

**PIERO GUALTIERI**

**PROVE ILLEGITTIME  
E SANZIONI PROCESSUALI**



SOMMARIO: 1. Il divieto di utilizzazione delle prove illegittime. — 2. Prove illegittime e prove illecite. — 3. Limiti di utilizzabilità delle prove illegittime. — 4. Prove invalide nel *quomodo*: sanzioni processuali. — 5. Prove invalide nell'*an*: sanzioni processuali. — 6. Divieti di acquisizioni probatorie sprovvisti di previsione di sanzione processuale: inapplicabilità dell'art. 185 n. 3 cod. proc. pen. ed insussistenza di una mera irregolarità. — 7. Inapplicabilità del concetto di inesistenza: semplice nullità relativa della sentenza che utilizzi il dato probatorio invalido.

1. Sulla utilizzabilità in giudizio delle prove acquisite illegittimamente, cioè in violazione delle norme che ne disciplinano il procedimento di ammissione ed espletamento, vi è diversità di indirizzi sia in giurisprudenza che in dottrina <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Si sono pronunciate nel senso della utilizzabilità di tali prove Cass. 23 gennaio 1973 Ferraro, in *Giust. pen.* 1973, III, c. 536; Cass. 10 ottobre 1972, Fichera, *ivi*, 1973, III, c. 657; Cass. 28 gennaio 1958, *ivi*, 1958, III, c. 790; *Contra* Cass. 10 Marzo 1975, Sivalle, in *Giust. pen.* 1977, III, c. 92; Cass. 12 dicembre 1974, Tremartano, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1976, p. 511, m. 575; Cass. 14 gennaio 1974, Buda, *ivi*, 1975, p. 640, m. 778; Cass. 4 giugno 1973, Roulli, *ibidem*, p. 326, m. 333; Cass. 17 febbraio 1978, Bellandi, in *Giust. pen.* 1978, III, 340.

Per una più vasta rassegna di giurisprudenza vedi VICORITI, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322 seg.

La dottrina è in larga maggioranza orientata per la inutilizzabilità della prova illegittima: cfr. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, in *Giur. it.* 1960, I, 2, c. 867 seg.; BELLANTONI, *Le perquisizioni nella disciplina del codice di procedura penale: aspetti problematici*, in *Ind. pen.* 1976, p. 50; CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.* 1961, I, p. 556 seg.; CRISTIANI, *Appunti sul problema della prova illecita nel processo penale*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa 1973, p. 333 seg.; DI FILIPPO, *La polizia giudiziaria*, Torino, 1970, p. 97; FASO, *La libertà di domicilio*, Milano, 1969, p. 187; FILIPPI, *La perquisizione domiciliare alla ricerca di armi*, in *Giur. cost.* 1974, p. 2712; GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, 1968, p. 171-172; LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1978, p. 443 seg.; MUSCOLO, *La perquisizione personale e il caso di Coletta Agata*, in *Giust. pen.* 1969, I, 363, seg.; PISANI, *Nuovo contributo alla teoria della caducazione nel diritto processuale*, in

È stato in proposito sostenuto che dall'illiceità dell'atto nel quale la prova consiste non potrebbe farsi derivare l'inammissibilità della prova medesima <sup>(2)</sup>: per stabilire la validità dell'acquisizione bisognerebbe accertare se la prova sia annoverata fra quelle di cui è permessa l'apprensione coattiva da parte del giudice. In caso affermativo la prova sarebbe utilizzabile anche se l'ausiliario se ne sia impossessato illegittimamente poiché l'intervento del giudice, secondo la misura dei suoi poteri, interrompe la sequela. Per affermare il contrario si dovrebbe trovare una eccezione esplicita, una norma, ad esempio, che prevedesse la possibilità di sequestro delle cose pertinenti al reato solo a condizione del compimento di una ricerca secondo date regole: si dovrebbe allora restituire l'arma, la refurtiva, il documento ricattatorio «dopo di che, accordata una congrua tregua, secondo il migliore *fair play*, si ricomincerà da capo l'investigazione per riscoprire

*Boll. ist. dir. proc. pen. Università Pavia*, (1960-61), 1962, p. 76 seg.; PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1976, p. 1215; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, pag. 170; SCAGLIONE, *La perquisizione ad iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Il Tommaso Natale*, 1976, p. 513; VIGORITI, *Prove illecite e costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 1968 p. 73. Vedi anche GREVI, *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1967, p. 724 seg. *Contra* CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 123 e 158; PIOLETTI, *Perquisizione in Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino, 1965, p. 1002; SPIZUOCO, *Mancata convalida della perquisizione operata dalla polizia ai sensi dell'art. 13 della costituzione ed effetti circa le prove raccolte*, in *Giust. pen.* 1951, I, c. 83.

Per riferimenti di diritto comparato vedi COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nella esperienza anglosassone e germanica*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Vol. 39, Pavia, 1966, p. 259, seg.; NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.* 1966, p. 422 seg.

La discussione ha riguardato soprattutto le conseguenze della illegittimità o della mancata convalida della perquisizione, ritenendosi da taluno che gli artt. 13 e 14, comma secondo, cost. non contengano alcun elemento da cui si possa dedurre l'inammissibilità della prova così acquisita e da altri viceversa che l'omissione della convalida comporterebbe, con la privazione di effetti della perquisizione, l'inutilizzabilità delle prove raggiunte attraverso essa.

