

## QUESTIONI APERTE

---

### Archiviazione

#### La decisione

**Archiviazione - Regola di giudizio - Presunzione d'innocenza - Inutilizzabilità - Prove illecite** (C.p.p., artt. 191, 240, 408; disp. att. c.p.p., art. 125).

*La sanzione dell'inutilizzabilità, di cui all'art. 191 c.p.p., è posta a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove a carico illegittimamente acquisite contro divieti probatori stabiliti dalla legge; ne consegue che tale vizio non può essere fatto valere al fine di ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa.*

TRIBUNALE DI BOLZANO, (ord.) 18 febbraio 2021, PELINO, *Giudice per le indagini preliminari - Schwazer, indagato.*

#### Ritratto di un'archiviazione come atto di (cripto)accusa

L'autore analizza, in modo critico, un'ordinanza di archiviazione, con cui il Giudice per le indagini preliminari di Bolzano ha posto fine a un noto procedimento penale per assunzione illecita di sostanze dopanti. L'esame del provvedimento fornisce l'occasione per soffermarsi su diversi temi chiave di matrice processual-penalistica, tra cui la regola di giudizio dell'archiviazione, il c.d. "reputational aspect" della presunzione d'innocenza e le "prove illecite".

*A (crypto)accusation disguised as an act of discontinuance*

*The paper critically analyses a recent order by which the Bolzano Preliminary Investigation Judge discontinued a well-known doping case. The examination of the decision provides a good opportunity to address various key issues in criminal justice, such as the standard of proof applied when a case is discontinued, the "reputational aspect" involved in the presumption of evidence, as well as the "illicit evidence".*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. I difetti strutturali della motivazione. - 3. Il problema delle affermazioni colpevoliste nei confronti di soggetti diversi dall'indagato. - 4. Un'interessante questione in tema di utilizzabilità *in bonam partem* di una "prova illecita".

1. *Premessa.* Con l'ordinanza in epigrafe<sup>1</sup>, il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano ha disposto l'archiviazione del procedimento penale, avviato nei confronti del marciatore Alex Schwazer, per il reato di assunzione illecita di sostanze dopanti (art. 9, comma 1, l. 14 dicembre 2000, n. 376 ora art. 586-*bis* c.p.).

---

<sup>1</sup> Per un commento adesivo, cfr. ASCIONE, *Il caso Schwazer. Tra metodo scientifico, prova logica e libero convincimento*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

Pur trattandosi di una vicenda nota, oggetto di grande attenzione da parte non solo dei *media*, ma anche del Parlamento<sup>2</sup>, pare opportuno riassumerne i tratti essenziali.

Nell'estate del 2016, l'atleta è risultato positivo a un esame antidoping, effettuato a sorpresa il 1° gennaio dello stesso anno. Sin dal principio, egli si è proclamato innocente, sostenendo di essere stato vittima di un boicottaggio. Dall'accertamento scientifico sono tuttavia derivati due procedimenti: uno sportivo, che ha portato alla sua squalifica per 8 anni dalle competizioni, in quanto recidivo, e uno penale, conclusosi con l'ordinanza liberatoria *de qua*. A creare un profondo iato tra giustizia ordinaria e quella sportiva è stata, in particolare, una perizia, svolta in incidente probatorio, i cui esiti hanno convinto i magistrati per l'archiviazione. Nondimeno, il pubblico ministero e il g.i.p., sebbene si siano dimostrati concordi circa la necessità di non instaurare un processo avverso l'atleta, hanno interpretato in modi eterogenei il compendio investigativo.

Dal canto suo, la procura ha sostenuto che l'intera vicenda fosse rimasta connotata da «elementi di “opacità”», non ritenendo esservi elementi idonei a considerare dimostrata la tesi della difesa, secondo cui l'analisi antidoping sarebbe stata illecitamente artefatta da terzi, per ragioni di risentimento nei confronti dell'indagato e del suo *staff*. A quest'ultimo riguardo, il pubblico ministero ha, più precisamente, affermato che «anche se taluni dati singolarmente considerati appaiono più che plausibili, la valutazione unitaria della prospettazione si presenta meramente ipotetica e congetturale, in quanto non corroborata da riscontri concreti sul piano fattuale».

Al contrario, il giudice ha sposato appieno la prospettazione difensiva del “complotto” avverso il prevenuto, considerando accertato, sulla base di un ragionamento indiziario, «con alto grado di credibilità razionale che i campioni [...] prelevati [...] [fossero] stati alterati allo scopo di farli risultare positivi e, dunque, di ottenere la squalifica ed il discredito dell'atleta come pure del suo allenatore». A detta del decisore, infatti, tutte le altre ipotesi idonee a spiegare l'evidenza scientifica disponibile (e, in particolare, l'elevato grado di DNA riscontrato nei campioni dell'indagato) sarebbero state, allo stato degli atti, sfornite di un'adeguata conferma probatoria.

Nel giungere a tale conclusione, il giudice altoatesino non si è limitato a criticare la pubblica accusa, responsabile - a suo dire - di aver avanzato un'istanza archiviativa troppo “timida” rispetto alle emergenze istruttorie, ma

---

<sup>2</sup> Desta, invero, non poco stupore osservare che la Camera dei Deputati ha persino approvato il 30 marzo 2021 una *Risoluzione*, 7-00621 Belotti, *Sugli sviluppi recenti della vicenda di Alex Schwazer*.

ha compiuto soprattutto un duro *j'accuse* nei confronti di due vittime del reato, intervenute nel procedimento penale: la *World Anti Doping Agency* (d'ora innanzi WADA) e l'*International Association of Athletics Federations* (IAAF). Più in particolare, a suo dire, alcuni funzionari e consulenti di queste organizzazioni avrebbero commesso, nel corso delle indagini preliminari, plurimi reati di falso e di frode processuale, al fine di ostacolare l'attività ricostruttiva dell'autorità giudiziaria italiana e di evitare in tal modo l'emergere della previa attività manipolativa. Coerentemente con tale impostazione, nel dispositivo dell'ordinanza egli non si è limitato a disporre l'archiviazione «per non aver commesso il fatto» del procedimento penale a carico del marciatore, ma ha rinviato pure gli atti al pubblico ministero, per le sue valutazioni del caso in ordine agli illeciti penali asseritamente perpetuati nell'ambito della regiudicanda.

Non è difficile rendersi conto di come ci si trovi di fronte a una vicenda foriera di problematiche di notevole complessità a livello processual-penalistico.

In questo contributo, ne verranno analizzate in particolare tre.

