

## PROGETTO DI RICERCA

### I DIVIETI PROBATORI NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA

Il campo del mio progetto di ricerca riguarda le recenti evoluzioni della dottrina e della giurisprudenza tedesche in tema di divieti probatori. L'interesse per la tematica è dovuta, in particolare, ad uno studio di K. Rogall proprio sul tema dei divieti probatori, pubblicato in occasione di un convegno viennese della seconda metà degli anni '90. A quel periodo è fermo il mio aggiornamento sul tema specifico.

In quella occasione, il prof. Rogall aveva esposto ampiamente la sua teoria dell'errore rilevante (*normative Fehlerfolgenlehre*) – come specificazione della teoria del bilanciamento (*Abwägungslehre*) - che, nella sua logica, dovrebbe regolare i rapporti fra la violazione di un divieto di acquisizione della prova e il conseguente divieto di utilizzazione. Tale dottrina muove dalla premessa che la questione, se la violazione del diritto processuale comporti l'inutilizzabilità della prova, ha carattere normativo e va risolta tenendo conto della gravità degli errori nonché della meritevolezza e del bisogno di tutela sia degli interessi violati sia dei prevalenti interessi di repressione penale. In questo aspetto si allinea perfettamente alle riflessioni di Beling il quale, già nei primi anni del '900, notava come il problema del bilanciamento, lungi dal rappresentare un problema solo del diritto costituzionale, entra fin dentro le aule di tribunale. È a questa idea di Beling, pertanto, che si ispirano le teorie che propongono una graduazione degli effetti dei divieti di prova.

Ma, se i divieti di utilizzazione operano soltanto quando l'errore processuale è "rilevante", a quali parametri si deve commisurare la "rilevanza" dell'errore da cui poi dedurre che un divieto di utilizzazione non opera anche se un divieto di acquisizione è stato violato? La dottrina tedesca, fino agli anni '90 del secolo scorso, faceva riferimento alla gravità dell'inosservanza del divieto di acquisizione, determinato dalla distanza che separa l'atto concretamente compiuto dal modello legale per esso previsto. Ad esempio, le norme che mirano a tutelare gli interessi dell'imputato o delle parti private devono prevalere sulle norme che tutelano semplici interessi processuali. Qui entra in gioco, necessariamente, il rango dell'interesse tutelato. Ciò significa che se l'interesse viene solo messo in pericolo ma non concretamente violato, il divieto di utilizzazione non può operare; altrimenti si corre il rischio di sottrarre al processo un

numero troppo grande di conoscenze, anche nel caso in cui la violazione sia innocua. Ad esempio: un agente di polizia omette di avvisare l'indagato della facoltà di non rispondere, ma quest'ultimo, pluripregiudicato, conosce talmente bene i suoi diritti che comunque non risponde alle domande.

Ma se le cose stanno così c'è bisogno di una teoria in grado di fornire criteri giuridici atti a risolvere in concreto l'alternativa fra inutilizzabilità ed utilizzabilità. I presupposti di tali criteri devono essere fissati attraverso un procedimento di sintesi normativa (*Verfahren der Rechtsgewinnung*) che sappia valutare le circostanze materiali e temporali dell'inosservanza nonché le conseguenze della stessa nell'ambito dell'attività processuale. Ma quando scatta, quindi, il divieto di utilizzazione? Secondo Rogall, ad esempio, ogni qual volta l'errore processuale è tale da pregiudicare la legittima aspettativa ad un processo penale orientato ai principi dello Stato di diritto. Questo criterio, a mio avviso, è troppo vago nonché sprovvisto di sicuri appigli normativi o costituzionali, poiché stabilire se un certo principio fa parte dei principi dello Stato di diritto è possibile solo in seguito ad un'opera di interpretazione. Inoltre, all'interno dei principi propri dello Stato di diritto convivono una serie di principi fra loro in contrasto: ad esempio, la repressione dei reati e il diritto di difesa dell'imputato o la presunzione di innocenza. Si ha l'impressione, quindi, che questo criterio dell'errore rilevante – fondato su un bilanciamento di interessi – si possa risolvere solo mediante un altro bilanciamento di interessi; il ragionamento, pertanto, è circolare e non risolutivo (questa critica vale anche se si considera rilevante l'errore che incide sul giusto processo penale: anche qui convivono principi ed interessi fra loro in contrasto, come, ad esempio, la ragionevole durata del processo e il diritto di difesa dell'imputato).