<sup>(2)</sup> CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, p. 585. L'autore preferisce usare l'espressione inammissibilità della prova quale sinonimo di divieto probatorio.

ciò che non si è trattenuto» (3). Né si potrebbe far riferimento agli artt. 13 e 14 della costituzione i quali servono solo ad evitare che un sequestro operato dalla polizia in un dato contesto di circostanze, senza autorizzazione della autorità giudiziaria, protragga indefinitamente i propri effetti (4).

A nostro giudizio tale interpretazione riduttiva degli artt. 13 e 14 non può essere accolta: la dizione «restano privi di ogni effetto» crea un preciso ed esplicito divieto di attribuire efficacia all'atto compiuto in modo difforme da quello prescritto dalla legge (5).

Né va dimenticato che scopo di queste norme è di tutelare la libertà individuale dall'attività dei pubblici poteri per cui «la revoca di un ordine di visita domiciliare avrebbe sapore di beffa dopo che la visita è stata conseguita se non fosse accompagnato dall'altra sanzione dell'inefficacia probatoria del materiale raccolto» (6).

(3) CORDERO, *Procedura penale, cit.*, p. 590; ID., *Prove illecite, cit.*, p. 123. Ma, come vedremo, di «eccezioni esplicite» ve ne sono diverse a cominciare dall'art. 13 cost. Cfr. in proposito, per vari esempi, RICCIO, *op. cit.*, p. 190.

(4) CORDERO, *Prove illecite, cit.* p. 130, nota 286.

(5) Secondo PISANI, *Nuovo contributo, cit.*, p. 72, si avrebbe un fenomeno di caducazione propria, e nulla rileverebbe il riferimento alla sola polizia di sicurezza del divieto degli effetti dell'atto, in quanto esso è riferibile a tutte le situazioni nelle quali è reso concreto dalla legge ordinaria il precetto costituzionale.

(6) BASCHIERI - BIANCHI D'ESPINOSA-GIANNATASIO, *La costituzione italiana, commento analitico*, Firenze 1949, p. 81.

RICCIO, *op. cit.* p. 196, nel ribadire il carattere di norme precettive di immediata applicazione degli artt. 13 e 14 cost., che presiederebbero alla vigenza nel nostro ordinamento processuale di una sanzione di inammissibilità della prova raccolta illecitamente, rileva come tale principio sia accolto anche nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, da osservarsi come legge dello Stato essendo stata ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, la quale all'art. 6 subordina l'ammissibilità della prova alla partecipazione effettiva ed attiva della difesa nella dinamica processuale. La norma si riferisce alla sola prova testimoniale, ma la regola dovrebbe ritenersi applicabile ad ogni prova.

Vedi comunque in generale, anche CONSO, *Insufficienza delle norme prive di sanzioni processuali ad attuare i principi costituzionali (con speciale riguardo ai rapporti fra l'art. 246 c.p.p. e l'art. 13 della costituzione)*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1957, 1018.

In questo senso, d'altronde, si è pronunciata anche la Corte costituzionale osservando, nella sentenza n. 175 del 1970, che «il canone secondo il quale al giudice è consentito di apprezzare secondo la sua esperienza il valore probatorio presuppone che non si tratti di prove vietate dalla legge»<sup>(7)</sup> e ribadendo poi, nella sentenza n. 34 del 1973, che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche, riconosciuto inviolabile dall'art. 15 cost., sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria, aggiungendo che «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»<sup>(8)</sup>.

Generalizzando in questi termini il suo discorso, la Corte ha mostrato quindi di individuare la ragione del divieto all'impiego processuale delle prove illegittimamente acquisite, non solo nella circostanza che le norme costituzionali dichiarano privi di ogni effetto gli atti di acquisizione, ma anche nella proclamazione costituzionale di «inviolabilità» dei diritti in parola, la quale perderebbe gran parte del suo significato se si ammettesse che i risultati derivanti dalla violazione degli stessi diritti possano servire alla formazione del convincimento dell'autorità giudiziaria *contra reum*: se ciò avvenisse, verrebbe meno la loro funzione di garanzia sostanziale contro gli eventuali abusi della pubblica autorità, ad essi demandata nell'assetto di uno stato di diritto ad impostazione personalistica<sup>(9)</sup>.

(7) Corte Cost. 2 dicembre 1970, n. 175, in *Giur. cost.* 1970, 2101, seg. con nota di M. SCAPARONE.

(8) Corte cost. 2 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.* 1973, p. 338 seg. con nota di GREVI.

(9) GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. Cost.*, 1973 pag. 338 seg. Conf. BELLANTONI. *Le perquisizioni*, cit. p. 51; FILIPPI, *op. cit.*, p. 2712; SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 514. Vedi

## 2. Ma quando può parlarsi di illegittima acquisizione?

Si è detto esattamente che in questo problema vi sono due aspetti da studiare distintamente. Il primo concerne le prove in sé e per sé ammissibili (e rilevanti ed efficaci) in giudizio, le quali però siano create o siano pervenute al soggetto che le introduce in giudizio attraverso un atto illegittimo<sup>(10)</sup>: l'illegittimità di questo caso è propria di un atto processuale o extra processuale precedente e comunque non coincidente con quello dell'ammissione (o produzione o assunzione). Il secondo aspetto è quello delle prove di cui la legge vieta direttamente l'ammissione nel processo: in questo caso l'illegittimità sarebbe propria dell'atto stesso di ammissione o produzione della prova<sup>(11)</sup>.