Anzitutto, ci si soffermerà sulle anomalie, che caratterizzano la struttura argomentativa dell'ordinanza. Come si avrà modo di vedere, quest'ultima presenta la criticità non solo di essere motivata «sulla scorta di parametri decisori tipici della sentenza»<sup>3</sup> dibattimentale, ma soprattutto di contenere al suo interno precise dichiarazioni di colpevolezza, concernenti illeciti penali soggettivamente e oggettivamente diversi da quello su cui il giudice era chiamato funzionalmente a esprimersi.

In ultima analisi, l'ordinanza permetterà di approfondire, da una prospettiva privilegiata, la tematica, da sempre discussa, delle cd. “prove illecite”<sup>4</sup>, la quale

<sup>3</sup> Sono parole di VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale, patologie della prassi e mancanza di controlli*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1034.

<sup>4</sup> Per un inquadramento generale della tematica, si vedano, senza pretesa di completezza, CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019, 45 s.; CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 226 s.; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 91 s.; CORDERO, *Prove illecite*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147 s.; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 62 s.; FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, 2° ed., Torino, 2017, 252 s.; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 202 s.; GRIFANTINI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati, Giuliani, 3° ed., Milano, 2020, 763 s.; LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, Roma, 2013, 58 s.; PERONI, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 923 s.; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 32 s.; SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 176 s.; TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2° ed., Milano, 2014, 109.

ha la peculiarità ulteriore di essersi qui posta con riguardo a dati conoscitivi non a carico, ma favorevoli al prevenuto.

2. *I difetti strutturali della motivazione.* Che il provvedimento in epigrafe presenti una struttura motivazionale peculiare è un dato di immediata evidenza. Non capita, del resto, spesso di osservare un'ordinanza di archiviazione di 87 pagine, tanto più se pronunciata nell'ambito di un procedimento penale monosoggettivo, in cui anche il pubblico ministero era concorde circa la necessità di non esercitare l'azione per motivi di fatto.

A ben vedere, tale dato "quantitativo" trova una spiegazione alla luce di alcune precise scelte di carattere giuridico del g.i.p.; a parere di chi scrive, non condivisibili.

In prima battuta, l'ordinanza *de qua* costituisce un esempio lampante di quelle fenomenologie archiviate distoniche rispetto al dettato codicistico, perché strutturate «a mo' di sentenza» e argomentate «sulla scorta di parametri decisori tipici della medesima», recentemente sottoposte a giusta critica in dottrina<sup>5</sup>.

A un'analisi attenta, ci si renderà, invero, conto di come, nel caso di specie, il giudice non abbia solo costruito lunghe parti della motivazione sulla base di uno schema falsificazionista a induzione eliminativa<sup>6</sup>, tipico delle pronunce dibattimentali, ma abbia impiegato pure locuzioni – quali quelle di «alta credibilità razionale» o di «alto grado di probabilità razionale» – tradizionalmente utilizzate da parte della giurisprudenza per definire il criterio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>7</sup>. In questo modo il decisore ha, nella sostanza, assunto quale parametro di riferimento implicito un tipo di *standard* pensato

---

<sup>5</sup> Ci si riferisce a VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1034, da cui sono tratte le due citazioni testuali precedenti.

<sup>6</sup> In merito a tale concetto, cfr. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, 366 s.; ID., *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. Pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 722 s.

<sup>7</sup> Si veda, in proposito, già Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. pen.*, 2003, 1175, con nota di BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza.* Più di recente, v., *ex multis*, Cass., Sez. III, 14 ottobre 2020, S.F., in *DeJure*; Cass., Sez. IV, 16 settembre 2020, Lala, in *Mass. Uff.*, n. 279535.

per il giudizio<sup>8</sup>, che, secondo l'opinione maggioritaria degli interpreti, non sarebbe, invece, traslabile in materia di archiviazione<sup>9</sup>.

È ben vero che parte della dottrina, facendo leva su quanto affermato dalla Consulta in tema di “completezza delle indagini”<sup>10</sup> nella sentenza n. 115 del 2001<sup>11</sup>, ha prospettato la tesi secondo cui, dopo le modifiche in tema di accesso al giudizio abbreviato, operate dalla l. n. 479 del 1999, il criterio di infondatezza della *notitia criminis* sarebbe indirettamente mutato, aprendosi all'applicazione dell'*in dubio pro reo* nella fase archiviativa<sup>12</sup>. Tuttavia, questa tesi (peraltro neppure menzionata nell'ordinanza in commento) è stata contrastata in modo convincente da vari autori<sup>13</sup>, nonché, alla fine, smentita nei fatti dalla stessa Consulta, la quale, nella sentenza n. 121 del 2009, ha chiarito che, pur dopo la riforma dell'abbreviato, la valutazione sulla formulazione o

<sup>8</sup> A ben vedere, nella pronuncia in esame il criterio del “ragionevole dubbio” viene anche menzionato in modo espresso dal g.i.p., seppur sotto forma di citazione testuale di una pronuncia della Cassazione, la quale tuttavia costituisce la premessa metodologica dell'intero ragionamento del decisore: cfr. pagina 2, nt. 1.

<sup>9</sup> Questa tesi – coerente con il criterio del *favor actionis*, stabilito dalla celeberrima sentenza Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1992, 249 con nota di GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale* – è sostenuta da CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I, Milano, 2008, 66; DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, 2020, 1, 132 s.; ID., *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, 70 s.; DINACCI, *Regole di giudizio (dir. pen. proc.)*, in *Dig. Pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 656 s.; GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1994, 26 s.; ID., *Una norma “in difficoltà di senso”: il nuovo comma I-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di Bargis, Caprioli, Torino, 2007, 343 s.; GREVI, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1293 s.; MARZADURI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, 340; ID., *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 205 s.; VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1034 s.; VICOLI, *La “ragionevole durata” delle indagini*, Torino, 2012, 208.

<sup>10</sup> In merito a tale canone, cfr., oltre allo studio monografico di F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, il recente lavoro di VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in questa *Rivista web*, 2019, 3.

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1073, con nota di LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*.

<sup>12</sup> In questo senso, cfr. CESARI, *Azione ed inazione*, in *Fondamenti di procedura penale*, a cura di Camon, Daniele, Negri, Cesari, Di Bitonto, Paulesu, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 461; CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di Marchetti, Napoli, 2007, 23; ID., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2014, 645; F. SIRACUSANO, *La completezza*, cit., 48.

