

Letture facoltative
GALANTI, Inosservanza di limiti probatori e cor-
guenze sanzionatorie, p. 169-193.

AUTORI DEI CONTRIBUTI

- ALFREDO AVANZINI, *ricercatore di Procedura penale nell'Univer-
sità di Parma*
SILVIA BUZZELLI, *ricercatore di Procedura penale nell'Univer-
sità di Macerata*
PAOLO COMANDUCCI, *professore associato di Filosofia del diritto
nell'Università di Genova*
NOVELLA GALANTINI, *professore associato di Diritto processuale
penale comparato nell'Università di Trento*
GIOVANNA ICHINO, *giudice per le indagini preliminari presso il
Tribunale di Milano*
CLAUDIO PIZZI, *professore associato di Filosofia della scienza
nell'Università di Siena*
CRISTINA RIVA CRUGNOLA, *dottore di ricerca in Psicologia nell'Univer-
sità di Milano*
FULVIO SCAPARRO, *professore associato di Psicopedagogia nel-
l'Università di Milano*
GIULIO UBERTIS, *professore ordinario di Procedura penale
nell'Università di Parma*

la conoscenza del fatto nel processo penale

a cura di
Giulio Ubertis

contributi di

Alfredo Avanzini, Silvia Buzzelli, Paolo Comanducci,
Novella Galantini, Giovanna Ichino, Claudio Pizzi,
Cristina Riva Crugnola, Fulvio Scaparro, Giulio Ubertis

Giuffrè Editore

contraddittorio », prevedendo quindi un regime « comprensibilmente più restrittivo » (102) rispetto a quello relativo agli altri atti stranieri, per i quali l'art. 78 comma 1 norme att. c.p.p. si limita a richiamare le disposizioni dell'art. 238 c.p.p.

NOVELLA GALANTINI

INOSSERVANZA DI LIMITI PROBATORI E CONSEGUENZE SANZIONATORIE

Sommario: 1. Premessa. — 2. Concetto di inutilizzabilità e sue distinzioni. — 3. Ambito di operatività dei divieti probatori. — 4. Rapporti fra inutilizzabilità e nullità degli atti probatori. — 5. Regime di rilevanza del vizio di cui all'art. 191 c.p.p. — 6. Cenni ad alcune questioni concernenti i mezzi impugnativi.

1. *Premessa.* — I limiti probatori costituiscono una garanzia contro l'attuazione del principio del libero convincimento del giudice inteso nelle sue manifestazioni più radicali, oppure, quanto meno, possono rappresentare un deterrente alla gestione indiscriminata di tale potere giudiziale.

In realtà, se pure il giudice può in concreto avvalersi dei risultati ottenuti mediante il ricorso a mezzi di prova e di ricerca della prova disciplinati da specifiche disposizioni che non siano state peraltro osservate, dipende in tali casi dal tipo di sanzione processuale che la legge appresta in previsione delle violazioni alle norme stabilite per le diverse fasi del procedimento probatorio, se le risultanze probatorie possano o meno entrare a far parte del bagaglio conoscitivo del giudice ai fini decisori. Secondo la normativa di cui al codice di procedura penale abrogato, talune ipotesi parevano in effetti insufficientemente salvaguardate, posto che l'apposizione di una semplice nullità (relativa) poteva far sì che la successiva sanatoria vanificasse l'autorità del limite probatorio enucleato. Ciò, ad esempio, accadeva per la fatiscopia di cui all'art. 348 comma 3 c.p.p. 1930 nella quale, come spesso evidenziato dalla dottrina (1), la san-

(102) L'espressione è di G. UBERTI, sub art. 238, cit., § 5. Ass. Milano 16 aprile 1991, Fabbio, inedit., ha ritenuto acquisibile un verbale di sequestro prodotto dalla difesa, relativo ad un procedimento penale francese, « trattandosi di atto irripetibile, alla cui produzione il P. M. ha consentito ». Ha altresì ammesso l'acquisizione delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria da due testimoni, « essendo state tali dichiarazioni confermate in contraddittorio avanti l'autorità giudiziaria ed essendo quindi divenute parte integrante delle deposizioni rese al G. I. francese »: quindi soggette alla disciplina di cui all'art. 78 comma 1 norme att. c.p.p., che richiama l'art. 238 c.p.p.

(1) Cfr. M. BARIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Giuffrè, 1980, p. 235; G. F. BONETTO, *L'introduzione della prova testimoniale nella fase degli atti prelitigiosi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1962, p. 61; G. FLORIDA,

zione operava nella realtà in misura inadeguata, essendo appunto possibile sanare il vizio e consentire l'accesso della prova nel fascicolo processuale con conseguente suo uso in motivazione (2).

L'insufficienza della sanzione della nullità in materia probatoria ha spinto il legislatore all'impiego di un vizio più radicale, tale da non godere di eventuali sanatorie e determinante ai fini della trasposizione in termini normativi del concetto di inammissibilità della prova. La cosiddetta quarta sanzione, denominata inutilizzabilità, aveva peraltro già rappresentato una scelta operata a fronte di talune fattispecie presenti nel codice di rito penale del 1930 (cfr. art. 225 bis comma 3, art. 226 *quinquies*; art. 304 comma 4) (3) e

Brevi considerazioni sul divieto di apprezzamenti personali da parte dei testimoni, *ivi*, 1964, p. 962-964.

Per la « profonda insoddisfazione circa il modo di operare della nullità in rapporto a divieti probatori che il regime delle sanatorie costringe a ritenere come non scritti, quando è acquisita una prova *contra legem* (ad esempio testimonianza di un coimputato del medesimo reato, art. 348 comma 3 c.p.p. [1930]) », cfr., *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord. n. 2*, p. 60.

(2) Cfr. F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 72; *Id.*, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 665; G. GALI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, p. 166; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 445.

(3) In relazione all'art. 225 bis c.p.p. 1930 — secondo cui le sommarie informazioni di polizia assunte dall'indiziato, dall'arrestato o dal fermato senza la presenza del difensore nei casi fissati dalla norma medesima, non potevano essere verbalizzate né assumere alcun valore processuale — cfr. V. GREVI, *Le sommarie informazioni di polizia e la difesa dell'indiziato*, Milano, 1980, p. 3; P. MOSCARINI, *Il fermo degli indiziati di reato*, Milano, 1981, p. 155.

V. poi, per la disciplina sanzionatoria delle intercettazioni telefoniche illegittime ex art. 226 *quinquies* c.p.p. 1930, G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 176.

Infine, sull'art. 304 comma 4 c.p.p. 1930, relativo all'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal soggetto non imputato nel corso di interrogatorio nel quale emergono indizi di reità a suo carico, cfr. G. F. BONETTO, *sub art. 304*, in *AA. VV.*, *Commentario breve al codice di procedura penale*, direzione di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 1987, p. 892; V. GREVI, *Nemo tenetur se delere*, Milano, 1972, p. 157.

Una previsione di inutilizzabilità era d'altra parte insita nel disposto di cui all'art. 141 c.p.p. 1930, in ordine agli scritti anonimi. Cfr., per tutti, P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977, p. 75.

costituisce soprattutto il punto di emersione della normativa sulla prova presente nel nuovo codice di procedura penale.

Con tale strumento si tenta in effetti di superare radicalmente quell'impostazione giurisprudenziale che, riducendo alla stregua di nullità sanabili i vizi anche gravi degli atti costituenti prova (4), non escludeva occasione per recuperare e rinsaldare il ruolo del giudice quale incontrollato gestore del proprio libero convincimento.

In effetti, tale principio, anche a mezzo della previsione di questa nuova sanzione, viene quanto meno inguadrato e precisato nei suoi termini operativi, senza peraltro che se ne interpreti riduttivamente lo spessore. Lunghi dalla volontà di un qualsiasi *repêchage* del sistema di prova legale, il legislatore della riforma abbozza peraltro una ridefinizione del libero convincimento in chiave di garanzia, sostenuto anche da un dottrina che ne ha più volte auspicato con lungimiranza un'interpretazione meno assoluta (5). Ciò pare confermato anche dal fatto che esplicitamente è stabilita la non tassatività dei mezzi di prova (art. 189 c.p.p.) e che una sorta di « tassatività temperata » opera nel senso che il giudice possa assumere la prova non disciplinata dalla legge solo se « essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona » (art. 189 c.p.p.).