Il giudice non potrà porre a fondamento della sua decisione la prova inammissibilmente raccolta, poiché il principio della sua libertà di convincimento «si applica alle prove acquisite al processo nel rispetto della legge, non a quelle che, se si fosse tributata alla legge la debita osservanza, non sarebbero mai state acquisite al processo»<sup>(12)</sup>.

RICCIO, *op. cit.*, pag. 190 seg. il quale indica alcuni casi di inammissibilità di prove raccolte *contra jus*, fra i quali appunto le intercettazioni telefoniche. VIGORITI, *Prove illecite, cit.*, p. 72, sostiene che il cittadino, per la sua posizione di soggezione, ha maggior bisogno di essere protetto contro l'azione illegittima della pubblica amministrazione che non contro l'illecito di un altro privato: anche se il diritto leso è il medesimo, l'illecito dell'autorità è certamente molto più grave e socialmente pericoloso di quello del singolo individuo e non può quindi ritenersi ingiustificato disporre, oltre all'applicazione delle sanzioni previste dal codice penale, l'inammissibilità in giudizio dei risultati della attività illecita. A suo parere la Costituzione vieta dunque l'utilizzazione della prova solo se l'illecito sia commesso da un organo della pubblica autorità e non quando ne sia autore un privato cittadino.

<sup>(10)</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 556, il quale pone come esempi una confessione estorta o una testimonianza resa su rivelazioni fatte da un professionista in violazione dell'art. 622 cod. pen.

<sup>(11)</sup> CAPPELLETTI, *loc. ult. cit.*; come esempi vengono indicate le ispezioni o esibizioni in contrasto con gli artt. 351 e 352 c.p.p. e le perizie assunte in contrasto con l'art. 314, comma secondo, c.p.p.. NUVOLONE, *Le prove vietate, cit.* pag. 470. distingue fra divieti di natura processuale, posti a protezione di interessi attinenti unicamente alla logica e alla finalità del processo, e divieti di natura sostanziale, stabiliti in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce ai singoli indipendentemente dal processo.

<sup>(12)</sup> ALLORIO, *Efficacia, cit.*, c. 870; CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 562.

Tutto questo evidenzia che una prova valida per il processo può derivare anche da un comportamento non conforme alla legge ed anzi addirittura da un comportamento illecito (si pensi alla deposizione di un professionista che spontaneamente violi il segreto professionale o alla produzione di documenti rubati) e quindi che è impossibile far dipendere la rilevanza ed efficacia probatoria di un atto dalla sua illiceità: allora per valutare l'utilizzabilità della prova si dovrà aver riguardo soltanto alle norme processuali che ne disciplinano l'ammissibilità e l'assunzione<sup>(13)</sup>. Un illecito di natura sostanziale (la commissione di un reato ad esempio), non porta alla inefficacia della prova attraverso di esso conseguita, mentre tale conseguenza ha l'inosservanza delle norme sul procedimento di formazione della prova (legittimazione, condizioni di ammissibilità, divieti) salvo il verificarsi di una causa di sanatoria; per cui le prove acquisite a mezzo di una perquisizione non consentita saranno sì invalide, ma non per il comportamento illecito sotto il profilo sostanziale dei perquirenti, i quali violino gli artt. 609 e 615 cod. pen., bensì per l'inosservanza dei presupposti condizionanti il compimento dell'atto, e l'invalidità si estenderà al sequestro eventualmente eseguito, ai sensi dell'art. 189 cod. proc. pen. Ciò tuttavia non significa che si debba sempre provvedere alla restituzione della cosa illegalmente appresa: subito dopo la declaratoria di nullità dell'atto, potranno essere sequestrate con un nuovo provvedimento quelle che, da altri elementi lecitamente acquisiti al processo, possano ritenersi pertinenti al reato o quelle la cui detenzione o circolazione

<sup>(13)</sup> *Contra*, vedi CORDERO, *Tre studi*, cit., p. 123. Vedi anche Cass. 24 novembre 1977, Manusardi, in *Giust. pen.* 1978, III, c. 417, secondo cui la mancata convalida della perquisizione ex art. 224 cod. proc. pen. non determina l'inefficacia del sequestro né elimina la prova del reato oggettivamente accertato.

Il MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, Torino, 1970, p. 763, in caso di sequestro di cose insequestrabili sostiene l'assenza di sanzioni processuali (salvo quelle disciplinari o penali per gli abusi di autorità) ma solo l'impedimento all'uso processuale della cosa sequestrata quando sia rilevata da chi ne ha interesse l'illegalità del sequestro.



sia oggettivamente vietata (ad esempio le armi e le sostanze stupefacenti) poiché da questa loro particolare natura scaturisce immediatamente la causa giustificativa della loro apprensione non appena il giudice, dichiarata la nullità dell'atto, ne ordini la rinnovazione secondo quanto dispone l'ultimo comma dell'art. 189 c.p.p..