<sup>13</sup> Ci si riferisce in particolare a GIOSTRA, *Una norma in difficoltà di senso*, cit., 343 s.; MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà*, cit., 202 s.; VICOLI, *La “ragionevole durata”*, cit., 208 s.

meno dell'accusa va svolta «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale»<sup>14</sup>. Vale poi la pena di precisare che una definitiva conferma di come i due *standard* probatori in questione si collochino attualmente su asticelle eterogenee si ricava dal recente disegno governativo di legge delega di riforma del processo penale (d.d.l. C. 2435<sup>15</sup>). Com'è noto, quest'ultimo - pur attraverso una formulazione letterale alquanto maldestra<sup>16</sup> - si propone di rimodulare il parametro per il non esercizio dell'azione penale (art. 125 disp. att. c.p.p.), proprio onde avvicinarlo a quello previsto per l'assoluzione dibattimentale (e nel giudizio abbreviato). È evidente che la volontà legislativa di rendere (maggiormente) omogenee le due regole di giudizio, ne dimostra, *de iure condito*, l'eterogeneità.

A di là di ciò, la pronuncia in commento risulta ulteriormente confliggente rispetto all'archetipo legale in quanto motivata in forma del tutto “diagnostica”<sup>17</sup> e non “prognostica”, come invece richiesto dall'art. 125 disp. att. c.p.p.<sup>18</sup>. In proposito, è opportuno ricordare che la Corte costituzionale ha chiarito che «la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fonda su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere “dinamico”, che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudi-

<sup>14</sup> La citazione è tratta da Corte cost., 20 aprile 2009, n. 121, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>15</sup> Si tratta del disegno di legge, presentato dal Ministro della giustizia (Bonafede) il 13 marzo 2020, Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello. In merito a tale proposta, cfr., tra i molti, CANZIO, *Ancora una riforma del processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 5; DE CARO, *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, *ivi*, 524 s.; GIUNCHEDI, *L'insostenibile conciliabilità tra “smart” process e due process of law (riflessioni minime sul d.d.l. per la riforma del processo penale)*, in questa *Rivista web*, 2020, 1; LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, *ivi*; SPANGHER, *La riforma Bonafede del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 589 s.; TRIGGIANI, *La “Riforma Bonafede” della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 759. Volendo, cfr. anche GIALUZ, DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 145 s.

<sup>16</sup> Sul punto, v. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà*, *cit.*, 207.

<sup>17</sup> Nel provvedimento vi sono anche precisi indici testuali di ciò, come l'impiego dell'espressione «allo stato», in alcuni nodi cruciali della spiegazione (v., ad esempio, le pagine 12 e 15).

<sup>18</sup> Sulla natura “prognostica” di tale canone decisorio, cfr., per tutti, GIOSTRA, *L'archiviazione*, *cit.*, 27.

canda, degli elementi raccolti in fase investigativa»<sup>19</sup>. In altre parole, la *negatoria actionis* deve essere richiesta o autorizzata solo «quando si possa prevedere, sulla base di dati concreti, che l'inadeguatezza, le lacune e le eventuali contraddizioni intrinseche dei risultati raggiunti all'esito delle indagini non potrebbero essere superate»<sup>20</sup> nel giudizio. Ebbene, è proprio una tale prognosi sulla "superfluità" del processo che manca di un'adeguata esplicitazione nell'ordinanza in epigrafe<sup>21</sup>, la quale, del resto, non cita neppure l'art. 125 disp. att. c.p.p.

Pur trattandosi di un difetto argomentativo assai marcato, va riconosciuto che esso non è in alcun modo censurabile sul piano processuale, dal momento che le archiviazioni non sono impugnabili (se non nei ristretti limiti stabiliti dall'art. 410-*bis* c.p.p., comunque qui non conferente). Anche al fine di rimediare a criticità motivazionali di tal tipo, in passato il Progetto Riccio di riforma del codice di rito aveva suggerito al legislatore di ampliare i poteri d'impugnazione nei confronti dell'epilogo decisorio *de quo*, aprendo pure a «verifiche di merito»<sup>22</sup> sull'atto archiviativo<sup>23</sup>. Si trattava di un'idea meritevole di sicura attenzione, specie tenuto conto del fatto che vi sono precise evidenze circa il fatto che la fase di controllo sul non esercizio dell'azione funzioni male. A riprova di ciò, basti pensare che, scorrendo i più recenti dati statistici disponibili, riferiti al quinquennio 2015-2019, ci si rende conto di come siano state emanate in media oltre 1.800.000 archiviazioni all'anno<sup>24</sup> (con riguardo ai registri noti e ignoti), a fronte di un tasso totale di soli 32.906 provvedimenti annui di restituzione degli atti alla pubblica accusa e di ordinanze di imputazione coatta<sup>25</sup> (sommate tra loro). La differenza tra gli ordini di grandezza dei due dati è tale da far sì che la quantità delle fattispecie in cui i g.i.p. hanno resistito alle istanze di non formulazione dell'accusa è risultata inferiore al 2% dei casi in cui, invece, l'istanza di abbandono dell'azione è stata accolta. Que-

<sup>19</sup> La citazione è tratta da Corte cost., 20 aprile 2009, n. 121, cit.

<sup>20</sup> Così, efficacemente, CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, cit., 66.

<sup>21</sup> Al contrario, in certi punti del provvedimento si lascia preconizzare che lo svolgimento di alcuni approfondimenti istruttori scientifici, a detta del decisore impediti dalla ritrosia delle persone offese, avrebbe potuto chiarire meglio il quadro degli avvenimenti.

<sup>22</sup> Cfr. la *Relazione* della Commissione Riccio per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006), in *www.giustizia.it*.

<sup>23</sup> In proposito, cfr. VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1035.

<sup>24</sup> Il numero totale delle archiviazioni (noti e ignoti) è stato più precisamente: 1.789.972 nel 2015; 1.843.620 nel 2016; 1.914.409 nel 2017; 1.808.432 nel 2018; 1.737.403 nel 2019 (elaborazione su dati forniti dal Ministero della giustizia - Direzione generale di statistica).

<sup>25</sup> Il totale di restituzioni atti ai pubblici ministeri e di imputazione coatte è stato: 40.531 nel 2015; 32.729 nel 2016; 32.109 nel 2017; 29.504 nel 2018; 29.659 nel 2019 (elaborazione su dati forniti dal Ministero della giustizia - Direzione generale di statistica).

ste cifre forniscono, insomma, una riprova chiara di come l'eventualità di un rigetto di una richiesta archiviativa sia quantomai rara; con tutto ciò che ne consegue in termini di compressione surrettizia del canone di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. Sicché ne esce confermata l'opinione di chi ha di recente rilevato che, al di là delle declamazioni astratte, «l'azione penale è sostanzialmente arbitraria, altro che obbligatoria»<sup>26</sup>.