In ogni caso la valutazione della prova, pur sottratta ai limiti stabiliti dalle leggi civili (art. 193 c.p.p.), dovrebbe risultare comunque soggetta a quei criteri di obiettività e di prudenza che, se pure scomparsi nella formulazione definitiva della norma (art. 192 comma 1 c.p.p.) (6), sembrano implicitamente contemplati e della cui

(4) Cfr., ad esempio, in relazione all'art. 348 comma 3 c.p.p. 1930, Cass., sez. V, 3 dicembre 1981, *Affinità*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 713; Cass., sez. II, 16 maggio 1979, Gaglione, *ivi*, 1980, III, c. 282; Cass., sez. I, 19 maggio 1978, Lupino, *ivi*, 1979, III, c. 616; Cass., sez. I, 5 maggio 1969, Fioriani, *ivi*, 1970, III, c. 331.

(5) Cfr. E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310.

(6) In tal senso era formulato l'art. 192 comma 1 prog. prel. c.p.p. le cui modifiche non toccano peraltro i risultati interpretativi.

Cfr. P. FERRUA, *Imputato e difensore nel nuovo processo penale*, in *AA. VV.*, *Profili del nuovo processo penale*, coordinamento di M. GARAVOLLA, Padova, 1989, p. 71; M. NOBILI, *sub art. 192*, in *AA. VV.*, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinamento di M. CHIAVARI, Torino, II, 1990, p. 416.

osservanza la motivazione si fa garante (art. 192 comma 1 c.p.p.). Anche la ricostruzione del fatto su base indiziaria viene del resto sottoposta alla condizione della sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti (art. 192 comma 2 c.p.p.). In tal modo ci si avvia verso l'attuazione di una sorta di libero convincimento « guidato », che soccombe comunque a fronte della prova illegittimamente acquisita, colpita dall'inutilizzabilità, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (art. 191 comma 2 c.p.p.), che può fondare il ricorso per cassazione in forza di una previsione espressa (art. 606 comma 1 lett. c.c.p.p.).

2. *Concetto di inutilizzabilità e sue distinzioni.* — Nel duplice e peraltro equivoco profilo di sanzione-vizio (7), l'inutilizzabilità prevista dal codice Vassalli quale forma di invalidità degli atti probatori o quale mezzo di emarginazione di taluni di essi dal novero delle conoscenze giudiziali utili a fini decisori, assume connotazioni del tutto peculiari che non possono avvicinarla, se non per certi aspetti, alle previsioni già citate presenti nella normativa abrogata (8).

Va in effetti sottolineato come per inutilizzabilità non possa intendersi unicamente la conseguenza derivante dalla violazione di specifici divieti probatori (art. 191 comma 1 c.p.p.) o, talvolta, l'insorveglianza di determinare modalità assuntive della prova (9), bensì anche l'effetto preventivato per legge di non consentire l'accesso in sede processuale di atti compiuti nelle fasi precedenti. Come esattamente si è

(7) Cfr. V. GREVI, *Libro III - Prove*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, direzione di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 1990, p. 156.

Secondo G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento; l'assunzione diretta delle prove*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1988, p. 87, l'inutilizzabilità, pur costruita alla stregua di vizio dell'atto, costituisce piuttosto « una regola di condotta per il giudice che, se non osservata, vizia se mai la decisione ».

(8) V. *supra*, § 1.

(9) Al di là dell'originaria intenzione di sanzionare con la nullità la violazione di forme degli atti, va in effetti sottolineato che talvolta è espressamente stabilita la sanzione dell'inutilizzabilità per violazione di modalità della procedura assuntiva. Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 153.

osservato in dottrina (10), il nuovo rito pare essersi informato ad una concezione per così dire relativistica della prova che si contrappone alla differente concezione « meccanica » o positivistica (11): mentre per quest'ultima, la conoscenza acquisita è valida ad ogni fine e in ogni contesto, per la prima, storicamente influenzata da quella che viene definita concezione argomentativa, si sottintende la validità di una determinata conoscenza solo se insediata in un determinato contesto al quale è collegata (12).

In sostanza, quindi, può rilevarsi come il legislatore, sotto l'etichetta della nuova sanzione delineata dall'art. 191 c.p.p., abbia ricompresso fenomeni di per sé genericamente, se non talvolta funzionalmente, differenti.

Da un lato, infatti, è possibile individuare un'inutilizzabilità di stampo patologico, atinente cioè alla illegittimità o illiceità dell'atto probatorio, che non esclude, d'altro lato, un'inutilizzabilità per così dire fisiologica, in quanto afferente alla stessa struttura del rito. Pertanto, ad un'eventuale esclusione dell'atto, inadeguato a sostenere validamente la ricostruzione del fatto essendo stato formato in violazione di un divieto, si può affiancare una parallela eliminazione del medesimo in quanto inidoneo ad essere portato in sede processuale perché preventivato a fini ed effetti limitati alla fase per la quale è predisposto. Possono quindi integrarsi fattispecie di inutilizzabilità di atti difformi rispetto al modello legale e, al contrario, ipotesi in cui, pur in presenza di una perfetta assonanza fra la formazione dell'atto e le prescrizioni normative generali o specifiche,

(10) Cfr. M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274; *Id.*, *Il nuovo « diritto delle prove » ed un rinnovato concetto di prova*, in *Legislaz. pen.*, 1989, p. 397.

(11) Cfr. A. GIULIANI, *Prova in generale: a) filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 519; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, *passim*.

(12) La concezione relativistica della prova implica d'altra parte la validità di determinati elementi probatori solo per determinati soggetti. Cfr. gli art. 63 commi 1 e 2 e 403 c.p.p.

Cfr. A. GIULIANI, *Il problema del libero convincimento del giudice. Riflessioni storiche e metodologiche*, in AA.VV., *La formazione del libero convincimento: il giudice fra libertà e regola*, Atti del Convegno, Trento, 27-29 ottobre 1988 (in corso di stampa).

il medesimo risulti colpito non tanto da un vizio in senso tecnico, quanto da una preclusione in ordine all'accesso nel processo (13).

Pur potendo quindi definirsi in linea di principio inutilizzabile la prova la cui « rilevanza » sia vanificata a causa dell'inosseranza di un divieto (14), vanno quindi individuati tipi differenti di inutilizzabilità che si stagliano comunque a fronte della prospettata distinzione.

Come è stato ritenuto in dottrina (15), è possibile pertanto evidenziare figure di inutilizzabilità individuabili sotto il profilo sia geometrico che funzionale. Il primo aspetto ricomprende le forme derivanti dal principio di separazione fra fasi procedurali, cosicché, per regola generale e fatte salve le previste eccezioni (art. 431 lett. b e c, 500, 503, 512 e 513 c.p.p.), l'atto di indagine preliminare non deve essere utilizzato quale prova in dibattimento, pur se conforme allo schema legale indicato per la sua formazione. Ricade d'altra parte in tale fattispecie l'inutilizzabilità derivante da difformità dell'atto rispetto al modello legale del procedimento ammissivo (16) ovvero del procedimento assuntivo della prova (17).

(13) L'inutilizzabilità di prove non acquisite in dibattimento è fissata in linea generale dall'art. 526 c.p.p. che costituisce quindi una specifica regola di esclusione. L'ingresso di elementi probatori formati in fase preprocessuale è d'altra parte consentito, a certe condizioni e previa procedura acquisitiva costituita dalla lettura (art. 511 c.p.p.), dall'art. 431 c.p.p. che, stabilendo il contenuto del fascicolo dibattimentale, prevede l'inserimento a titolo originario dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria (lett. b) o dal pubblico ministero (lett. c) nel corso delle indagini preliminari. V., d'altra parte, le possibilità acquisite previste dagli art. 500 comma 4 e 503 commi 5 e 6 c.p.p., in materia di contestazioni.