3. Affermata in generale l'esistenza nel nostro ordinamento del principio di inutilizzabilità di una prova illegittimamente acquisita, è opportuno precisarne gli eventuali limiti e, a tal fine, assume rilevanza la determinazione della specie di invalidità da cui l'atto risulta colpito, mutando, con la gravità del vizio, quanto meno cronologicamente, la possibilità di far uso del dato probatorio. Infatti, qualora ricorresse una nullità assoluta, la invalidità potrebbe essere fatta valere entro termini più ampi rispetto al verificarsi di una nullità relativa mentre, a voler ritenere integrate delle ipotesi di inesistenza, l'atto non sarebbe addirittura suscettibile di sanatoria.

Non ci pare che l'art. 6 della legge 6 agosto 1977 n. 534 abbia mutato i termini della questione, poiché esso ha lasciato inalterata la funzione di norma di riferimento dell'art. 185 c.p.p., introducendo soltanto una diversificazione fra i tipi di invalidità in essa previsti <sup>(14)</sup>: la insanabilità in ogni stato e grado del procedimento è ora una caratteristica della sola violazione delle norme riguardanti la capacità e la costituzione del giudice, l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, l'omessa citazione dell'imputato o l'assenza del difensore al dibattimento. Per tutte le altre vi è stata un'anticipazione del momento di sanatoria, dal giudicato al compimento delle formalità di

<sup>(14)</sup> *Contra*, Lozzi, *Prove invalide*, cit. p. 454, il quale ritiene che le nullità di cui al terzo comma dell'art. 185 c.p.p. costituiscano un *tertium genus* accanto alle nullità assolute (intese come insanabili e rilevabili d'ufficio) e alle nullità relative (intese come sanabili e rilevabili *ope exceptionis*). Sostanzialmente nello stesso senso cfr. AMODIO-DOMINIONI-GALLI, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico*, Milano 1978, p. 58-59.

apertura del dibattimento, se verificatesi nell'istruzione, o alla definizione del grado successivo del giudizio, se sorte in quello di primo o secondo grado o di rinvio. A nostro parere si potrà continuare ad attribuire ad esse la qualifica di «assolute» poiché l'elemento caratterizzante di questa specie di invalidità non va (e non andava) ricercato nella insanabilità, requisito insussistente anche in precedenza per la possibilità di sanatoria data dal giudicato, bensì nella loro rilevabilità d'ufficio, da contrapporsi alla esclusiva rilevabilità *ope exceptionis* delle nullità relative <sup>(15)</sup>. La legge n. 534 appare ancora più illuminante in proposito, avendo mantenuto per le nullità indicate nel terzo comma dell'art. 185, il requisito della rilevabilità d'ufficio, ma non la loro insanabilità, e ribadito così da un lato la rilevabilità ad eccezione di parte della nullità relative e dall'altro la sanabilità delle assolute <sup>(16)</sup>.

Inoltre, essendo rimasti immutati gli artt. 522, comma secondo, e 543, n. 6, c.p.p. e l'art. 7, comma secondo, D.P.R. 25 ottobre 1955, n. 932, il giudice non può tuttora esimersi dall'obbligo di dichiarare anche le nullità previste nel terzo comma dell'art. 185 c.p.p., con la conseguente regressione del procedimento <sup>(17)</sup>.

<sup>(15)</sup> Vedi in proposito CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 184; ID., *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1956, p. 585; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Vol. I, Napoli 1961, p. 729; VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano 1973, p. 167. *Contra* CORDERO, *Nullità sanatorie e vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, p. 688; ID., *Procedura penale*, cit. p. 562.

<sup>(16)</sup> LOZZI, *Prove invalide*, cit., p. 454, osserva che l'esclusione della insanabilità per le nullità di cui al terzo comma dell'art. 185, c.p.p., potrebbe portare all'applicazione ad esse delle sanatorie generali dell'art. 187 c.p.p.: il riferimento dovrebbe essere tuttavia limitato al caso del raggiungimento dello scopo, essendo incompatibile l'acquiescenza con la rilevabilità d'ufficio e risultando di minor rilievo l'aver dato o essere concorso a dare causa alle nullità e il non aver interesse all'osservanza della disposizione violata, concernenti non sanatorie, ma difetti di legittimazione attiva, poiché allorquando si tratti di nullità rilevabili d'ufficio, il giudice ha il dovere di dichiararle, a prescindere dalla legittimazione del soggetto che le eccepisce.

<sup>(17)</sup> Vedi, in proposito, ampiamente LOZZI, *Prove invalide*, cit., p. 447 seg.

4. Ciò posto, una prima distinzione va fatta a seconda che l'organo istruttorio eserciti un potere non riconosciuto dalla legge (prova invalida nell'*an* o inammissibile), ovvero espleti un potere legittimo, ma violando una disposizione relativa alle modalità di assunzione (prova invalida nel *quomodo*). In proposito si è esattamente osservato come, in base ad una impostazione rigorosamente logica, se l'invalidità concerne l'*an* la prova dovrebbe risultare necessariamente ed in ogni caso inefficace, non potendo mai essere valutata dal giudice: qualora l'invalidità concerna il *quomodo*, la prova dovrebbe essere efficace e venire valutata ove la nullità non sia stabilita oppure venga sanata <sup>(18)</sup>.

