. Poiché, infatti, le prove sono fatti di oggi che ci consentono di ricomporre un fatto di ieri, il giudice non deve limitarsi a ricostruire un fatto storico, ma deve anche interpretare le disposizioni normative ed effettuare un giudizio di conformità, operando una complessa sussunzione tra il fatto storico ricostruito mediante le prove e il fatto legale tipico. Questo, in estrema sintesi, è l'obiettivo del processo penale: se il fatto storico presenta gli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice, il giudice emette una sentenza di condanna, altrimenti si giungerà al proscioglimento.

La prova entra nel processo penale attraverso una serie di passaggi. Si parla di oggetto di prova per indicare quello che la pubblica accusa deve provare, il *thema probandum*; possiamo parlare di fonte di prova con riferimento a tutto ciò da cui può scaturire un elemento utile per la ricostruzione del fatto.

²⁸ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1748.

²⁹ L'attuale codice di rito ha recepito – con alcuni temperamenti – i tratti fondamentali del modello accusatorio, come indicato nella legge delega n. 81 del 1987.

Attraverso i mezzi di prova possiamo ricavare – dalla fonte – l'elemento di prova, ossia il dato grezzo che sarà valutato dal giudice e che diventerà il risultato probatorio. I vari passaggi logici e i criteri adottati saranno esplicitati all'interno della sentenza: la motivazione della sentenza deve essere lo specchio fedele delle risultanze probatorie; e, ormai, oggi si parla di motivazione legale e razionale, come stabilito dall'art. 192 c.p.p., in combinato con l'art. 546 c.p.p.

Il giudice, dunque, ricostruisce il fatto storico (*lost fact*) sulla base dei risultati delle prove acquisite nel processo, operando un ragionamento probatorio viene definito “inferenziale” perché da un fatto noto (come le dichiarazioni di un testimone) si ricava un fatto del passato.

Il procedimento probatorio, inteso come complesso di attività che - attraverso l'interazione tra le parti – conduce alla ricostruzione del fatto nel processo penale, è formato da quattro fasi: la ricerca della fonte di prova, la richiesta delle parti di ammissione delle prove al giudice; l'assunzione in contraddittorio che porta alla formazione dell'elemento di prova; la valutazione e, infine, la decisione che conduce al risultato probatorio. Questo meccanismo logico e razionale esclude che nel processo penale siano presenti le c.d. prove legali, ossia, quelle situazioni in cui la legge si sostituisce al giudice attribuendo ad un determinato elemento di prova un risultato; nel processo penale sarà sempre il giudice a valutare le prove.

1.1.1 Il principio di legalità della prova

L'art. 111 Cost., nella sua attuale formulazione frutto della riforma costituzionale del 1999³⁰, afferma che «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*».

Da questo principio generale si può trarre anche un principio di legalità della prova, in base al quale gli strumenti utilizzabili per la ricostruzione dei

³⁰ L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

fatti (da provare) sono disciplinati dalla legge. Spetta quindi al legislatore stabilire i limiti all'esercizio del potere conoscitivo del giudice e, altresì, delle parti.

Si può affermare che il principio di legalità costituisce un principio generale del diritto³¹ e che il diritto processuale (in particolare il diritto delle prove penali) è quel complesso di norme che definiscono la *procedura* da rispettare per giungere all'accertamento della c.d. verità processuale³². Per questo, «quanto vale nel mondo esterno non sempre vale nel procedimento probatorio, ma deve esservi introdotto attraverso certi filtri che regolano il flusso delle informazioni che provengono ab extra e devono essere elaborate dal giudice»³³.

Al dettato costituzionale dell'art. 111 sul *giusto processo* possiamo aggiungere quanto previsto dall'art. 101 Cost., ossia che i «*giudici sono soggetti soltanto alla legge*»³⁴; per cui alla magistratura non è consentito applicare una disciplina diversa da quella prevista dal legislatore, pena la violazione del principio costituzionale di legalità. In tal modo, si mira a far coincidere la forma con la sostanza, in quanto attraverso le forme – previste dalla legge – si effettuano precise scelte valoriali che sono i limiti che il giudice deve rispettare. Non a caso si usa affermare, con un'espressione cara agli studiosi tedeschi, che il diritto processuale penale è diritto costituzionale applicato³⁵: proprio per questa discendenza diretta dai principi sommi, le norme di rito sono costante espressione di un bilanciamento.

Chiaramente, le disposizioni processuali sono soggette al vaglio della Corte costituzionale, la quale sarà in grado di valutare se il bilanciamento effet-

³¹ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, sentenza 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio.

³² Con tale espressione si allude alla ricostruzione giudiziale di un fatto, generalmente si contrappone alla c.d. verità storica, con la quale si indicano i fatti così come sono accaduti.

³³ G. DE LUCA, *La cultura delle prove e il nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile, Vol. II, 1988.

³⁴ Art. 101, comma 2, Cost.

³⁵ L'espressione 'diritto costituzionale applicato' («*angewandtes Verfassungsrecht*») riferito al processo penale ha come scopo quello di far emergere la natura e il compito del processo: l'obiettivo è mettere al centro i diritti che fanno capo alla dignità della persona imputata. In particolare si veda W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. Bettermann-H. C. Nipperdey-U. Scheuner (a cura di), *Die Grundrechte*, III-2, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, pp. 966-967.

tuato a monte dal legislatore sia ragionevole (*ex art. 3 Cost.*) e quindi costituzionalmente conforme.

Un'importante pronuncia della Consulta sul bilanciamento fra principi ci ricorda che il *«diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del giusto processo»* e ancora *«un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la durata»*.³⁶

Il quadro si complica con le prove illegittimamente acquisite e le prove illecite.

A presidio della legalità processuale, il codice di rito prevede una serie di 'sanzioni'³⁷, per i casi in cui una prova sia acquisita in violazione dei canoni legali. Le conoscenze che sono entrate nel procedimento penale senza il rispetto delle regole probatorie sono da ritenersi inutilizzabili e, di conseguenza, non possono essere poste a fondamento della decisione del giudice. L'inutilizzabilità che viene definita 'patologica' e verrà applicata ogni qual volta viene acquisita una prova violando un divieto probatorio. Si differenzia dall'inutilizzabilità fisiologica, conseguenza pratica dell'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost.: il canone su cui si basa il processo di tipo accusatorio è il principio del contraddittorio nella formazione della prova. La Carta fondamentale prevede anche le ipotesi nelle quali è possibile derogare al principio del contraddittorio nella formazione della prova, ma si tratta eccezioni (art. 111, co. 5 Cost.). Di conseguenza, si parla di inutilizzabilità fisiologica perché la causa che fa derivare questa sanzione non è un "vizio" della prova ma un di-

³⁶ Corte cost, 4 dicembre 2009, n. 317.

³⁷ L'espressione 'sanzione processuale' è presente nella legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, nella quale si prevedono le cause espresse di invalidità degli atti e le conseguenti sanzioni processuali. Autorevole dottrina rileva che il termine 'sanzione' non sia adeguato, quando ci si riferisce a una sanzione significa che l'ordinamento valuta un comportamento in modo sfavorevole, perciò è un termine più adeguato alla materia sostanziale. In questo senso P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XX ed., 2019, p. 200.