Cfr., su tali temi, G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, cit., p. 77; A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *D. disc. pen.*, IV, 1990, p. 169; M. NOLLI, *Il nuovo « diritto delle prove » ed un rinnovato concetto di prova*, cit., p. 396; Id., *Il regime di utilizzabilità degli atti a natura probatoria*, in *AA. VV.*, *Contributi allo studio del nuovo processo penale*, a cura di ACH. MELCHIONDA, Rimini, 1989, p. 409; P. SECHI, *L'utilizzabilità delle « dichiarazioni spontanee » tra vecchio e nuovo codice*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1297.

(14) Per il concetto di « irrilevanza » riferito alla prova illegittima, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 980.

(15) Cfr. A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano, 1991, p. 82 ss.

(16) Cfr. ad esempio, l'art. 240 c.p.p. sull'inutilizzabilità dell'anonimo.

(17) Cfr. ad esempio, l'art. 271 comma 1 c.p.p. in relazione alle prescrizioni di cui all'art. 268 commi 1 e 3 c.p.p.

Il profilo funzionale comporta peraltro ulteriori distinzioni relative all'inutilizzabilità definita assoluta — in quanto determinante « l'invalidità di qualsiasi atto del procedimento si fondi sulla prova che ne è affetta » (18) e derivante anche, ma non solo, dalla non conformità dell'atto alle prescrizioni in ordine all'ammissione o all'assunzione della prova — e all'inutilizzabilità cosiddetta relativa, che produce « invalidità solo per alcuni atti del procedimento, non per tutti gli atti che vi si fondino » (19).

3. *Ambito di operatività dei divieti probatori.* — Al di là peraltro della schematizzazione proposta, destinata in ogni caso a sgombrare il campo da possibili equivoci circa gli spazi operativi della nuova figura di invalidità, dovrebbe permanere il dato incontestabile della riconducibilità delle differenti ipotesi alla generale disciplina predisposta dall'art. 191 c.p.p., quanto meno sul piano del regime di rilevanza. È pur vero che nel definire inutilizzabili « le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge » (art. 191 comma 1 c.p.p.), il legislatore muove verso la delimitazione di un concetto specificamente delimitato quanto a presupposti; parrebbe tuttavia conforme a logica non sottrarre al regime predisposto dall'art. 191 comma 2 c.p.p. anche le fattispecie di inutilizzabilità che vengono ad integrarsi indipendentemente dalla violazione di un divieto probatorio o, ciò che è lo stesso, fisiologiche ad un certo tipo di procedimento. D'altro lato, pur nella difficoltà di pervenire ad una corretta definizione di divieto probatorio (20), non si può

(18) Cfr. A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., p. 84.

(19) Così A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., p. 85-86.

Esistono d'altra parte previsioni di utilizzabilità *ad personam* (cfr., ad esempio, l'art. 403 c.p.p.), e di utilizzabilità solo per il compimento di determinati atti (cfr., ad esempio, gli art. 430 comma 1 e 433 comma 3 c.p.p. dal cui collegamento emerge la possibilità per il pubblico ministero di utilizzare solo ai fini delle proprie richieste al giudice dibattimentale gli atti integrativi di indagine compiuti dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, ad eccezione peraltro degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore).

(20) Cfr. E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, cit., p. 310; Id., *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 376; L. P. COMOGGIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 126; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 53; G. LOZZI, *Prove invalide non affinenti e*

escludere a priori che un'accezione dilatata del medesimo si adatti a ricomprendere le fattispecie limitative della acquisizione di atti di per sé idonei, in quanto correttamente formati, ad entrare nel novero delle conoscenze giudiziali: potrebbero in effetti leggersi in chiave di divieto tutte quelle disposizioni che, attuando concretamente il principio della separazione tra fase preparatoria e fase propriamente processuale, operano nel senso di fissare forme di inutilizzabilità oggettivamente (21) o soggettivamente relativa (22). Il divieto probatorio in oggetto sarebbe pertanto insito e connaturale alla stessa struttura del rito.

Permangono comunque le questioni inerenti l'individuazione dei termini di riferimento del concetto di divieto probatorio, in particolare sul piano della distinzione fra prova illecita e prova illegittima, sulla quale risultano formulate tesi contrastanti (23). Lo stesso articolo che disciplina l'inutilizzabilità non pare infatti essere risolutivo nello stabilire se per divieto probatorio debba intendersi il limite fissato dalla legge penale sostanziale — la cui inosservanza condurrebbe al formarsi di una prova illecita — o la preclusione fissata da una prescrizione di natura processuale, alla cui inottemperanza conseguirebbe la cosiddetta prova irrituale o illegittima: in effetti la stessa rubrica dell'art. 191 c.p.p. ha quale referente unicamente quest'ultima. Parrebbe tuttavia che l'inserimento nella disciplina probatoria innovata di tale disposto, la cui forza dirimpante rispetto al passato appare inequivocabile (24), possa segnare, se pure con le opportune e dovute riserve, il superamento di quella concezione pur efficacemente argomentata che riteneva influente ai fini inva-

lidativi della prova la violazione di una norma incriminatrice di un determinato comportamento dal quale fosse derivato uno specifico risultato probatorio (25).

È comunque interessante rilevare come la sussistenza di specifiche regole di esclusione sia ricavabile da formule terminologiche diverse, che testimoniano pertanto la tendenza a tutelare fortemente il rito da intrusioni probatorie illegittime: a lato dei tradizionali divieti di prova, chiaramente individuabili grazie alla specifica forma del divieto (26), si collocano con pari autorità i divieti che a prima vista non parrebbero tali perché formulati come permisso- (27). I divieti probatori indiretti (28) sono tuttavia diagnosticabili al di là dell'espressione sintattica usata, quando ad esempio si sottopone l'esercizio di una determinata attività, dalla quale possono scaturire risultati probatori, alla presenza di presupposti determinati o a fronte di casi specifici (29).

L'ambito operativo del divieto probatorio pare comunque definitivamente chiarito, potendo esso toccare il momento sia animativo che assuntivo: il mutamento di formulazione dell'art. 191 comma 1 c.p.p. nel passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo (30) è quindi inteso a chiarire l'irragionevolezza di una soluzione

(25) F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 203, 339 e 354; Id., *Il procedimento probatorio*, cit., p. 63; Id., *Prove illecite*, cit., p. 148.

(26) Cfr. gli art. 62, 64 comma 2, 103 comma 5, 197, 220 comma 2, 234 comma 3, 251 comma 1 c.p.p.

Cfr. M. NOBILI, sub art. 191, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., II, cit., p. 410.

(27) Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 155.

(28) Per le difficoltà in ordine all'individuazione di tali divieti e alla distinzione tra vizi di inutilizzabilità derivanti da divieti indiretti e vizi costituenti mere irregolarità (art. 124 comma 2 c.p.p.), cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 308.

(29) Un esempio di divieto probatorio indiretto può essere dato dall'art. 268 comma 3 c.p.p. in relazione all'art. 271 comma 1 c.p.p. Esigere che le operazioni di intercettazione telefonica possano essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della repubblica (art. 268 comma 3 c.p.p.) significa vietarne il compimento con altri mezzi.

Cfr., inoltre, sempre per ipotesi di divieti posti in forma indiretta, l'art. 352 c.p.p. in materia di perquisizione di polizia giudiziaria. V., inoltre, gli art. 103 comma 1, 238 comma 2 e 266 comma 1 c.p.p.

(30) Cfr. *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 61.

declaratoria di nullità, cit., p. 443; P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 470; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 127.

(21) Cfr., a questo proposito, gli art. 360 comma 5 e 500 commi 3 e 4 c.p.p.

(22) Cfr. A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., p. 85.