Tale criterio è stato seguito dal nostro legislatore per quanto riguarda le prove invalide nel *quomodo*. In difetto di una previsione di nullità, la prova sarà efficace: qualora tale previsione esista si dovrà vedere se la nullità sia assoluta o relativa. Nel primo caso essa si trasmetterà alla sentenza che si fonda sull'atto invalido ai sensi dell'art. 189 c.p.p. e potrà essere rilevata anche d'ufficio, se verificatasi nell'istruzione prima che siano state compiute le formalità di apertura del dibattimento, ovvero, se si sia verificata nel giudizio di primo o di secondo grado o di rinvio, dopo che sia stato definito il grado successivo del giudizio (art. 185, secondo capoverso, c.p.p.) <sup>(19)</sup>: la sentenza sarà

L'art. 522, comma secondo, c.p.p. dispone che il giudice d'appello, se accerta alcuna delle nullità indicate nell'art. 185, la dichiara con sentenza e rinvia gli atti al giudice di primo grado per il giudizio: ai sensi dell'art. 543, n. 6, c.p.p. la Corte di cassazione deve parimenti annullare la sentenza del giudice di appello qualora sussista una delle nullità di cui all'art. 185 e rinviare gli atti al giudice di primo grado per il giudizio. L'art. 7 del d.p.r. 25 ottobre 1955, n. 932, secondo comma, richiama, infine, l'applicazione delle norme ora citate.

<sup>(18)</sup> Lozzi, *Prove invalide*, cit. p. 444.

<sup>(19)</sup> Fra le prove invalide nel *quomodo*, in relazione alle quali sono ravvisabili casi di nullità assoluta, vanno ricordate quelle dipendenti dall'esperimento di un atto istruttorio senza il previo avviso al difensore (art. 304 *ter*), come le perizie, gli esperimenti giudiziali, l'interrogatorio dell'imputato, le ricognizioni, le testimonianze a futura memoria, i confronti fra imputati e testimoni esaminati a futura memoria. Rappresentano, invece, casi di nullità relativa la mancata ammonizione al perito all'atto del giuramento (artt. 142 e 316 c.p.p.), l'omesso giuramento di testimoni o di

altresì colpita da nullità relativa ex art. 475 n. 3 c.p.p. a causa del vizio logico della motivazione, fondata su un dato probatorio nullo. Se, invece, si tratta di nullità relativa bisogna distinguere a seconda che sia o meno intervenuta una causa di sanatoria: in caso affermativo il dato probatorio potrà essere utilizzato, in caso negativo sussisterà una nullità relativa ex art. 475 n. 3 c.p.p. per difetto di motivazione della sentenza e una nullità relativa derivata ai sensi dell'art. 189 c.p.p. <sup>(20)</sup>.

5. Il discorso è più complesso per quanto riguarda le prove invalide nell'*an*.

periti nelle ispezioni od esperimenti giudiziali (art. 313 c.p.p.; cfr. in termini, Cass. 17 maggio 1976. Floris, in *Giust. pen.* 1977, III c. 330), la mancata menzione delle dichiarazioni dell'interrogato nelle ricognizioni di persone (art. 360, commi primo e secondo, c.p.p.).

<sup>(20)</sup> Nel momento del realizzarsi dell'atto è invero doveroso valutare la sua perfezione tenendo conto non solamente dei requisiti concomitanti al suo sorgere, ma anche dei presupposti per la sua realizzazione e fra questi naturalmente ed anzitutto la presenza o la perfezione di quel fatto o di quei fatti che necessariamente devono precederlo. Cfr. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1956, p. 79 il quale ritiene accettabile il concetto di invalidità derivata qualora l'atto da cui deriva l'invalidità sia un atto necessariamente e non solo occasionalmente anteriore a quello su cui l'invalidità viene a trasmettersi.

La giurisprudenza della Corte di cassazione è costante nel ritenere che per stabilire se fra due atti vi sia un rapporto di dipendenza ai sensi dell'art. 189, non basta far riferimento ad un criterio meramente cronologico, ma occorre accertare che fra essi vi sia un rapporto di dipendenza sostanziale nel senso che l'atto nullo deve costituire la premessa logico-giuridica degli atti successivi. Cfr. da ultimo Cass. 28 gennaio 1976, Bonato, in *Giust. pen.* 1977, III, c. 104, n. 77; Cass. 14 gennaio 1976, Ruju, *ibidem*, III, c. 680 e c. 709, n. 599; Cass. 6 giugno 1975, *ibidem*, c. 381; Cass. 30 giugno 1975, Tartufoli e altri, *ivi*, 1976, III, c. 237, n. 179, e con nota di richiami, e in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1976, p. 1264, m. 1632, con nota di SARACENI; Cass. 20 dicembre 1973, Rossetto, *ivi*, 1975, p. 393, nn. 283.