Secondo la dottrina tedesca sopra citata, l'errore sarebbe rilevante – e quindi il divieto di utilizzazione non opererebbe –, inoltre, in caso di prova favorevole all'imputato. In linea di principio si può concordare con questa affermazione, ma con qualche precisazione. Questo è lo stesso argomento che adopera la giurisprudenza italiana per giustificare la possibilità che il giudice del dibattimento ammetta prove d'ufficio. Bisogna dire, però, che questo argomento è rischioso e subdolo, in quanto nel nostro ordinamento, l'onere della prova grava sul pubblico ministero: questo significa che l'imputato non deve necessariamente portare prove della sua innocenza. L'assenza di prove, in questo contesto, equivale ad assoluzione: non c'è scenario più favorevole di questo per l'imputato.

Sempre per la dottrina tedesca citata, il divieto di utilizzazione va negato quando la parte presta il consenso all'utilizzazione della prova. Sul punto si può concordare, ma con qualche precisazione. Credo che questa tesi finisca per aderire alla teoria della disponibilità del patrimonio conoscitivo (*Lehre vom informationelle Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruch*) che proprio Rogall riteneva inammissibile all'interno di un processo che tutela diritti indisponibili. Qui il problema è interamente normativo e riguarda i limiti che la legge conferisce al consenso della parte in tema di prova. In Italia, ad esempio, le parti possono concordare l'acquisizione in dibattimento di prove solo sulla base del loro consenso; il che sembra dare al processo un'impronta soggettivistica nella tutela del contraddittorio per la prova. Ma poi l'art. 507 comma 1-bis c.p.p. stabilisce che il giudice, nella sua decisione, non è vincolato agli accordi probatori fra le parti; il che, al contrario, sembra dare al processo un'impronta oggettivistica nella tutela del contraddittorio per la prova.

Secondo la stessa dottrina tedesca, inoltre, il divieto di utilizzazione non opera quando la violazione è stata sanzionata in altri modi. Ad esempio, se la violazione commessa dagli agenti di polizia giudiziaria è stata punita con sanzioni penali o disciplinari, allora non è necessario che operi anche la violazione processuale di inutilizzabilità della prova. Il ragionamento è lo stesso seguito dalla giurisprudenza italiana in tema di sequestro conseguente ad una perquisizione illegittima. Secondo la giurisprudenza italiana, in questo caso l'agente di polizia deve essere sanzionato penalmente e sul piano disciplinare, ma la prova ottenuta va conservata. Il ragionamento, a mio avviso, è contraddittorio perché mette in relazione due entità non omogenee: la sanzione penale e disciplinare colpisce i soggetti; la sanzione processuale colpisce gli atti del processo. Ma noi stiamo cercando di capire, invece, proprio il modo più corretto di tutelare le violazioni degli atti processuali: la risposta, quindi, appare non pertinente. Ci si potrebbe chiedere, allora, a che serviva il divieto di acquisizione processuale se poi si ammette che la prova possa essere utilizzata nel processo? Riprendendo il celeberrimo esempio delle caramelle (*Candy Beispiel*): padre e figlio entrano in un negozio e il figlio ruba delle caramelle. Il padre gli dice che ciò che ha fatto è sbagliato ma, invece di restituirle al proprietario del negozio, decide di mangiarle. Ora, anche se figlio e padre venissero arrestati per il furto, ciò non riporterebbe alla luce le caramelle, che ormai sono state mangiate. Questa forma di sanzione, semmai, può valere per evitare comportamenti futuri, ma non ha nessuna utilità per il processo in corso.