(23) Cfr. F. CORDERO, *Prove illecite* (1961), in Id., *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 147 ss.; ACH. MELICHONDA, *Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*, in *Riv. pen.*, 1977, p. 129 ss.; P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, cit., p. 442 ss.; G. UBERTIS, *Riflessioni sulle prove vietate*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705 ss.

(24) Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 149.

che avesse privilegiato la tutela dei divieti inerenti la ammissione probatoria, rispetto a quelli concernenti la fase assuntiva (31). Ciò non significa peraltro escludere che la sanzione espressamente escogitata non sia applicabile anche alle fattispecie in cui si verificano violazioni dei divieti posti in fase di valutazione giudiziale, nelle quali l'acquisizione è condizionata in quanto l'elemento per diagnosticare l'utilizzabilità o meno della prova sorge solo *ex post* (32).

D'altra parte, come chiarisce la Relazione al codice, la sostituzione del concetto di acquisizione a quello di ammissione nell'art. 191 c.p.p. (33) è intesa ad evidenziare come la disciplina generale della prova (art. 187-193 c.p.p.) « sia, almeno tendenzialmente, rivolta a regolare anche l'attività della fase investigativa e non solo quella della fase della decisione » (34). Se infatti è indubbio che i principi fondamentali fissati in questo settore (35) debbano applicarsi anche nelle fasi preliminari nelle quali — perché anticipatrici delle garanzie dibattimentali (art. 392 c.p.p.) o perché comunque assistite dall'intervento giudiziale con funzioni decisorie (art. 424 comma 1 c.p.p.) o di garanzia (art. 267 e 291 c.p.p.) — risulta imprescindibile l'utilizzazione di elementi probatori il cui impiego non sia incoerente con la corrispondente disciplina generale (36), non

(31) Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 152.

(32) Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 152.

Divieti di valutazione sono ad esempio contenuti nell'art. 63 commi 1 e 2 c.p.p., circa l'inutilizzabilità di dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria da soggetti non imputati né indagati a carico dei quali emergano indizi di reità, e l'art. 195 comma 3 c.p.p., in relazione alla testimonianza indiretta.

(33) Cfr. CHIAVARRO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, p. 128; F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, p. 226.

(34) Cfr. *Relazione c.p.p.*, in G. U., 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, p. 180.

(35) Ci si riferisce in particolare al principio di pertinenza-rilevanza fissato dall'art. 187 c.p.p. in collegamento con l'art. 190 comma 1 c.p.p. e al principio che esige la tutela della libertà morale della persona nell'assunzione della prova (art. 189 c.p.p.). Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 140.

(36) Cfr. V. GREVI, *Libro III - Prove*, cit., p. 144.

altrettanto certa appare la loro operatività in linea di massima per gli atti di indagine del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, « sia a causa della loro idoneità a conseguire risultati utilizzabili come prova in sede dibattimentale, sia a causa della stessa scelta legislativa di adottare per molti di tali atti di indagine una terminologia diversa rispetto ai corrispondenti atti compiuti di fronte al giudice, proprio allo scopo di sottolineare la differente rilevanza probatoria » (37). Dovrebbe comunque ritenersi che, a fronte della distinzione normativa fra mezzi di ricerca della prova (art. 244-271 c.p.p.) e mezzi di prova (art. 194-243 c.p.p.), soltanto per i primi valga indiscriminatamente l'operatività delle disposizioni generali e, in particolare, del disposto di cui all'art. 191 c.p.p. In effetti, la soluzione contraria comporterebbe per gli organi investigativi la libertà di scelta circa i casi e i modi di svolgimento delle corrispondenti attività, nonostante l'eventuale inserimento di tali atti, in quanto irripetibili, nel fascicolo dibattimentale.

Per quanto concerne invece i mezzi di prova, dovrebbe risultare opportuna un'indagine che, di volta in volta, a motivo della autonomia riconosciuta agli atti omologhi di indagine del pubblico ministero, accerti interpretativamente l'operatività dei criteri fondamentali enucleati dal legislatore in tema di prova. Ne potrebbe infatti scaturire la scoperta di un'espressa previsione normativa (38) o di una necessità applicativa, dettata dall'esigenza di colmare le eventuali carenze riscontrabili sul piano garantistico (39).

(37) Costi V. GREVI, *Libro III - Prove*, cit., p. 144.

(38) V., ad esempio, l'art. 64 comma 2 c.p.p. che, fissando le regole generali per l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini, richiama il disposto di cui all'art. 188 c.p.p. sulla libertà morale della persona nell'assunzione della prova.

Esistono d'altra parte precisi riferimenti normativi che sanciscono l'operatività di determinate norme concernenti i mezzi di prova, contenute nel libro III del codice, alle indagini preliminari del pubblico ministero. Cfr., ad esempio, l'art. 361 c.p.p. che rinvia all'art. 214 comma 2 c.p.p. in materia di riconoscimenti, l'art. 362 c.p.p. che richiama gli artt. 199, 200, 201, 202 e 203 c.p.p. in tema di esonero dall'obbligo di testimonianza e l'art. 363 c.p.p. che recupera le forme di cui all'art. 210 commi 3 e 4 c.p.p. per le modalità dell'esame di persone imputate in un procedimento connesso.

(39) Cfr. V. GREVI, *Libro III - Prove*, cit., p. 147.

4. *Rapporti fra inutilizzabilità e nullità degli atti probatori.*

L'introduzione nel nuovo rito dell'inutilizzabilità quale vizio-sanzione degli atti probatori illegittimi comporta necessariamente il raccordo con la sanzione della nullità che, secondo il disposto di cui all'art. 185 comma 4 c.p.p., espressamente riferentesi alle « nullità concernenti le prove », non è stata eliminata dal quadro sanzionatorio (40) enunciato per l'atto probatorio viziato. In effetti, pur a fronte della nuova impostazione che, in ossequio ai criteri fissati dalla legge-delega (41), ha portato ad un contenimento delle ipotesi di nullità, ridotte a ragione dell'innovato rapporto fra fase preliminare e dibattimento (42), va sottolineato come la sanzione prevista dagli art. 177 ss. c.p.p. continui ad operare sul piano della prova anche se in maniera parsimoniosa e talvolta non del tutto equilibrata (43).

Come chiarisce la relazione al progetto preliminare, all'inutilizzabilità quale « fenomeno tipico conseguente all'ammissione di prove vietate » si contrappone la nullità, « riservata alla violazione delle forme degli atti processuali » (44). Si conferisce in sostanza

(40) Il quadro sanzionatorio in materia probatoria dovrebbe comunque completarsi a mezzo dell'inesistenza e della mera irregolarità (art. 124 comma 1 c.p.p.).

Cfr., per la prima, F. CORDEO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 443 e 449; Id., *Il procedimento probatorio*, cit., p. 54; e, per la seconda, E. LURJO, *sub. art. 124*, in AA. VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., II, cit., p. 84, e G. UBERTIS, *sub. art. 124*, in AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, direzione di E. AMODIO - O. DOMINIONI, Milano, II, 1989, p. 71.

(41) Cfr. art. 2 n. 6 legge-delega c.p.p. che prescrive la « non incidenza dei vizi meramente formali degli atti sulla validità del processo ».

(42) Il mutato rapporto tra le due fasi comporta la non necessità delle previsioni garantistiche enunciate a fronte della normativa contenuta nel codice Rocco dove, appunto, l'utilizzabilità in dibattimento del materiale probatorio di fonte istruttoria, esige per la formazione di quest'ultimo maggiori forme di tutela.

(43) Cfr. le osservazioni al riguardo di M. NOBILI, *sub art. 191*, in AA. VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., II, cit., p. 413, che evidenzia appunto determinate disparità presenti sul piano sanzionatorio, quali ad esempio quelle individuabili esaminando l'art. 222 comma 1 c.p.p. (sulla nullità della perizia affidata all'inferno di mente, al minore o al consulente di parte), l'art. 197 lett. d c.p.p. (sull'incompatibilità testimoniale) e l'art. 220 comma 2 c.p.p. (sulla perizia psicologica).