La stessa Corte di cassazione ha più volte deciso che gli atti nulli non possono in alcun modo essere utilizzati, a meno che non vengano rinnovati, (vedi, da ultimo Cass. 10 marzo 1975, Sivallé, *cit.*; Cass. 12 dicembre 1974, Tremartano, *cit.*; Cass. 15 marzo 1974, Antonioli, *ivi*, 1975, p. 1211, m. 1593; Cass. 4 giugno 1973, Roulli, *cit.*, Cass. 4 febbraio 1972. Jama, *ivi*, 1973, p. 850, m. 1052) e, qualora fossero utilizzati, verrebbe integrato un vizio di motivazione dell'atto (sentenza compresa) che li abbia recepiti, da farsi valere nei modi e termini di legge (cfr. Cass. 23 gennaio 1976, Foglia, in *Giust. pen.*, 1976, III, c. 686; Cass. 16 gennaio 1976, Agnoletti, *ivi*, 1977, III, c. 172, n. 10 s.).

Vi sono, invero, atti vietati a pena di nullità assoluta, quali le intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni dei difensori, dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari, aventi per oggetto i procedimenti nei quali esercitano le rispettive attività ovvero per reati diversi da quelli indicati nell'art. 226 *bis* c.p.p., l'utilizzazione delle immagini e notizie ottenute nei modi di cui all'art. 615 *bis* c.p.p. (cfr. art. 226, *quinquies*, c.p.p.), l'espletamento senza la presenza del difensore da parte della polizia giudiziaria degli atti rientranti fra quelli previsti dall'art. 304 *bis* c.p.p. (art. 225, commi quarto ed ottavo).

Altri atti sono vietati a pena di nullità relativa, quali l'assunzione come testimoni degli imputati di uno stesso reato o di un reato connesso, salvo siano stati prosciolti in giudizio per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste (art. 348, ult. comma), il ricevimento da parte del giudice dagli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di notizie avute da persone i cui nomi essi non ritengono di dovere manifestare (art. 349, ultimo comma), l'uso delle dichiarazioni rese in sede di indagini di polizia giudiziaria e delle deposizioni rese nel procedimento dai prossimi congiunti dell'imputato o di uno dei coimputati, se il giudice non li abbia avvertiti della possibilità di astenersi dal deporre (art. 350, ultimo comma), l'esame testimoniale di pubblici ufficiali, pubblici impiegati e incaricati di un pubblico servizio su segreti politici o militari dello Stato o su altre notizie che palesate possano nuocere alla sicurezza dello Stato o all'interesse politico, interno o internazionale dello Stato medesimo; la violazione, infine, del divieto di obbligare a deporre coloro che abbiano diritto di astenersi dal testimoniare determinato dal segreto professionale o di ufficio (artt. 351 e 352, comma primo). Ugualmente sembra integrare un caso di nullità relativa l'uso processuale, sotto forma di rapporto o di testimonianza, delle informazioni assunte dall'arrestato, dall'indiziato o dal fermato ai sensi dell'art. 225 *bis* c.p.p.: la norma, invero, non vieta l'esperimento dell'atto, ma solo il suo uso, per cui, se sussiste l'assoluta

urgenza e il fine è unicamente quello di proseguire le indagini in ordine ai reati indicati nell'art. 165 *ter*, non appare ravvisabile alcuna violazione riconducibile all'art. 185, n. 3, c.p.p.

In queste ipotesi varranno gli stessi principi delineati per le prove invalide nel *quomodo*: gli atti produrranno gli effetti della fattispecie perfetta se la nullità non sia rilevata dal giudice, d'ufficio se trattasi di nullità assoluta o su eccezione di parte se trattasi di nullità relativa: ma, una volta dichiarata la nullità, tali effetti precari cadono con l'atto, totalmente, come se mai si fossero verificati <sup>(21)</sup>, con la conseguente estensione dell'invalidità e della cessazione degli effetti agli atti consecutivi che da essi dipendono ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

6. Vi sono invece atti il cui compimento è vietato senza la previsione di sanzioni processuali, quali, ad esempio, l'uso processuale degli atti scritti anonimi (art. 141), gli esperimenti giudiziari che offendono il sentimento nazionale o religioso o di pietà verso i defunti o la moralità pubblica o che possono esporre a pericolo l'ordine pubblico (art. 312, comma secondo), le perizie dirette a stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche (art. 314, comma secondo), i sequestri di cose soggette a

<sup>(21)</sup> Secondo CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., p. 49, se non ci fosse in alcun momento un atto del genere, e, più precisamente, se non fosse attribuita almeno ad un soggetto la potestà di chiederne o di disporre l'annullamento, gli effetti non sarebbero precari (la loro precarietà sta appunto nell'eventualità dell'annullamento), le cause di sanatoria non avrebbero alcuna funzione da svolgere. cadrebbe la differenza con gli effetti dell'atto perfetto e, quindi, non si potrebbe parlare di atto imperfetto. Viceversa, se è previsto l'annullamento, l'atto integra un'altra fattispecie caratterizzata dagli effetti precari. Con due possibili sbocchi: «o interviene l'annullamento ed allora gli effetti precari cadono con l'atto, totalmente, come se mai si fossero verificati; o interviene una causa di sanatoria ed allora si integra la fattispecie complessa di carattere sussidiario a cui sono ricollegati gli effetti dell'atto perfetto». Questi, però, non si producono soltanto a partire dal momento della sanatoria, poiché, restando preclusa la possibilità di annullamento, cessano di essere precari gli effetti in precedenza determinatisi.

segreto professionale, d'ufficio, politico o militare (artt. 341 e 342), la testimonianza sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità dell'imputato o di altre persone (artt. 349, commi quarto e quinto) ovvero quella resa da giudici, magistrati del pubblico ministero, cancellieri e segretari i quali abbiano avuto parte per ragione del loro ufficio negli atti del procedimento (art. 450, comma secondo), la lettura degli atti di cui al secondo comma dell'art. 463 senza il consenso delle parti (art. 463, comma terzo).