Questi criteri, quindi, non sembrano idonei a risolvere l'alternativa fra utilizzazione e non utilizzazione di una prova ottenuta violando un divieto di acquisizione. E non si trovano soluzioni chiare neanche nella giurisprudenza tedesca che si è occupata del problema sul finire degli anni '90 del secolo scorso. D'altronde, la giurisprudenza – lo sostiene Rogall - è incline a risolvere il problema dei divieti di utilizzazione utilizzando un approccio casistico, in base alla premessa per cui i confini del divieto di utilizzazione non sono fissati una volta per tutte, ma si atteggiavano diversamente sia in ragione del fatto da accertare sia del tipo di divieto. Il Bundesgerichtshof, ad esempio, fa riferimento alla violazione di norma processuale, nonché all'impatto della stessa con la sfera giuridica dell'interessato; si considera da un lato che la verità non va perseguita ad ogni costo e dall'altro che i divieti di utilizzazione possono ostacolare una ricerca della verità che è la stessa Costituzione ad imporre. Il divieto di utilizzazione deve perciò rappresentare un'eccezione tollerabile solo in speciali e specifici casi. È questo il motivo della propensione all'approccio casistico della giurisprudenza tedesca.

Per risolvere il problema è, dunque, necessario affrontare uno studio non solo della dottrina tedesca più recente, ma anche dei recenti sviluppi giurisprudenziali che riguardano il tema dei divieti probatori. D'altronde, come ammetteva lo stesso Rogall, la dottrina dell'errore rilevante necessitava, al tempo in cui era stata formulata, di ulteriori precisazioni e approfondimenti.

Da questo punto di vista, la comparazione tra il sistema processuale italiano e quello tedesco è molto opportuna, perché entrambi i sistemi sono di fatto orientati verso il principio di ricerca della verità e non conoscono, come i sistemi di common law, la separazione tra il giudice che ammette le prove e il giudice che emette la sentenza. Questo porta la dottrina dei due paesi a confrontarsi spesso con gli identici problemi e rende, quindi, utile la comparazione. Ad esempio, la necessità della graduazione dei divieti probatori, già avanzata dal Beling, è un'esigenza molto sentita soprattutto dalla giurisprudenza italiana. Tuttavia, la concreta attuazione di questo principio ha portato ad un declassamento della categoria italiana della "inutilizzabilità" [da lasciare in italiano] che, secondo il nostro codice, non è soggetta a limiti di rilevazione né a sanatorie. Eppure in molte sentenze si legge che la parte interessata ha l'onere di dedurre il vizio nel momento in cui questo si verifica, altrimenti il vizio stesso viene sanato. Quindi, la giurisprudenza italiana, incerta nell'utilizzo di questa nuova sanzione processuale, ha applicato alle prove i vecchi schemi delle nullità degli atti, trattando l' "inutilizzabilità"

come una semplice nullità; proprio quei vecchi schemi che risultavano inadeguati alla protezione degli interessi sottesi al diritto probatorio.

La mia intenzione, quindi, è quella di studiare i più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali maturati nell'esperienza tedesca al fine di formulare una teoria dei divieti probatori che possa attagliarsi sia alla realtà italiana che a quella tedesca.

## **Forschungsprojekt**

### **Die Beweisverbote in der deutschen Rechtsprechung und Lehre**

Mein Forschungsprojekt betrifft die jüngsten Entwicklungen der deutschen Rechtsprechung und Lehre im Bereich der Beweisverbote. Das Interesse für das Thema entsteht, insbesondere, aus einer im Anlass einer wienerischen Tagung in der zweiten Hälfte der Neunziger Jahre von K. Rogall veröffentlichten Studie über das Thema der Beweisverbote. Auf diesen Zeitraum bezieht sich die Aktualisierung dieses spezifischen Themas. In jener Angelegenheit hatte Professor Roll seine Theorie des schwerwiegenden Fehlers (*normative Fehlerfolgenlehre*) – als Spezifikation der Theorie der Abwägungslehre - die, in seinem Denkansatz, die Beziehungen zwischen einem Beweisaufnahmeverbot und dem folgenden Verwertungsverbot dessen regulieren sollte, ausführlich dargelegt.

Solche Lehre geht davon aus, dass die Frage, ob der Verstoß des Verfahrensrechts die Unverwertbarkeit des Beweises mit sich bringt, einen normativen Charakter besitzt und muss in Anbetracht der Schwere der begangenen Fehler und auch des Schutzwerts sowohl der verletzten Interessen wie auch der vorrangigen Interessen der strafrechtlichen Verfolgung gelöst werden.