(44) Cfr. *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 62.

un preciso spazio normativo alla distinzione, già a suo tempo enucleata in dottrina, fra prova invalida nell'an, conseguente cioè all'esercizio di un potere non riconosciuto dalla legge all'organo procedente, e prova invalida nel *quomodo*, in quanto assunta in violazione di disposizioni concernenti le modalità di formazione (45).

Ai già prospettati (46) inconvenienti derivanti dall'assenza di specifiche prescrizioni in ordine all'invalidazione delle prove viziate sotto il primo o il secondo profilo (47), il legislatore delegato ha cercato di porre rimedio a mezzo di previsioni che dovrebbero per sé sgombrare il terreno da possibili equivoci interpretativi.

In realtà, l'originaria impostazione che operava una netta separazione di campo fra fattispecie invalidanti e relative sanzioni, si è al contrario tradotta in una costruzione che prescinde dalla schematizzazione generale e supera pertanto l'intenzione primaria di sanzionare in misura affievolita, attraverso la nullità, la violazione delle forme degli atti probatori (48).

È possibile in effetti constatare come la nullità incida, talvolta (49), a fronte di atti probatori tutelati da norme espresse in forma di divieto (50). Si riscontra in sostanza la sussistenza di disposi-

(45) Cfr. F. CORDEO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 70; G. GALLI, *L'innammissibilità dell'atto processuale penale*, cit., p. 155; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, cit., p. 444; G. UBERTIS, *Riflessioni sulle prove vietate*, cit., p. 713.

(46) V. *supra*, § 1.

(47) Nel sistema abrogato, circa le conseguenze della prova invalida nell'an, le previsioni atalenevano tra l'assenza di statuzioni di nullità con la sola fissazione di un divieto generico, talvolta di uso dell'atto (art. 141, 314 comma 2, 352 comma 1, 450 comma 2 e 563 c.p.p. 1930), e la prescrizione di nullità (art. 348 comma 3 e 351 commi 1 e 2 c.p.p. 1930).

Cfr. inoltre gli art. 226-*quinquies* comma 1 e 350 comma 4 c.p.p. 1930.

Circa le incongruenze cui dava luogo una simile disciplina sul piano della sanabilità dei vizi degli atti probatori riconducibili a nullità di tipo relativo, cfr. G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, cit., p. 445 s. Secondo F. CORDEO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 71, la previsione di nullità per la prova invalida nell'an costituiva una nota dissonante in quanto suscettibile di sanatoria.

(48) Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 153.

(49) Cfr. L. P. CONGOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, cit., p. 128.

(50) Cfr. M. NOBILI, *sub art. 191*, cit., p. 412.

zioni, in cui compare la previsione di nullità, che ineriscono alla forma dell'atto di prova e che pure sono dettate come divieto, alle quali si affiancano, d'altra parte, prescrizioni che, pur concernendo le modalità assuntive, sanzionano la violazione di queste ultime a mezzo dell'inutilizzabilità (51). Esistono poi, naturalmente, fattispecie nelle quali la nullità viene prescritta secondo le regole generali, a seguito di mancata osservanza di norme fissate sul piano formale (52).

L'allontanamento da quella che è stata definita la primitiva « simmetria » (53) potrebbe tuttavia provocare difficoltà interpretative, difficilmente superabili ricercando di volta in volta la presenza o meno di un vero e proprio divieto probatorio che ricondurrebbe alla previsione di cui all'art. 191 comma 1 c.p.p. (54), posta d'altra parte la non trascurabile circostanza della già sottolineata sussistenza di divieti probatori formulati in forma di permesso-

(51) Per un esempio di previsione di inutilizzabilità conseguente alla violazione di modalità assuntive, cfr., art. 271 comma 1 c.p.p. (« i risultati delle accertazioni non possono essere utilizzati ... qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3 »).

V., inoltre l'art. 350 comma 6 c.p.p., sul divieto di documentazione e di utilizzazione delle notizie e indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto.

(52) Cfr., ad esempio, l'art. 213 comma 3 c.p.p. in tema di ricognizione.

(53) Così M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 153.

Questa originaria simmetria (ammissione-inutilizzabilità; assunzione-nullità) traeva peraltro spunto, come si desume dalla *Relazione prog. prel.*, cit., p. 61, dalla formulazione dell'art. 191 comma 1 c.p.p. nel progetto preliminare, laddove ci si riferiva all'illegittimità della prova conseguente all'ammissione in violazione dei divieti fissati per legge.

(54) Una fattispecie nella quale ad esempio potrebbe porsi il dubbio circa l'operatività della sanzione di cui all'art. 191 comma 1 c.p.p. è rappresentata dall'art. 42 comma 1 c.p.p. che vieta al giudice di compiere qualsiasi atto del procedimento nel caso in cui la dichiarazione di astensione o di rinuncia sia accolta. In senso affermativo si esprime G. BAKONE, sub art. 42, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., I, cit., p. 260.

D'altra parte, che l'inutilizzabilità sia talvolta svincolata dalla violazione di un divieto probatorio fissato dalla legge è provato dall'art. 729 comma 2 c.p.p. che, in tema di rogatoria attiva, sancisce l'inutilizzabilità dell'atto richiesto qualora l'autorità giudiziaria non osservi le condizioni poste dallo stato estero per l'utilizzazione dell'atto medesimo.

ne (55) e della mancanza di precisi parametri di riferimento funzionali alla individuazione degli elementi di riconoscimento dei limiti probatori medesimi.

Permane comunque il dato incontestabile del mantenimento della nullità quale vizio finalizzato ad incidere più debolmente sulla validità dell'atto probatorio, che risulta costruito in ossequio alla disciplina prevista dagli art. 177 ss. c.p.p. Se ne può quindi dedurre la possibilità di previsioni di nullità probatorie di ordine generale (art. 178 lett. b e c c.p.p.) e speciale (56) e, sul piano del regime sanzionatorio, di nullità assolute (art. 179 c.p.p.) (57), relative (art. 181 c.p.p.) e intermedie (art. 180 c.p.p.) (58), incidenti anche sugli atti di indagine preliminare (59).

La riconducibilità della nullità a tale disciplina generale non è peraltro sufficiente a sciogliere i molteplici dubbi che emergono sia sotto il profilo dei rapporti con la sanzione dell'inutilizzabilità, pur costruita secondo la stessa tecnica legislativa, sia a fronte delle previsioni enucleate per regolamentare gli effetti conseguenti alla dichiarazione di nullità (art. 185 c.p.p.).

Al di là infatti della questione se la dichiarazione di nullità comporti la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, espressamente risolta in senso negativo dall'art. 185 comma 4 c.p.p. che esclude l'operatività di tale di-

(55) V. *supra*, § 3.

(56) Cfr., a questo proposito, l'art. 199 comma 2 c.p.p., in relazione all'avviso ai prossimi congiunti circa la facoltà di astensione dalla testimonianza; l'art. 213 comma 3 c.p.p., sulla nullità della ricognizione eseguita in spregio delle prescrizioni *ex lege*; l'art. 214 comma 3 c.p.p., che, sempre in materia di ricognizione, statuisce l'obbligo a pena di nullità della menzione nel verbale delle modalità di svolgimento dell'atto.

(57) Cfr., ad esempio, l'art. 350 comma 3 c.p.p., in tema di sommarie informazioni assunte dalla persona sottoposta ad indagini preliminari, assistita obbligatoriamente dal difensore e l'art. 420 comma 1 c.p.p., in relazione alla partecipazione obbligatoria del difensore dell'imputato all'udienza preliminare.

(58) Cfr., ad esempio, l'art. 364 comma 4 c.p.p., sul diritto del difensore ad assistere all'interrogatorio, al confronto e alle ispezioni cui debba assistere la persona sottoposta alle indagini.