Nonostante questi dati, è opportuno osservare che, a differenza del Progetto Riccio, la già menzionata recente iniziativa governativa di legge delega, volta a riformare in senso efficientista il processo penale, non contempla alcuna modifica in tema di rimedi avverso il provvedimento di archiviazione. Alla luce di una tale criticabile lacuna, non si può che auspicare che sia il Parlamento a farsi carico del problema in sede di esame del progetto, dando vita a finestre di giurisdizionalità effettive (anche se operanti in percentuali più ridotte di casi) in tema di controllo sul non esercizio dell'azione<sup>27</sup>.

3. *Il problema delle affermazioni colpevoliste nei confronti di soggetti diversi dall'indagato.* Quelle appena menzionate non costituiscono, tuttavia, le problematiche più complesse che caratterizzano l'ordinanza in esame. L'aspetto di maggiore criticità è costituito dal fatto che essa rappresenta un atto a due facce: in parte liberatorio, nei confronti del prevenuto, e in altra parte, cripto-accusatorio, avverso soggetti terzi, responsabili, a detta del decisore, di alcuni reati.

Sul punto è opportuno chiarirsi. È ben vero che la giurisprudenza ammette in via esegetica, nel silenzio dell'art. 409 c.p.p., che il giudice dell'archiviazione possa chiedere al pubblico ministero di iscrivere nel registro delle *notitiae criminis* persone originariamente non indagate anche in relazione a fatti del tutto nuovi, emersi nell'ambito di un rito penale<sup>28</sup>. Tuttavia, nel caso di specie,

<sup>26</sup> L'icastica espressione è di VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1036. Per un affresco delle elusioni pratiche del canone di obbligatorietà, cfr., di recente, oltre a EAD., *La completezza delle indagini*, cit., 9 e s., anche PALMA, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *questa Rivista web*, 2021, 1, 5 s.

<sup>27</sup> Per delle convincenti proposte sul punto, cfr. ancora VALENTINI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1040 s.

<sup>28</sup> Cfr. sul punto, per tutte, Cass., Sez. un., 22 marzo 2018, Gianforte, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 389, con nota di MINAFRA, *Sul diritto dell'indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordina l'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione*; Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, p.m. in proc. Leka e a., in *questa Rivista web*, 2014, 2, con nota di AVELLA, *I confini soggettivi e oggettivi dell'imputazione coatta*; Cass., Sez. un., 31 maggio 2005,

il decisore sembra aver esorbitato da tale funzione comunicativa e di controllo, volta a tutelare «il sistema dall'inadempimento dell'obbligo di immediata iscrizione del nome dell'indagato, doloso o colposo che sia»<sup>29</sup>. Pur non avendo formulato un'imputazione coatta in senso proprio, il magistrato ha dedicato numerose pagine dell'ordinanza a descrivere una serie di persone come colpevoli di plurimi illeciti penali diversi da quello per cui si procedeva, utilizzando in proposito espressioni molto esplicite. Così, ad esempio, si legge che un esperto di parte si sarebbe macchiato di «una vera e propria frode processuale», per motivi di inimicizia con il perito nominato dal giudice, oppure che un legale avrebbe tenuto un «comportamento gravemente illecito», consistito in varie dichiarazioni affette da falso ideologico, ovvero ancora si parla, senza mezzi termini, di una giustificazione «ideologicamente falsa [...] finalizzata a coprire il reato in precedenza commesso».

Siamo evidentemente di fronte a uno sviamento dei compiti attribuiti al giudice in fase archiviativa che, tuttavia, non sembra di portata tale da determinare l'abnormità del provvedimento (ipotesi che, secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza maggioritaria, si sarebbe, invece, verificata laddove egli avesse formulato una imputazione coatta vera e propria nei confronti di terzi<sup>30</sup>). Si afferma un tanto dal momento che il menzionato difetto funzionale caratterizza la sola parte motiva e delle conclusioni dell'atto, mentre, invece, nel dispositivo in senso stretto il decisore ha fatto uso di poteri – come quello di comunicare al pubblico ministero delle notizie di reato<sup>31</sup> – effettivamente a lui attribuiti, non dando vita pertanto a un provvedimento nel suo complesso totalmente avulso dal sistema giuridico.

Piuttosto, il fatto che il g.i.p. abbia inserito un insieme di propalazioni accusatorie avverso terzi in una pronuncia liberatoria solleva un quesito ulteriore con riguardo alle fonti europee. Ciò, infatti, porta a chiedersi se tale comportamento possa aver violato il cd. “*reputational aspect*”<sup>32</sup> della presunzione d'innocenza di soggetti ancora non sottoposti al procedimento penale. Ci si riferisce, in particolare, a quella componente della regola di trattamento, svi-

---

Minervini, in *Giur. it.*, 2006, 2163, con nota di BELLOCCHI, *Atti abnormi e limiti del sindacato giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione*.

<sup>29</sup> La citazione è tratta da LA REGINA, *Commento all'art. 409 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, 5<sup>a</sup> ed., t. II, Milano, 2017, 1219 s.

<sup>30</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, p.m. in proc. Leka e a., cit.

<sup>31</sup> Sul punto, v. già SPANGHER, *Imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, in *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, coord. da Fumu, Padova, 1991, 151.

<sup>32</sup> Per l'impiego di tale espressione, cfr. CAMPBELL, *Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence*, in *The Modern Law Review*, 2013, 684.

luppata dalla Corte di Strasburgo, a partire dall'art. 6, par. 2, CEDU, che vieta ai giudici di presentare come colpevoli persone accusate di un reato in decisioni diverse da quelle istituzionalmente volte a dichiararne la penale responsabilità<sup>33</sup>. «Un principio fondamentale di civiltà giuridica»<sup>34</sup>, quest'ultimo, che assume rilievo primario anche nell'ambito del diritto dell'Unione europea, essendo oramai codificato all'interno dell'art. 4 e dei considerando n. 16-19 della direttiva 2016/343/UE<sup>35</sup>.

Ebbene, siffatto quesito sembrerebbe a primo acchito dover avere una risposta negativa per una ragione formale, legata al perimetro di operatività soggettivo di tali fonti europee. Se, infatti, è vero che il decisore in alcuni passaggi dell'ordinanza pare aver impiegato un linguaggio non sufficientemente sorvegliato, specie se si tiene conto che la Corte europea compie uno scrutinio più rigido sulle dichiarazioni dei giudici rispetto a quelle dei pubblici ministeri<sup>36</sup>, non si può fare a meno di notare come i destinatari fossero individui ancora privi della qualifica di persona indagata e che, proprio per questa ragione, non parrebbero poter beneficiare, né delle tutele di cui all'art. 6, par. 2, CEDU, né di quelle stabilite dalla direttiva 2016/343/UE. Del resto, entrambe

---

<sup>33</sup> Si vedano, a solo scopo esemplificativo, il *leading case* Corte EDU, 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera, 37, nonché, più di recente, Corte EDU, Sez. IV, 15 ottobre 2013, Gutsanovi c. Bulgaria, 202 s.; Corte EDU, Sez. III, 14 aprile 2009, Didu c. Romania, 41; Corte EDU, Sez. I, 18 dicembre 2008, Nerattini c. Grecia, 23. Per una ricostruzione della giurisprudenza in argomento, v., oltre all'autrice citata alla nota precedente, CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1094 s.; HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>a</sup> ed., Oxford, 2014, 464 s.; JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 7<sup>a</sup> ed., Oxford, 2017, 316 s.; MARZADURI, *Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 182 s.; PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 133 s.; ID., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2009, 166 s.; SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 302 s.; STUMER, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford, Portland, 2010, 90 s.