Ad essi sono assimilabili gli atti di polizia giudiziaria compiuti in difetto della sussistenza dei presupposti generali per essi prescritti, vale a dire la necessità, urgenza, legittimazione attiva e, nel caso delle perquisizioni, flagranza o evasione.

In queste ipotesi ci troviamo di fronte a casi di carenza assoluta di potere al compimento dell'atto, che, secondo logica, andrebbe ritenuto inidoneo a produrre gli effetti propri della fattispecie tipica (sequestro, esame testimoniale, perizia, esperimento giudiziale) e conseguentemente non suscettibile di alcuna utilizzazione da parte del giudice, il quale non potrebbe assolutamente fondare su di esso la propria decisione.

Al riguardo si è giunti ad osservare che nel divieto di ammissione è implicita l'inefficacia della prova ciononostante costituita e che esso spiega effetti maggiori di quello imposto sotto pena di nullità poiché «tale clausola attenua il divieto anziché rafforzarlo, in quanto apre uno spiraglio alle varie cause di sanatoria e così accorda rilevanza al fatto compiuto» <sup>(22)</sup>.

Se, tuttavia, andiamo ad esaminare il trattamento concretamente riservato dal legislatore a tali violazioni, ci rendiamo conto come il principio potrebbe trovare riscontro solo qualora esse siano riconducibili al concetto di inesistenza <sup>(23)</sup>.

<sup>(22)</sup> CORDERO, *Procedura penale, cit.*, p. 592. La previsione di nullità delle prove invalide sull'an costituirebbe una «nota dissonante» (*Prove illecite, cit.*, p. 71, nota 187, e p. 72).

<sup>(23)</sup> Sulla nozione di inesistenza non vi è peraltro uniformità di opinioni.

Diversamente l'utilizzazione da parte del giudice del dato probatorio inefficace comporterebbe soltanto la nullità relativa dell'ordinanza di rinvio a giudizio o della sentenza ai sensi rispet-

Secondo ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.* 1956, I, p. 62, con esistenza o inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie (o di quelle qualificazioni giuridiche di questa) alle quali si riferisce la norma. A differenza della nullità, essa può quindi riferirsi anche al soggetto e più generalmente a qualunque elemento della fattispecie. Per BOSCARRELLI, *L'invalidità degli atti di esecuzione del sequestro o del pignoramento in relazione ai delitti previsti dall'art. 334 C.P.* in *Riv. it. dir. pen.* 1951, p. 180, nota 9, atto processuale inesistente è quello il cui vizio è tale da determinare la nullità assoluta fuori dei casi in cui questa è comminata dalla legge; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.* 1955, I, 210, ritiene che nullità ed inesistenza coincidano; inesistenza è infatti improduttività di effetti giuridici per difetto di uno o più requisiti della fattispecie e all'inesistenza dei requisiti corrisponde la nullità dell'atto, ossia il non avveramento dei suoi effetti giuridici; secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 552, la qualificazione di inesistenza è possibile in linea semantica e pratica (anche in riferimento ad atti della decisione) ogni qualvolta designi un trattamento diverso da quello al quale alludono le qualifiche consuete; DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, p. 152, definisce inesistente l'atto mancante di tali caratteri e requisiti ch'esso non può neanche per acquiescenza o accettazione di parte assumere una fisionomia; FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino 1939, p. 129, considera inesistente l'atto corrispondente ad uno stato di fatto nel quale non si riscontrano gli elementi essenziali giuridici perché l'atto stesso ne possa sorgere: è una realtà di fatto non una realtà giuridica, per cui nessuna sanatoria è possibile; LEONE, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 743, ritiene l'inesistenza riferibile solo alla sentenza e ravvisabile solo nei casi di mancanza dei presupposti processuali; MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1957, p. 639, indica un criterio empirico e quantitativo; un vizio tale da inficiare la struttura e la funzionalità dell'atto più gravemente delle nullità sarà inesistente; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli 1933, p. 436, considera inesistente l'atto nei casi di usurpazione del potere di decidere e nullo nei casi di eccesso di potere; MANZINI, *Trattato*, cit. Vol. III, pag. 130, ritiene invece che specialmente dopo la riforma del 1955, il concetto di inesistenza non abbia alcun fondamento nella legge vigente; PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli 1933, p. 341, fa discendere l'inesistenza dalla mancanza degli elementi necessari per l'identificazione dell'atto; RANIERI, *Inesistenza e nullità degli atti processuali penali*, in *Giust. pen.* 1948, III, c. 115, afferma che si può parlare di inesistenza solo quando il comportamento del soggetto sfugge allo apprezzamento giuridico perché indipendente dalla sua coscienza e volontà; infine SATTA, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1956, 340, considera erroneo voler distinguere tra inesistenza e nullità, poiché la contrapposizione esiste solo fra inesistenza (o nullità) e validità dell'atto.