(59) Cfr. M. NOBILI, sub art. 191, cit., p. 410 che, peraltro, esprime dubbi circa il momento nel quale il vizio dell'atto di indagine del pubblico ministero vada dichiarato e circa l'organo a ciò deputato. Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 328.

sposto per le nullità probatorie, e dovendosi quindi ritenere applicabile la norma concernente la rinnovazione dell'atto probatorio nullo (art. 185 comma 2 c.p.p.) (60), i problemi interpretativi acquistano particolare spessore alla luce della previsione del principio di dipendenza fissato dall'art. 185 comma 1 c.p.p., secondo cui « la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo ». Posta la presunzione di applicabilità di tale dettato agli atti probatori, suffragata dalla specifica esclusione di cui all'art. 185 comma 4 c.p.p. — dalla quale è deducibile l'operatività degli altri commi della medesima disposizione — ci si chiede in che misura agisca l'inefficacia a catena delle nullità probatorie. Se la soluzione può risultare agevole in relazione alla fattispecie in cui il collegamento si instaura tra atti aventi la stessa natura di prova (61), talune difficoltà potrebbero emergere quando il rapporto di dipendenza sussista fra atto probatorio e provvedimento che si fonda su di esso. Verificata la totale riconducibilità della sostanza della pronuncia alle fonti probatorie invalide, si ritiene debba derivare la nullità del provvedimento medesimo (62).

Il quadro peraltro si complica se il vizio dell'atto sul quale si fonda il provvedimento è riconducibile alla categoria dell'inutilizzabilità. In questa fattispecie si evidenzia il mancato raccordo della citata sanzione con la nullità: applicando in effetti il concetto di dipendenza anche all'inutilizzabilità (63), ne consegue che la deci-

(60) Cfr. M. NObRI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 159.

(61) Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 869. Id., *Prove illecite*, cit., p. 171; F. M. GRIFANTINI, *Riesame del sequestro e valutazione dei presupposti nella giurisprudenza sul c.p.p. del 1930 e nel c.p.p. del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 181; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle interruzioni*, cit., p. 151.

(62) Per la nullità della sentenza riconducibile al fenomeno dell'invalidità derivata, secondo la normativa abrogata, cfr. E. AMORO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 242; G. GALLI, *L'innammissibilità dell'atto processuale penale*, cit., p. 173; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, cit., p. 445.

(63) Che tale vizio così radicale non possa rimanere circoscritto all'atto probatorio invalido è sostenuto da M. NObRI, sub *art. 191*, cit., p. 414.

Ciò tuttavia non toglie i dubbi circa l'individuazione dell'atto probatorio invalido. Cfr., ad esempio, gli art. 251 comma 1, 252 e 352 comma 1 c.p.p. D'altra

sione emessa sulla base di prove inutilizzabili (64) non può ovviamente essere qualificata a sua volta come tale, bensì come atto viziato da nullità, necessariamente di tipo assoluto, ponendosi l'esigenza di un'equiparazione fra gli effetti « forti » della prima sanzione e le conseguenze finali della seconda (65). La soluzione in tali termini si avvale peraltro di un adattamento delle formule legislative, che d'altra parte non consentono altri esiti in assenza di previsioni espresse che sarebbero risultate tuttavia doverose nell'ottica di una corretta tecnica legislativa.

Vale comunque sottolineare la difficoltà di inquadrare secondo precisi parametri il rapporto fra le diverse sanzioni previste per gli atti probatori invalidi, che talvolta paiono per di più incidere su questi ultimi in maniera concorrente (66).

5. *Regime di rilevanza del vizio di cui all'art. 191 c.p.p.* — Posta quale premessa, nei termini indicati (67), l'applicabilità alla fase preliminare della normativa generale sulla prova di cui agli art. 187 ss. c.p.p., ne consegue che il vizio-sanzione dell'inutilizzabilità può talvolta incidere su atti compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. D'altra parte, lo stesso legislatore ha normativizzato in specifiche disposizioni il ricorso al criterio dell'eliminazione a fini decisori di atti di indagine preliminare in quanto compiuti in sprezzo a espresse prescrizioni (art. 360 comma 5 c.p.p.) o

parte, talvolta, ad essere qualificati come inutilizzabili sono i risultati dell'atto (art. 271 comma 1 c.p.p.).

(64) Per la nullità assoluta del decreto che dispone il giudizio emesso sulla base di prove inutilizzabili, cfr. M. NObRI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 162 e 312.

(65) Cfr. G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento; l'assunzione diretta delle prove*, cit., p. 77; M. NObRI, sub *art. 191*, cit., p. 414.

(66) Cfr., ad esempio, l'art. 360 comma 5 c.p.p. che fissa l'inutilizzabilità ai fini del giudizio dell'accertamento eseguito in assenza dei presupposti indicati. All'inutilizzabilità si può peraltro affiancare la nullità ex art. 179 lett. c c.p.p. per violazione delle norme ex art. 360 commi 1 e 3 c.p.p. Cfr. M. NObRI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, cit., c. 274.

V., inoltre, le osservazioni di A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., p. 86-87.

(67) V. *supra*, § 3.

ne ha sancito la vanificazione pur se svolti in presenza di presupposti preventivati (art. 350 commi 5 e 6 c.p.p.). Ne consegue che, secondo quanto già sottolineato (68), l'inutilizzabilità di un atto produce, già nell'ambito della fase in cui il medesimo è formato, l'invalidazione del provvedimento che sul medesimo si fonda, cosicché, ad esempio, dovrebbe risultare viziato di nullità assoluta il decreto che dispone il giudizio (art. 429 c.p.p.) (69) supportato in via esclusiva dai risultati di un'intercettazione telefonica illegittima (art. 271 c.p.p.) o il provvedimento che dispone l'adozione di una misura cautelare a fronte di elementi (art. 292 comma 2 lett. c.p.p.) emergenti da una attività di perquisizione-sequestro vietata (art. 103 comma 2 c.p.p.). In sostanza, quindi, l'inutilizzabilità non è necessariamente collegata al profilo decisivo, bensì è connessa a qualsiasi atto compiuto in violazione di un divieto probatorio, espressamente fissato o ricavabile dal sistema normativo (70).

La rilevabilità del vizio, pur non essendo circoscritta né alla fase in cui il medesimo si è verificato né ai soggetti interessati alla sua deduzione, posta la formulazione dell'art. 191 comma 2 c.p.p. (71), può risultare tuttavia subordinata al ricorso a mezzi differenti a seconda del momento in cui l'inutilizzabilità venga fatta valere. Così, è evidente che per denunciare il vizio in tal senso dell'interrogatorio effettuato in sede di indagini preliminari (art. 364 c.p.p.), svoltosi in pregio al principio che tutela la libertà morale

(68) V. *supra*, § 4.

(69) V. *supra*, § 4.

(70) Analogamente alla nullità, l'inutilizzabilità può qualificarsi come generale o speciale, a seconda cioè che la sua individuazione possa avvenire a mezzo del riferimento alla norma di *genus* che detta le connotazioni del vizio (art. 191 c.p.p.) oppure a singole disposizioni. Ipotesi di inutilizzabilità speciali sono date dall'art. 271 comma 1 c.p.p., in tema di intercettazioni telefoniche, dall'art. 195 commi 3 e 7 c.p.p., per la testimonianza indiretta. Cf., inoltre, per altre previsioni espresse di inutilizzabilità, gli art. 63 commi 1 e 2, 203, 240 e 350 comma 6 c.p.p. L'assenza nelle disposizioni speciali di un preciso regime di rilevanza obbliga al rinvio alla norma generale (art. 191 comma 2 c.p.p.) che prevede un regime di rilevanza senza limiti temporali.

(71) L'art. 191 comma 2 c.p.p. stabilisce che « l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento ».

Essendo la sanzione in oggetto costruita alla stregua della nullità assoluta, si deduce che l'unico mezzo di sanatoria è dato dal giudicato.

della persona nell'assunzione della prova (art. 64 comma 2 e 188 c.p.p.), e che ha fondato l'ordinanza di cui all'art. 292 c.p.p., può essere utilizzato, a seconda dei casi, il riesame di cui all'art. 309 c.p.p. o l'appello ex art. 310 c.p.p., mentre l'invalidità del decreto emesso al termine dell'udienza preliminare (art. 429 c.p.p.) può essere rilevata attraverso i mezzi impugnativi ordinari (72) della decisione finale, strumentali del resto alla rilevanza del vizio incorso nell'istruzione dibattimentale.