<sup>34</sup> La citazione testuale è ripresa da MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *questa Rivista web*, 2014, 3, 5.

<sup>35</sup> Si vedano, a questo riguardo, CRAS, ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure*, in *EU CRIM*, 2016, 29; VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 195 s.; nonché, volendo, DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1852 s.

<sup>36</sup> Cfr., in proposito, Corte EDU, Sez. I, 11 gennaio 2018, Małek c. Polonia, 22; Corte EDU, Sez. I, 21 settembre 2006, Pandý c. Belgio, 43.

tali fonti assicurano la presunzione d'innocenza solo a persone accusate<sup>37</sup> o indagate<sup>38</sup>; di modo che soggetti neppure iscritti nel registro delle notizie di reato, come quelli del caso di specie, sembrerebbero estranei al loro ambito di applicazione. Pertanto, in quest'ottica il giudice non avrebbe potuto comprimere un diritto fondamentale di cui i funzionari della WADA e della IAAF non erano soggettivamente (ancora) titolari.

Una conferma di questa tesi potrebbe ricavarsi, quantomeno per quanto concerne la CEDU, da un filone giurisprudenziale della Corte di Strasburgo. In alcune sentenze, infatti, i giudici europei hanno chiarito che l'art. 6, par. 2 si applica «*only when a criminal accusation is pending. Where no such proceedings are, or have been in existence, statements attributing criminal or other reprehensible conduct may, nevertheless, be relevant to considerations of protection against defamation [...] and raising potential issues under Articles 8 [...] of the Convention*»<sup>39</sup>. Stando così le cose, nel caso in cui un'autorità pubblica facesse delle dichiarazioni accusatorie nei confronti di un soggetto non indagato, quest'ultimo potrebbe al massimo censurare tale comportamento dalla prospettiva della tutela della reputazione individuale, salvaguardata a livello convenzionale dall'art. 8 CEDU, ma non in quella dell'art. 6, par. 2, CEDU.

Non sfuggirà come si tratti di argomenti assai simili a quelli impiegati dalla Consulta, allorché ha escluso, sin dagli anni Sessanta, l'applicabilità del canone di cui all'art. 27, comma 2, Cost. alle misure di prevenzione, proprio perché quest'ultime «non s[arebbero] connesse a responsabilità penali del soggetto, né si fond[erebbero] sulla colpevolezza, che è elemento proprio del reato»<sup>40</sup>.

Nondimeno, proprio questa analogia porta alla mente le convincenti obiezioni di matrice “sostanziale” che autorevole dottrina ha da sempre posto nei confronti di un'esegesi formalistica dell'ambito di operatività soggettivo della

<sup>37</sup> Cfr., per quanto riguarda l'ambito di operatività dell'art. 6, par. 2, CEDU, HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 460.

<sup>38</sup> Si vedano il considerando n. 12 e l'art. 2 della direttiva 2016/343/UE.

<sup>39</sup> La citazione è tratta da Corte EDU, Sez. I, 11 gennaio 2018, Sharxhi e altri c. Albania, 178. Cfr. anche, tra le molte, Corte EDU, Sez. III, 14 gennaio 2020, Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia (No. 2), 543; Corte EDU, Sez. I, 21 ottobre 2010, Gaforov c. Russia, 206; Corte EDU, Sez. III, 27 novembre 2003, Zollmann c. Regno Unito, 1.

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost., 23 marzo 1964, n. 23, in *www.cortecostituzionale.it* (in argomento, cfr. di recente DOLSO, *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista web*, 2017, 3, 27 s.). Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. I, 12 ottobre 1983, Greco, in *Cass. pen.*, 1985, 754.

presunzione d'innocenza<sup>41</sup>. Secondo una lettura garantista, infatti, «se [...] è da considerarsi “non colpevole” l'imputato, *a fortiori* [sarebbe] da considerare tale anche il cittadino che non rivesta una qualità siffatta»<sup>42</sup>. Pertanto, in questa prospettiva il discrimine per valutare se o meno un soggetto sia titolare della presunzione non starebbe tanto nel profilo “formale” dell'avvio di un procedimento penale in senso stretto, quanto piuttosto nel fatto che un individuo sia sostanzialmente trattato come un colpevole dall'autorità, prima di essere condannato. In altri termini, il canone *de quo* sarebbe «leso ogni volta che un soggetto [fosse] sottoposto a sanzione senza un previo, regolare e definitivo accertamento penale», pur laddove si trattasse di individuo «attualmente non (o non ancora coinvolt[o]) in procedimenti penali»<sup>43</sup>.

Non è difficile rendersi conto di come questi argomenti abbiano un pregio indiscutibile: incrementare il livello di effettività di una garanzia fondamentale dell'uomo, salvaguardandola da “frodi delle etichette” da parte di rappresentanti dello Stato, altrimenti perpetuabili.

Stando così le cose, sembra preferibile fornire una risposta diversa, di matrice sostanziale, al quesito di fondo posto in precedenza. È ben vero che i soggetti nei cui confronti il decisore ha rivolto le dichiarazioni cripto-accusatorie non erano ancora indagati; tuttavia quest'ultimi sono stati destinatari di propalazioni tali «da ingenerare nella collettività anticipati giudizi colpevolisti»<sup>44</sup>, vedendo così infranta, al di là dei formalismi, la componente extraprocessuale della loro presunzione d'innocenza. Ciò che conta, infatti, è che agli occhi della società (e, ovviamente, anche dei futuri magistrati che si occuperanno delle nuove reg Giudicande) una decisione giudiziaria abbia “rispecchiato l'idea” – per dirlo con le parole della direttiva 2016/343/UE – che essi siano responsabili di illeciti penali, subendo lo stesso effetto negativo che avrebbero patito se fossero stati formalmente accusati in quel momento. Il che risulta tanto più problematico alla luce della forte carica mediatica della vicenda, che avrebbe richiesto, invece, un estremo *self-restraint*, onde evitare lo svilupparsi di quel

---

<sup>41</sup> Per una recente trattazione della tematica, cfr. ORLANDI, *Procedimento di prevenzione e presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2019, 964 s. In argomento, cfr. anche le classiche considerazioni di BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 229; ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 88; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 202 s.; ID., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 9.