Unter diesem Gesichtspunkt reiht sie sich der Auffassung Belings perfekt an, der, schon in den früheren Jahren des Zwanzigsten Jahrhundert bemerkt hatte, wie das Problem der Abwägungslehre weit entfernt davon ist, nur ein Problem des Verfassungsrechts darzustellen, sondern auch die Gerichtsaale angeht. Auf dieser Auffassung Belings basieren die Theorien, die eine Abstufung der Wirkung der Beweisverbote vorschlagen.

Aber wenn die Verwertungsverbote nur dann gelten, wenn der Verfahrensfehler „schwerwiegend“ ist, welchen Parametern ist die „Relevanz“ des Fehlers dann beizumessen, der in der Folge es erlaubt, dass ein Verwertungsverbot nicht gilt, auch wenn ein Aufnahmeverbot verletzt worden ist? Die deutsche Lehre nahm bis in die Neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts auf das Ausmaß der Nichteinhaltung des Aufnahmeverbots Bezug, bestimmt durch die Entfernung der konkret vollzogenen

Handlung von dem für sie vorgesehenen juristischen Modell. Es müssen zum Beispiel die Normen, die darauf abzielen, die Interessen des Angeklagten oder der Privatparteien zu schützen, vor denjenigen Normen Vorrang haben, die einfache Verfahrensinteressen schützen. Hier kommt notwendigerweise der Rang des geschützten Interesses ins Spiel. Das bedeutet, dass, wenn das Interesse nur einer Gefahr ausgesetzt, aber nicht konkret verletzt ist, das Unverwertbarkeitsverbot nicht Anwendung finden darf, da ansonsten das Risiko bestehen würde, dass dem Gerichtsverfahren eine Fülle von Kenntnissen entzogen werden würde, auch in dem Falle, in dem die Verletzung geringfügig wäre. Zum Beispiel: ein Polizist versäumt es, den Angeklagten über die Schweigebefugnis zu informieren, aber dieser, ein Mehrfachvorbestrafter, ist seiner Rechte so gut kundig, dass er die ihm gestellten Fragen nicht beantwortet. Aber wenn der Sachverhalt so ist, muss es eine Theorie geben, die imstande ist, juristische Maßstäbe zu setzen, um konkret eine Alternative zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit des Beweises zu finden. Die Voraussetzungen solcher Kriterien müssen durch ein Verfahren der Rechtsgewinnung festgesetzt werden, um die materiellen- und Zeitumstände der Nichteinhaltung bewerten zu können, sowie die Folgen derselben im Bereich der Verfahrenstätigkeit. Aber wann wird das Verwertbarkeitsverbot in Gang gesetzt? Nach Rogall, zum Beispiel, jedes Mal, wenn der Prozessfehler so groß ist, dass er die legitime Erwartung auf einen den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit ausgerichteten Strafprozess beeinträchtigt.

Dieses Kriterium ist, meiner Auffassung nach, zu unkonkret und entbehrt auch jeglicher Norm- oder Verfassungsstützpunkten, da es nur durch ein Auslegungsverfahren möglich ist, festzustellen, ob ein Prinzip Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit darstellt. Zudem wohnen im Bereich der Rechtsstaatlichkeitsprinzipien eine Reihe von Prinzipien inne, die untereinander widersprüchlich sind: zum Beispiel die Straftatenverfolgung und der Verteidigungsanspruch des Angeklagten oder die Unschuldsvermutung.

Man bekommt also den Eindruck, dass dieses Kriterium der *normativen Fehlerfolgenlehre* gestützt auf einem Interessenausgleich – nur durch einen anderen Interessenausgleich/abwägung gelöst werden kann; der Gedankengang ist deshalb kreisförmig und nicht entscheidend (diese Kritik gilt auch, wenn der Fehler, der auf den fairen Strafprozess Einfluss ausübt, als schwerwiegend betrachtet wird: auch in diesem Falle mischen sich widersprüchliche Prinzipien und Interessen, wie zum Beispiel die vernünftige Prozessdauer und der Verteidigungsanspruch des Angeklagten).