Va comunque sottolineato come la sanzione in oggetto sia operativa in maniera assoluta e incida insanabilmente sull'atto (art. 191 comma 2 c.p.p.), tanto che i limiti di rilevanza che parrebbero essere posti da talune disposizioni collocate nell'ambito della disciplina concernente il giudizio, possono riguardare in realtà fattispecie differenti, di per sé estranee al profilo tecnico dell'inutilizzabilità. Ci si riferisce in particolare all'art. 491 comma 2 c.p.p. (73) che, nel predisporre il regime applicabile alle questioni preliminari, ora temporalmente collocate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492 comma 1 c.p.p.), preclude oltre tale formalità la proposizione delle questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento: queste ultime devono infatti essere proposte subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti (art. 484 comma 1 c.p.p.), salvo che la possibilità di proporre sorga soltanto nel corso del dibattimento, e sono decise immediatamente (art. 491 comma 1 c.p.p.). Come è stato sottolineato in dottrina, tale limite temporale fruisce di spazi operativi meno estesi di quanto non parrebbe ad un primo approccio interpretativo della norma che provvede ad esplicitarlo.

(72) Sulle questioni relative ai vizi che incidono sul decreto che dispone il giudizio, di per sé inoppugnabile, cf. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 162.

(73) Cfr. P. FERREA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 261, che prospetta il rischio che la giurisprudenza, sulla base di tale norma, consideri il vizio deducibile in *limine litis*. Ciò produrrebbe la conseguenza per cui atti viziati, inclusi *ab origine* nel fascicolo dibattimentale, o successivamente acquisiti dopo l'uso a fini contestativi (art. 500 e 503 c.p.p.) o in caso di irripetibilità sopravvenuta (art. 512 c.p.p.), potrebbero essere comunque utilizzati a fini decisori nell'ipotesi di mancata rilevanza nel termine.

Si tratta in effetti di una « preclusione inerente alla sola formazione iniziale del fascicolo » (74) e che non necessariamente concerne le questioni relative alla procedura di acquisizione probatoria, tanto è vero che a mezzo di un ulteriore disposto si prevede che il giudice possa provvedere « in merito agli atti che devono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento o eliminati da esse » (art. 491 comma 4 c.p.p.). L'inserimento di determinati atti nel fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p., lungi dal costituire strumento di « cristallizzazione » di un materiale di prova utile a fini decisori, rappresenta in realtà un adempimento che non integra né esaurisce alcuna fase di un eventuale procedimento probatorio: si tratta in realtà di un'attività prodromica ad un'apposita, regolare e legittima acquisizione » (75), la cui verifica avviene a mezzo del controllo giudiziale ex art. 491 comma 4 c.p.p.

Pertanto, individuata la lettura quale strumento acquisitivo degli atti contenuti nel fascicolo (art. 511 c.p.p.), si profila conseguentemente che le questioni concernenti il momento acquisitivo non possano sottostare al limite temporale di proposizione fissato per eccezioni di ordine meramente formale (art. 491 comma 2 c.p.p.).

Del resto, che le controversie sull'acquisizione dibattimentale vera e propria godano di un trattamento normativo differente, emerge dalla formulazione dell'art. 495 comma 4 c.p.p., laddove si stabilisce che « nel corso dell'istruzione dibattimentale il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine all'ammissibilità delle prove ». È evidente come la rilevazione degli eventuali vizi incidenti sugli atti a natura probatoria possa quindi avvenire in stadi più avanzati rispetto alle previsioni già indicate (art. 491 comma 2 c.p.p.) o al di fuori dell'ambito dell'esposizione introduttiva (art. 493 c.p.p.), che pure può costituire momento opportuno per un rilievo di inammissibilità della prova (76): le ecce-

(74) Così, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 279. V., inoltre, P. FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in Id., *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 61.

(75) Ancora, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 273.

(76) Cfr. E. AMODIO, *Il dibattimento*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 88.

zioni preventivate dall'art. 495 comma 4 c.p.p. sono quindi riferibili sia alle acquisizioni probatorie nuove, sia peraltro a tutta l'attività di istruzione probatoria, che « ricomprende anche quella forma surroganea che consiste nel riapparendere, tramite letture, conoscenze pur formate nella fase precedente » (77). In effetti, non avendo il legislatore formulato esplicite disposizioni (78) sul piano del regime di rilevanza dei vizi emergenti a fronte del procedimento acquisitivo dato dalla lettura (art. 511 ss. c.p.p.) (79), si deve ritenere che soccorra in tale fattispecie il disposto di cui all'art. 495 comma 4 c.p.p.

La complessa disciplina normativa si presta peraltro al rischio di interpretazioni contrastanti, superabili solo alla luce del disposto che non delimita temporalmente l'ambito di rilevanza del vizio dell'inutilizzabilità (art. 191 comma 2 c.p.p.). Si dovrebbe pertanto ritenere che il limite di deducibilità desumibile dall'art. 491 comma 2 c.p.p. debba riguardare i vizi connessi all'originaria inclusione di atti di indagine preliminarmente ritenuti irripetibili, quan-

(77) Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 274.

(78) Fra le norme che prevedono poteri di intervento delle parti per contrastare l'uso di materiale raccolto in indagini preliminari, sul piano dell'esame testimoniale, v. l'art. 499 comma 6 c.p.p., relativo al potere del giudice di intervenire ad assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni; esso non esclude un potere di sollecitazione di parte in tal senso, laddove indica che l'intervento del presidente può avvenire anche d'ufficio.

Inoltre l'art. 504 c.p.p. ammette espressamente il ricorso alle opposizioni nel corso dell'esame testimoniale. L'ambito di operatività di tale disposto, che dovrebbe trovare spazi applicativi soprattutto a fronte delle fattispecie contestative (o delle letture-contestazioni, art. 500 comma 3 c.p.p.), dovrebbe peraltro essere riaccordato alla norma prima citata (art. 499 comma 6 c.p.p.) che espressamente si pone a tutela anche della « correttezza delle contestazioni ». In questo senso, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 275.

(79) Va comunque sottolineata la differenza tra la lettura di atti inseriti in via originaria nel fascicolo ex art. 431 c.p.p. e la lettura finalizzata ad acquisire atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Mentre la prima costituisce il veicolo acquisitivo dell'atto la cui destinazione a fini di prova è già stata vagliata in sede di questioni preliminari, la seconda consente l'utilizzazione dell'atto i cui requisiti di validità possono essere accertati al momento della lettura medesima. Cfr., P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, cit., p. 263.

do *in limine litis* si individui la ripetibilità dell'atto, ma non si attragli al vizio relativo all'acquisizione di atti compiuti in violazione di divieti probatori o dichiarati inutilizzabili espressamente da singole disposizioni o che, « per la loro struttura, in nessun caso avrebbero potuto considerarsi irripetibili in via originaria » (80).

In ogni caso, va ribadito che, individuata la lettura ovvero l'indicazione di utilizzabilità (art. 511 comma 5 c.p.p.) quale veicolo acquisitivo e non sussistendo disposizioni che le configurino quale termine ultimo di eccezione dell'acquisizione illegittima, i vizi che costituiscono il risultato della violazione di quella regola di esclusione fissata dall'art. 526 c.p.p., non subiscono alcuna limitazione sul piano della rilevanza (art. 191 c.p.p.).