<sup>42</sup> La citazione è tratta da BARBERA, *I principi costituzionali*, cit., 229.

<sup>43</sup> Così, efficacemente, ORLANDI, *Procedimento di prevenzione*, cit., 964, da cui è tratta pure la citazione precedente.

<sup>44</sup> Cfr. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 160.

fenomeno patologico di “gogna collettiva”, decisamente troppo diffuso nel nostro Paese<sup>45</sup>.

Ma vi è di più. A questo proposito, va anche ricordato che nella variegata giurisprudenza di Strasburgo si ritrovano pure orientamenti forieri di esegesi late dell’ambito di applicazione dell’art. 6, par. 2, CEDU, volte a rendere tale garanzia maggiore «*practical and effective*»<sup>46</sup>. Così, ad esempio, una serie di pronunce ha ritenuto operante siffatta previsione, tanto nei confronti di individui sottoposti a procedimenti susseguenti<sup>47</sup>, quanto paralleli<sup>48</sup>, a quello penale, purché vi sia un legame stringente fra le regiodicande. Inoltre, non va trascurato che in alcune fattispecie i giudici europei si sono spinti ancora più in là, sembrando aver aperto alla possibilità di sindacare (*ex post*) comportamenti dell’autorità lesivi della presunzione d’innocenza, avvenuti in fasi antecedenti all’instaurazione formale di un procedimento criminale, laddove il soggetto che avanzi la censura sia poi effettivamente stato accusato del reato oggetto delle premature propalazioni colpevoliste<sup>49</sup>.

Se un tanto è vero, va notato che il caso di specie manifesta peculiarità tali da portare a una soluzione estensiva, analoga a quella da ultimo citata. Difatti, il provvedimento in epigrafe racchiude, per un verso, nelle conclusioni quelli che – quanto meno a livello letterale – sono qualificabili come cripto-addebiti, soggettivamente e oggettivamente determinati, e, per un altro, nel dispositivo un invito al magistrato requirente a prendere le sue determinazioni con riguardo agli stessi. Di modo che, di fronte a indicazioni tanto nette e circostanziate, il pubblico ministero non avrà potuto far altro che iscrivere una serie di notizie di reato avverso i destinatari delle stesse, assumendo pertanto quest’ultimi anche in modo formale la qualifica di persone sottoposte alle indagini. Ebbene, proprio il *mix* di tali elementi porta a far ritenere che l’ordinanza si sia spinta nel suo complesso tanto in là da trasformare, fin dalla

<sup>45</sup> In argomento, cfr., per tutti, AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 125 s.; GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, *passim*; TRIGGIANI, *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012, *passim*.

<sup>46</sup> In proposito, v., ad esempio, Corte EDU, GC, 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito, 92.

<sup>47</sup> Cfr. ancora, Corte EDU, GC, 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito, 95 s.

<sup>48</sup> Si vedano, ad esempio, Corte EDU, Sez. I, 15 gennaio 2015, Eshonkulov c. Russia, 74 s.; Corte EDU, Sez. V, 27 febbraio 2014, Karaman c. Germania, 40 s.

<sup>49</sup> A questo riguardo, v. Corte EDU, Sez. I, 19 maggio 2005, Diamantides c. Grecia (n. 2), 35, ove si afferma che «*la Cour note que l'article 6 § 2 de la Convention s'applique lorsque les actes incriminés par les autorités publiques surviennent avant même l'inculpation du requérant*» e, soprattutto, Corte EDU, Sez. IV, 18 gennaio 2011, Mustafa (Abu Hamza) (No. 1), 41. Per un cenno in proposito, v. HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., 460, nt. 887, i quali affermano che «*it may be that pre-charge statements that bear upon the innocence of a person once charged are subject to Article 6 (2)*».

sua emanazione, coloro che hanno subito le affermazioni colpevoliste in individui “sostanzialmente” accusati, divenendo pertanto essi da subito titolari delle garanzie (ingiustamente compresse), ricavabili dall’art. 6, par. 2, CEDU (e dalla direttiva 2016/343/UE).

Anche da questa prospettiva è, insomma, un’esegesi frutto degli insegnamenti della migliore dottrina, ispirata alla “massima espansione della presunzione d’innocenza”<sup>50</sup>, a costituire un valido argomento a favore dell’operatività del canone in questione pure nei confronti di soggetti “sostanzialmente” accusati di un reato. D’altra parte, solo in questo modo è possibile evitare che si verifichi il paradosso per cui individui neppure formalmente indagati possano essere posti in una posizione deteriore rispetto ai prevenuti, pur subendo una compressione analoga di quella garanzia che risulta «davvero il cuore della procedura penale»<sup>51</sup>; ovvero sia il principio per cui soltanto a seguito di un accertamento finale di responsabilità, i rappresentanti dello Stato sono autorizzati a trattare (in ogni senso) un soggetto come responsabile di un reato.

4. *Un’interessante questione in tema di utilizzabilità in bonam partem di una “prova illecita”.* Una delle questioni processuali di maggiore rilievo affrontate nell’ordinanza in esame è quella, da sempre oggetto di un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, delle cd. “prove illecite”; locuzione quest’ultima da intendersi qui riferita agli elementi probatori che risultino «format[i] o raccolto[i] dalla pubblica autorità o da privati con un’azione vietata da una norma penale»<sup>52</sup>. Tale problematica è sorta, nel caso di specie, in merito a una serie di messaggi di posta elettronica, sottratti a seguito di un attacco *hacker* dai server della IAAF, di cui ci si è chiesti se la provenienza illegale ne comportasse l’inutilizzabilità.

In via introduttiva, giova ricordare come la *querelle* generale intorno alla possibilità di impiegare o meno all’interno del rito criminale «risultanze probatorie acquisite da comportamenti penalmente sanzionati affondi le sue radici sul terreno [...] del codice di rito penale del 1930»: in tale sistema processuale, «l’assenza di un sistema di tutele affidato a regole di esclusione probatoria

---

<sup>50</sup> Ci si riferisce al pionieristico lavoro di ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, cit., 28, ove è contenuta l’affermazione per cui «è più corretto – anche sul piano politico – dare la massima espansione al principio, utilizzandone, in via interpretativa, ogni potenzialità».

<sup>51</sup> La citazione è tratta da NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 39.