Nach der obenerwähnten deutschen Lehre wäre der Fehler zudem schwerwiegend – und dann wäre das Verwertbarkeitsverbot nicht geltend-, im Falle eines für den Angeklagten

günstigen Beweises. Im Prinzip kann man dieser Behauptung zustimmen, auch wenn einige Erläuterungen dazu notwendig sind.

Das ist dasselbe Argument, das die italienische Rechtsprechung anwendet, um die Möglichkeit zu rechtfertigen, dass der Verhandlungsrichter Amtsbeweise zulässt. Man muss dazu auch sagen, dass dieses Argument als risikvoll und heimtückisch erscheint, weil in unserer Staatsordnung die Beweislast eben auf dem Staatsanwalt lastet: dies bedeutet, dass der Angeklagte nicht unbedingt Entlastungsbeweise zu seiner Unschuld erbringen muss. Die Abwesenheit von Beweisen entspricht in diesem Kontext dem Freispruch: es gibt keine günstigere Lage als diese für den Angeklagten.

Für die obenerwähnte deutsche Lehre muss das Beweisverwertungsverbot verweigert werden, wenn die Partei die Beweisbewertung zulässt. Man kann diesem Standpunkt zustimmen, aber mit einigen Präzisierungen. Ich glaube, dass diese These sich an die Theorie der Verfügbarkeit des Erkenntnisvermögens anschließt (*Lehre vom informationellen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruch*) die Rogall selber im Bereich eines Prozesses als unzulässig erachtet, und der unverfügbare Rechte schützt. Hier handelt es sich um ein völlig normatives Problem und es geht um die Grenzen, die das Gesetz der Parteizustimmung für den Beweis zuerkennt. In Italien, zum Beispiel, können die Parteien sich während der Verhandlung nur auf der Grundlage ihrer Zustimmung über die Beweisaufnahme einigen; dies scheint dem Prozesse ein subjektivistisches Gepräge in dem Schutz der streitigen Verhandlung für den Beweis zu geben. Aber dann bestimmt der Artikel 507, Absatz 1 a der Strafprozessordnung, dass der Richter in seiner Entscheidung, nicht dem Beweiseinvernehmen zwischen den Parteien verbunden ist; dies, hingegen, scheint dem Prozesse ein objektivistisches Gepräge im Schutz der streitigen Verhandlung für den Beweis zu geben.

Laut derselben deutschen Lehre gilt zudem das Verwertungsverbot nicht, wenn die Verletzung durch andere Methoden bestraft worden ist. Zum Beispiel, wenn die durch Polizeioffiziere begangene Verletzung durch Straf- oder Disziplinarsanktionen bestraft worden ist, dann erweist sich die Prozessverletzung der Unverwertbarkeit des Beweises als nicht erforderlich. Die Gedankenfolge ist die gleiche der italienischen Rechtsprechung betreffend einer auf einer gesetzwidrigen Durchsuchung erfolgten Beschlagnahme. Nach der italienischen Rechtsprechung muss der Polizeioffizier disziplinarweise und strafrechtlich bestraft werden, aber der erlangte Beweis muss bewahrt werden. Der Gedankengang, ist meiner Auffassung nach, widersprüchlich weil er zwei Wesen, die nicht vergleichbar sind, in Verbindung setzt: die Straf- und die Disziplinarsanktion trifft die Personen: Die Prozesssanktion trifft die Prozessakten. Aber wir versuchen, hingegen,

auf beste Weise die Verletzungen der Prozessakten zu schützen: die Antwort passt deswegen nicht hierher. Man könnte sich dann fragen, wozu das Prozessaufnahmeverbot nutzte, wenn man sowieso zulässt, dass der Beweis im Prozess verwertet werden kann?

Greifen wir auf das berühmte Beispiel der „Bonbons“ (Candy Beispiel) zurück. Vater und Sohn betreten einen Laden und der Sohn stiehlt einige Bonbons. Der Vater sagt ihm, dass es falsch war, was er getan hat, aber statt die Bonbons dem Ladeninhaber zurückzugeben, entscheidet er, sie zu essen. Auch wenn Vater und Sohn jetzt wegen Diebstahls festgenommen werden würden, würde dies nicht ermöglichen, die Bonbons wiederzuerlangen, da sie gegessen worden sind. Diese Sanktionsform kann dazu dienen, solchen Benehmen in der Zukunft vorzubeugen, aber ist von keiner Nützlichkeit für den laufenden Prozess.