6. *Cenni ad alcune questioni concernenti i mezzi impugnativi.*

— I quesiti che possono porsi sul piano dei mezzi impugnativi ripropongono peraltro sostanzialmente le già sottolineate questioni concernenti i complessi e non disciplinati rapporti fra le sanzioni dell'inutilizzabilità e della nullità, o, ciò che è lo stesso, i problemi inerenti le conseguenze derivanti dall'atto inutilizzabile rispetto all'atto consecutivo dipendente. Posto che, analogamente a quanto previsto per la nullità (art. 185 comma 1 c.p.p.), anche all'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. non può risultare estranea un'efficacia per così dire « negativa » sugli atti collegati all'atto viziato da un rapporto di dipendenza (81) e premessa la difficoltà di individuare una corretta disciplina non tanto dei rapporti intercorrenti fra atti a natura probatoria, quanto delle relazioni di stampo invalidativo fra atto probatorio viziato e provvedimento che su di esso si fonda (82), si ribadisce la necessità di enucleare per quest'ultimo un tipo di sanzione tale da bilanciare con pari efficacia il vizio dell'atto originario: esclusa *a priori* la possibilità, non proponibile sotto il profilo logico, di definire a sua volta in termini di inutilizzabilità il provvedimento derivato, si è sostenuta quale soluzione necessaria la

(80) Così, P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, cit., p. 263.

(81) V. *supra*, § 4.

(82) V. *supra*, § 4.

previsione per quest'ultimo di una nullità assoluta che si pone per la sua disciplina strutturale quale l'unica sanzione dotata di efficacia invalidativa alla stregua dell'inutilizzabilità (83).

Si dovrebbe ritenere pertanto che la sentenza emessa in violazione della regola sancita dall'art. 526 c.p.p. e fondata quindi su prove diverse da quelle legittimamente acquisite al dibattimento sia da considerarsi anzitutto invalidata nel senso prospettato (84).

Va peraltro sottolineato che alla già evidenziata mancanza di coordinamento normativo fra le sanzioni processuali previste per gli atti probatori viziati, si aggiunge una analoga carenza di disciplina in sede di disposizioni sui mezzi impugnativi, nelle quali non è stato predisposto, almeno per certi profili, un regime specifico per l'inutilizzabilità parallelo a quello enucleato per la nullità.

A questo riguardo può essere richiamato il disposto di cui all'art. 604 comma 4 c.p.p. che dispone per il giudice d'appello l'obbligo di dichiarare con sentenza l'accertata nullità assoluta da cui è derivata la nullità del provvedimento che dispone il giudizio o della sentenza di primo grado e di rinviare gli atti al giudice che procedeva quando si è verificato il vizio. Ci si chiede quindi a quale criterio comportamentale debba riferirsi il giudice che rilevi l'inutilizzabilità dell'atto sul quale si è basato il decreto che ha disposto il giudizio o la pronuncia di merito. Accogliendo la tesi proposta — peraltro non sostenuta da fonti normative specifiche, bensì supportata dall'applicazione in via analogica di determinate disposizioni (art. 185 comma 1 c.p.p.) — che ritiene estensibile all'inutilizzabilità il principio di dipendenza dell'atto consecutivo dall'atto dichiarato nullo (85), si dovrebbe ritenere comunque applicabile il dettato di cui all'art. 604 comma 4 c.p.p., posto che in effetti il giudice dovrebbe accertare la sussistenza di un vizio che ha costituito la base imper-

(83) Cfr. M. NORTI, *sub art. 191*, cit., p. 414.

(84) Tale conclusione può d'altra parte prestarsi al superamento di limiti al ricorso per cassazione emergenti dalla formulazione dell'art. 606 comma 1 lett. e c.p.p. che richiede, per fondare il gravame contro la sentenza carente di motivazione o motivata in maniera manifestamente illogica, che il vizio risulti dal testo del provvedimento impugnato. Per questo profilo, cfr. P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, cit., p. 121.

(85) V. *supra*, § 4.

fetta del successivo provvedimento. D'altra parte, la dizione della norma, nel riferirsi specificamente alla nullità *ex art.* 179 c.p.p., attinente peraltro all'atto originario e non all'atto derivato, viziato quindi solo come tale, potrebbe scalzare il fondamento stesso della tesi. Non è chiaro infatti se il giudice, accertata la sussistenza di un'« inutilizzabilità » che dovrebbe comunque dichiarare, debba rinviare gli atti al giudice che procedeva quando si è verificato il vizio oppure decidere direttamente in merito. La prima soluzione dovrebbe scartarsi a fronte dell'art. 185 commi 3 e 4 c.p.p. che, escludendo per le nullità concernenti le prove la applicazione del criterio di regressione del procedimento allo stato e al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, dovrebbe ritenersi operativo anche per l'inutilizzabilità. Parrebbe pertanto proponibile la tesi della decisione immediata nel merito che escluda comunque l'uso dell'atto inutilizzabile.

Nel caso peraltro in cui quest'ultimo costituisca la fondamentale base decisoria, anche tale percorso potrebbe rivelarsi impraticabile: l'eccezione potrebbe integrarsi tuttavia nel caso in cui sia stata disposta la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per la sopravvenienza o la scoperta di nuove prove dopo il giudizio di primo grado (art. 603 comma 2 c.p.p.), dalla quale siano scaturiti risultati probatori idonei a supportare legittimamente la pronuncia al di là degli elementi emergenti dall'atto inutilizzabile. Va comunque evidenziata anche su questo piano la necessità di una maggiore chiarezza del dettato normativo.

Analoghe riserve critiche potrebbero d'altra parte avanzarsi considerando la disciplina prevista per il ricorso al giudice di legittimità, pur se rivisitata alla luce delle nuove prescrizioni in materia probatoria (86). L'art. 606 comma 1 lett. c c.p.p. prevede-

(86) Circa le restrizioni operate nel nuovo testo (art. 606 ss. c.p.p.) al sindacato di legittimità, cfr. *Relazione prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 133.

In dottrina, cfr. M. BAKIS, *Rettificazione e merito nel giudizio di cassazione penale. Dal codice del 1930 al codice del 1988*, Milano, 1989, p. 203; M. BOSCHI, *Controllo di legittimità e vizio di motivazione*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 477; CORDE-RO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 684; P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione*, cit., p. 113 s.; MINNA DANESI, *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. CANZIO - D. FERRANTI - A. PASCOLINI, Milano, 1989, p. 278; GIO. LATTAZZI, *La*

de infatti quale motivo di ricorso per cassazione l'inosseranza delle norme processuali stabilite a pena di inutilizzabilità. È indubbio che tale previsione si attaglia alle fattispecie di « aggressione diretta » dell'atto viziato, prescindendo da un difetto di motivazione del provvedimento che lo ha considerato, visto che tale vizio risulta ricompreso quale base del ricorso supportato da tale mancanza o manifesta illogicità della motivazione » (art. 606 comma 1 lett. e c.p.p.). Permane tuttavia irrisolto il quesito circa l'individuazione dell'atto invalido e il tipo di sanzione che incide sul provvedimento dipendente dall'atto probatorio viziato (87), mentre d'altra parte emerge come dato obiettivo lo squilibrio nella ripartizione della materia impugnativa riconducibile alle previsioni dell'art. 606 comma 1 lett. c c.p.p., piuttosto che a quelle individuate dall'art. 606 comma 1 lett. e c.p.p. (88). Ciò indipendentemente dalla circostanza per cui, per l'integrarsi di queste ultime, sia richiesta la presenza di uno specifico presupposto, ritenuto in dottrina fortemente limitativo (89), che esige la sussistenza di un vizio risultante dal testo del provvedimento impugnato (art. 606 comma 1 lett. c c.p.p.) e che esclude, quindi, per la diagnosi di invalidità probatoria, un accertamento esteso dalla motivazione agli atti del processo.

Corte di cassazione tra vecchio e nuovo processo penale, in *Foro it.*, 1988, V, c. 453; G. SPANGHER, *Libro IX - Impugnazioni*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 447.

(87) Cfr. in tal senso, M. NOBILI, *sub art. 191*, cit., p. 414.

(88) Cfr. P. FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione*, cit., p. 115.

(89) F. CORDE-RO, *Codice di procedura penale commentato*, cit. p. 684; M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 168.