<sup>52</sup> Cfr. GRIFANTINI, *Commento all’art. 191 c.p.p.*, cit., 763.

aveva indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a forgiare categorie *extra ordinem*<sup>53</sup>, quali, per l'appunto, proprio quella della "prova illecita". Con l'adozione del codice Vassalli, il tema, al posto di esaurirsi, si è perpetuato. L'ambiguità linguistica della locuzione «divieti stabiliti dalla legge», di cui all'art. 191, comma 1, c.p.p., ha, invero, diviso gli interpreti. Per un verso, la dottrina maggioritaria - facendo leva in particolare su argomenti di portata testuale (quale la presenza del termine "acquisite"<sup>54</sup> nella norma), nonché sistematica (tra cui, ad esempio, il fatto che l'art. 606, comma 1, lett. c, c.p.p., menzioni, tra i motivi di ricorso, la sola inosservanza di norme processuali stabilite a pena di inutilizzabilità) - ritiene che soltanto il mancato rispetto della legge processuale penale sia idoneo a dar vita all'inutilizzabilità<sup>55</sup>. Per altro verso, alcuni autori hanno, invece, continuato a sostenere un'interpretazione estensiva, per cui, non specificando testualmente il codice «quale legge debba essere portatrice del divieto», quest'ultimo potrebbe «essere ricercato nei diversi rami dell'ordinamento giuridico»<sup>56</sup> e, pertanto, anche tra le fattispecie incriminatrici<sup>57</sup>. Vale la pena di ricordare che, per parte sua, la Cassazione in alcune sentenze - rese anche a sezioni unite<sup>58</sup> - ha aderito alla tesi dell'inutilizzabilità delle "prove assunte illecitamente", arrivando ad affermare che l'ampia dizione letterale dell'art. 191, comma 1, c.p.p. consen-

<sup>53</sup> Le due citazioni testuali sono riprese da PERONI, *Prova illegittima e prova illecita*, cit., 923, a cui si rinvia anche per i dovuti riferimenti dottrinali alla letteratura del tempo.

<sup>54</sup> Come ricorda DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 4, nt. 2 «l'«acquisizione» è l'operazione tecnica con cui un elemento conoscitivo assume il rango di elemento di prova sul quale il giudice può fondare la decisione».

<sup>55</sup> In questo senso, cfr. BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 255 s.; CABIALE, *I limiti alla prova*, cit., 45; CAMON, *Le prove*, in *Fondamenti di procedura penale*, cit., 303; CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., 236; CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 638 s.; GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 72 s.; EAD., *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 202 s.; IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 198 s.; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 524; PERONI, *Prova illegittima e prova illecita*, cit., 924; SCELLA, *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I, Milano, 2008, 490 s. ID., *Prove penali*, cit., 176 s.; TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 109.

<sup>56</sup> La citazione testuale è ripresa da DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 63.

<sup>57</sup> In questo senso cfr., oltre all'Autore citato alla nota precedente, LA ROCCA, *Le regole di esclusione*, cit., 59; NOBILI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 412 s.; ID., *La nuova procedura penale*, cit., 157; PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità*, cit., 172; D. SIRACUSANO, *Prova (nel nuovo codice di procedura penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, 9; D. SIRACUSANO, F. SIRACUSANO, *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara, Patanè, F. Siracusano, Milano, 2018, 275 s.

<sup>58</sup> Il riferimento va a Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276 s., nonché a Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, *ivi*, 2004, 29. Tra le pronunce delle sezioni semplici, cfr., in particolare, Cass., Sez. V, 30 maggio 2014, C.G., *ivi*, 2015, 1547.

tirebbe di superare «l'antica tesi che si basava su di una sorta di "autonomia" del diritto processuale penale in relazione ai vizi della prova, che quindi po[trebbero] trovare la loro fonte in tutto il *corpus* normativo a livello di legge ordinaria o superiore»<sup>59</sup>.

Come accennato, nella fattispecie concreta, la problematica, già complessa, appena descritta ha presentato l'ulteriore peculiarità di porsi con riguardo a elementi istruttori, il cui contenuto era (anche se solo latamente) favorevole all'indagato. Di conseguenza, essa si è qui legata a doppio filo con la questione della derogabilità o meno *in bonam partem* dell'inutilizzabilità. Un tema, quest'ultimo, a sua volta controverso<sup>60</sup>: non è un mistero che la dottrina maggioritaria risolve tradizionalmente in modo negativo tale quesito, ritenendo che la sanzione processuale in esame valga, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, tanto per le evidenze *contra reum*, quanto per quelle a discarico<sup>61</sup>; mentre un filone piuttosto nutrito di sentenze della suprema Corte afferma che «un elemento di giudizio favorevole alla difesa»<sup>62</sup> non potrebbe essere tralasciato dal giudice.

Ebbene, converrà a questo punto osservare come nella fattispecie in esame il pubblico ministero e il giudice abbiano risolto in modi eterogenei questo complesso *mix* di questioni probatorie.

Dal canto suo, nella richiesta di archiviazione, la procura ha aderito all'eccezione di una delle persone offese, circa l'inutilizzabilità delle e-mail captate illecitamente. Nel fare ciò, ha richiamato in particolare quell'indirizzo della Cassazione, che ha sostenuto la tesi dell'invalidità probatoria delle prove acquisite in violazione della norma penale di cui all'art. 615-*bis* c.p.<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> La citazione è ripresa da Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit., 29. Negli stessi termini, cfr. Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, G.P., in *Mass. Uff.*, n. 258908; Cass., Sez. I, 3 marzo 2005, Baldassarre e a., *ivi*, n. 231571.

<sup>60</sup> Per un'efficace descrizione della *querelle*, GRIFANTINI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, cit., 769 s.

<sup>61</sup> In questo senso, v., tra i tanti, CABIALE, *I limiti alla prova*, cit., 73 s.; CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1797 s.; CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 893; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 77; ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 526. *Contra*, però, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 33 s., nonché, facendo leva su esigenze di giustizia sostanziale, CORDERO, *Prove illecite*, cit., 171 e LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 13<sup>a</sup> ed., Torino, 2018, 195.

<sup>62</sup> Si vedano, tra le molte, Cass., Sez. II, 16 novembre 2018, L.G. e a., in *DeJure*; Cass., Sez. II, 17 gennaio 2018, Z.G., in *Mass. Uff.*, n. 272894; Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2017, G.A. e a., *ivi*, n. 271974; Cass., Sez. III, 24 settembre 2015, C.S. e a., *ivi*, n. 266792; Cass., Sez. II, 15 dicembre 2010, M.B.F., in *DeJure*.

<sup>63</sup> Il riferimento va alla già citata Cass., Sez. V, 30 maggio 2014, C.G., cit., 1547.