Diese Kriterien scheinen demnach nicht dafür geeignet zu sein, die Alternative zwischen Beweisverwertung und Nicht-Verwertung eines Beweises, der durch die Verletzung eines Aufnahmeverbots erlangt wurde, zu lösen. Und auch in der deutschen Rechtsprechung, die sich am Ende der Neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts mit dem Problem beschäftigt hat, gibt es keine Lösung. Im Übrigen behauptet Rogall, dass die Rechtsprechung dazu neigt, das Problem der Aufnahmeverbote durch einen kasuistischen Ansatz zu lösen, da die Grenzen des Aufnahmeverbots nicht endgültig festgelegt sind, sondern sich unterschiedlich gebärden, und zwar abhängig von der festzustellenden Tatsache und der Verbotsart. Der Bundesgerichtshof, zum Beispiel, bezieht sich auf die Verletzung der Prozessnorm, sowie auch auf die Wirkung derselben auf die juristische Sphäre des Interessenten; man geht einerseits davon aus, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis verfolgt werden muss, und andererseits dass die Verwertungsverbote die Suche nach der Wahrheit behindern können, die eigentlich von derselben Verfassung verlangt wird. Das Verwertungsverbot soll daher nur eine akzeptable Ausnahme in besonderen und spezifischen Fällen darstellen. Das ist der Grund der Neigung zum kasuistischen Ansatz der deutschen Rechtsprechung. Um das Problem zu lösen, ist daher eine Studie erforderlich, die nicht nur die neuere deutsche Lehre, sondern auch die neueren Entwicklungen der Rechtsprechung, die das Thema der Beweisverbote angehen, behandelt. Im Übrigen gab auch Rogall selber zu, dass die normative Fehlerfolgenlehre zur Zeit ihrer Formulierung einiger Präzisierungen und Vertiefungen erforderte.

In dieser Hinsicht erweist sich der Vergleich zwischen der italienischen und der deutschen Prozessordnung sehr angebracht, weil beide Prozessordnungen faktisch zum Prinzip der Suche des Wahrheitsgrundsatzes neigen und nicht, wie es im Gegenteil in den Common Law Ordnungen geschieht, die Trennung zwischen dem Richter der die Beweise und dem



Richter, der den Urteilsspruch fällt, zulassen. Dies führt oft dazu, dass die Lehre der zwei Länder sich mit den gleichen Problemen auseinandersetzt. Aus diesem Grund erweist sich der Vergleich als nützlich.

Zum Beispiel, die schon von Beling vorgeschlagene Notwendigkeit der Abstufung der Beweisverbote erweist sich als eine sehr tief empfundene Erfordernis, vor allem seitens der italienischen Rechtsprechung. Die konkrete Verwirklichung dieses Prinzips hat dennoch zu einer Herabstufung der italienischen Kategorie der „inutilizzabilità“ geführt, welche nach unserem Gesetzbuch weder Erfassungsgrenzen noch rückwirkenden Genehmigungen unterliegt.

Und doch liest man in vielen Urteilsprüchen, dass die interessierte Partei die Last trägt, den juristischen Mangel in dem Moment zu beweisen, in dem er sich ereignet, ansonsten wird der Mangel selber rückwirkend für rechtsgültig erklärt. Hieraus folgt, dass die italienische Rechtsprechung, die in der Anwendung dieser neuen Prozesstrafe unsicher ist, die Beweise nach den alten Schemen der Aktennichtigkeit behandelt, indem sie die „inutilizzabilità“ einfach als Nichtigkeit betrachtet; also genau jene alten Schemen, die sich zum Schutz der dem Beweisrecht unterliegenden Interessen als ungeeignet erwiesen hatten.

Es ist deshalb meine Absicht, die neuesten Lehr- und Rechtsprechungsentwicklungen, die in der deutschen Erfahrung ausgereift sind, zu erforschen, um eine Theorie der Beweisverbote zu formulieren, die sowohl für die italienische als auch die deutsche Realität angemessen ist.