Al contrario, il decisore, facendo leva, soprattutto, sulla tesi della natura esclusivamente *contra reum* dell'inutilizzabilità, ha ritenuto pienamente valide le e-mail.

Ebbene, l'argomento cardine impiegato dal g.i.p. a questo riguardo non convince. Difatti, a un'analisi attenta ci si renderà conto di come l'indirizzo esegetico per cui la sanzione dell'inutilizzabilità non varrebbe per le prove a discarico non pare condivisibile, in quanto privo «di solide fondamenta»<sup>64</sup>. Come affermato da tempo da autorevole dottrina, «la costruzione in senso generico dell'inutilizzabilità (art. 191 comma 1 c.p.p.) non può [...] far presupporre una rilevanza *in bonam partem* della prova che andrebbe estromessa»<sup>65</sup>; «tanto più che, laddove il legislatore ha ritenuto opportuno conservare eventuali informazioni favorevoli alla posizione difensiva, l'ha espressamente chiarito, apponendo [...] un criterio di valutazione»<sup>66</sup> in luogo di una regola di esclusione. Sono, insomma, ragioni di ordine testuale - rese particolarmente solide dal fatto che la materia delle sanzioni processuali è dominata dal canone di tassatività - a costituire un serio ostacolo alla tesi della legittimità dell'uso favorevole di prove inutilizzabili.

Bisogna, inoltre, precisare che nel caso di specie non si trattava neppure di una prova da cui era emersa la piena innocenza dell'indagato, essendo la stessa solo indirettamente a lui favorevole, dal momento che risultava utile a valutare il comportamento di soggetti legati alle persone offese. Di talché, neppure quelle esigenze di «giustizia sostanziale» - che hanno storicamente portato autorevole dottrina ad affermare che «l'accertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli della procedura»<sup>67</sup> - sembrano in grado di giustificare nel caso *de quo* una forzatura della lettera del dettato normativo.

Ma vi è di più. Giunti a questo punto non si può fare a meno di rilevare un'ulteriore problematica, che pare caratterizzare la pronuncia in esame. Ci si riferisce al fatto che il giudice non ha affrontato il quesito circa l'applicabilità al caso di specie dell'ipotesi di inutilizzabilità speciale di cui all'art. 240, comma 2, c.p.p. in tema di «spionaggio» e di «dossieraggio»<sup>68</sup>. Difatti,

<sup>64</sup> La citazione è tratta da CABIALE, *I limiti alla prova*, cit., 73.

<sup>65</sup> Cfr. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 77. V. anche, in termini, ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 526.

<sup>66</sup> Così, CABIALE, *I limiti alla prova*, cit., 73 s.

<sup>67</sup> La citazione è di CORDERO, *Prove illecite*, cit., 171.

<sup>68</sup> Per un'analisi di tale complessa disciplina, cfr. CARNEVALE, *Commento all'art. 240 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 1017 s.; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità*, cit., 94 s.; CESARI, *Su capitazioni e dossier illeciti, un intervento non risolutivo*, in *Giur. cost.*,

il comportamento di un'intrusione clandestina di *hacker* in un sistema telematico, teso a captare il contenuto riservato di comunicazioni svolte mediante posta elettronica potrebbe idealmente proprio rientrare in quella categoria di documenti «concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico [...] telematico, illegalmente formati o acquisiti», disciplinata da tale norma. D'altra parte, la *ratio* per cui il legislatore ha dato vita a siffatta previsione è proprio quella di far fronte alla «scoperta di numerosi casi di violazioni di sistemi informatici di enti [...] per effetto di intromissioni da parte di estranei»<sup>69</sup>, ovverosia un'evenienza analoga a quella in esame. È ben vero che l'attività di captazione illegale pare nel caso di specie essere avvenuta all'estero e che il contenuto delle e-mail era stato in precedenza divulgato su internet, ma la lettera dell'art. 240 c.p.p. non consente di distinguere in merito al luogo di consumazione del comportamento criminale<sup>70</sup>, né stabilisce la non operatività del divieto probatorio laddove il materiale illecitamente raccolto sia stato in tutto o in parte già diffuso abusivamente<sup>71</sup>. È chiaro che, nel caso in cui si ritenesse operante l'art. 240, comma 2, c.p.p., la conclusione sarebbe obbligata: il decisore non avrebbe dovuto utilizzare il materiale captato in modo illegale; e ciò non sulla base della vetusta (e divisiva) teoria delle “prove illecite”, quanto piuttosto in ossequio alla ben più solida disciplina rafforzata, posta dal legislatore in materia di documenti illegali.

---

2009, 3537; CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 195 s.; EAD., *Le intercettazioni “illegali”: lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?*, *ivi*, 2007, 158 s.; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già “vecchia”*, *ivi*, 152 s.; GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato: dai ripensamenti del legislatore alle prime risposte della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2008, 1302; PINNA, *Raccolta illecita di informazioni riservate: le dinamiche dell'accertamento tra distruzione e archiviazione dei corpi di reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 419 s.; TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 403 s.

<sup>69</sup> Cfr. FOCARDI, *Commento all'art. 240 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, 5<sup>a</sup> ed., t. I, Milano, 2017, 2397.

<sup>70</sup> Per alcuni esempi concreti, cfr. Cass., Sez. III, 17 aprile 2013, G.A., in *Mass. Uff.*, n. 255903; Trib. Pinerolo, 4 ottobre 2011, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 723, con nota di DELL'ANNO, *Violazione della privacy e inutilizzabilità delle acquisizioni presupposti e limiti*.

<sup>71</sup> Impiegare nel procedimento informazioni di questo porterebbe, infatti, a uno svuotamento di parte della *ratio* della norma, dal momento che lo Stato si troverebbe a utilizzare evidenze ottenute (da terzi), ledendo indebitamente la «sfera più intima ed inviolabile dell'individuo» (cfr. TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 404). Del resto, laddove al legislatore fosse interessata la sola non conoscibilità da parte del pubblico delle informazioni in questione si sarebbe limitato a ordinare di non divulgarle e di distruggerle; il fatto che, invece, se ne sia pure specificata l'inutilizzabilità significa che i *conditores* hanno inteso perseguire anche un proposito ulteriore: impedire, in ogni caso, all'autorità di «rovistare in tali pattumiere informative, pur sapendo di potervi rinvenire elementi utili per il perseguimento di finalità istituzionali (soprattutto, accertamento e repressione di reati)» (la citazione è tratta da GIOSTRA, *Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*, in *Cass. pen.*, 2006, 3493).

ARCHIVIO PENALE 2021, n. 2

**JACOPO DELLA TORRE**