Per la giurisprudenza, vedi, successivamente al ripristino delle nullità assolute,



tivamente degli artt. 385 e 475 n. 3 c.p.p., con l'unico vantaggio, rispetto al divieto di assunzione probatoria a pena di nullità relativa, della inapplicabilità delle sanatorie per queste previste prima della pronuncia della ordinanza o della sentenza, ma con un trattamento meno severo rispetto a quello delle prove vietate nell'*an* o nel *quomodo* a pena di nullità assoluta.

Ed anche se si potesse ricondurre tale violazione all'art. 185 c.p.p., gli effetti sarebbero identici a quelli delle ipotesi in cui il divieto di assunzione della prova nell'*an* o nel *quomodo* sia prescritto a pena di nullità assoluta: vale a dire nullità assoluta derivata ex art. 189 c.p.p. dell'ordinanza di rinvio a giudizio o della sentenza e nullità relativa dei medesimi provvedimenti per difetto di motivazione.

In tema di atti di polizia giudiziaria, taluno ha ravvisato nella «necessità ed urgenza» presupposti generali attributivi di potere e dedotto l'assoluta improduttività di effetti degli atti eventualmente compiuti in loro assenza poiché in questo caso non si delinea il potere, e ad una carenza di potere non può corrispondere alcuna attività, per cui se un'attività è stata egualmente compiuta, la sanzione applicabile sul piano logico — giuri-

Cass. 6 maggio 1971, in *Cass. pen. Mas. annot.*, 1972, p. 1019, m. 1393, con nota di richiami, che ha definito inesistente l'atto processuale mancante dei requisiti minimi indispensabili per essere identificato come atto proprio di quella figura, mentre deve ritenersi nullo quello i cui vizi non sono così gravi da impedirne l'identificazione, sicché, pur essendo riconoscibile e qualificabile come atto di una tipica figura, nondimeno esso si rivela affetto da vizi a cagione della avvenuta violazione di qualche prescrizione imposta dalla legge per il suo compimento.

Per la giurisprudenza anteriore alla riforma del 1955, largheggiante nel riconoscere casi di inesistenza, cfr. MANCINELLI, *op. cit.*, p. 640.

Vedi anche Cass. 22 gennaio 1957, Nuzzo, in *Giust. pen.* 1957, III, 382: «La querela proposta da chi non è legittimato ad esercitare il relativo diritto è giuridicamente inesistente, inidonea a costituire valida base di un intervento giurisdizionale e non suscettiva di convalescenza. L'ipotesi non è inquadrabile nella inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali che può dar luogo a nullità (art. 184 c.p.p.) poiché il vizio concerne non la forma, ma l'essenza dell'atto: questo se non promana dal soggetto al quale la legge conferisce il potere di porlo in essere, è *tam-quam non esset*, così come è giuridicamente inesistente la sentenza emessa a *non iudice*».

dico potrebbe essere solo quella dell'inesistenza<sup>(24)</sup>: secondo altri, invece, il limite dell'urgenza, non essendo assistito da alcuna sanzione se non in via amministrativa, ove violato, non determinerebbe altre conseguenze che una mera irregolarità<sup>(25)</sup>; alla previsione di cui all'art. 185 n. 3 cod. proc. pen. altra dottrina riportava il caso simile dell'inosservanza da parte della polizia giudiziaria dell'ora abrogato divieto di interrogatorio del fermato o dell'arrestato<sup>(26)</sup>.

Più in generale si è recentemente tentato di ricondurre all'art. 185 c.p.p. le ipotesi di assunzione di prove vietate, sul presupposto che nel nostro sistema processuale si verificherebbe una ben strana incongruenza se l'inefficacia di una prova invalida nell'*an* si risolvesse solo in una mera nullità relativa della sentenza fondata su di essa, mentre una violazione concernente una modalità di acquisizione probatoria e riferibile all'art. 185 n. 3 c.p.p. determina *ex art.* 189 c.p.p. una nullità assoluta

(24) DINACCI, *Poteri della polizia giudiziaria e libertà personale*, in *Giust. pen.*, 1974, III, 266. Conf. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit. p. 153.

(25) MENCARELLI, *Il diritto di difesa nell'istruzione preliminare*, 1972, p. 205. La giurisprudenza è orientata nel senso di non ritenere sindacabile dall'autorità giudiziaria l'esistenza del requisito dell'urgenza il quale, dipendendo da valutazioni squisitamente soggettive, resta affidato alla discrezione dell'ufficiale di polizia giudiziaria: cfr. Cass. 11 novembre 1967, Tenace, in *Giust. pen.* 1968, III, 728; Cass. 23 aprile 1953, Manni, *ivi*, 1953, III, 462. In dottrina cfr. DE GENNARO-BRUNO, *L'iniziativa della polizia giudiziaria*, Milano, 1969, p. 131. FOSCHINI, *Investigazioni ed assicurazioni nella istruzione preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1959, p. 35 seg. sottolinea come il limite dell'urgenza, dipendendo da una obiettiva valutazione della polizia giudiziaria, può essere finalmente violato e può in definitiva non funzionare affatto come limite.

(26) TAORMINA, *Criteri interpretativi della normativa sul divieto di sommario interrogatorio del fermato o dell'arrestato*, in *Arch. pen.* 1971, p. 164, il quale fa discendere questa conseguenza dal rilievo che il divieto promana dalla necessità che alla contestazione dei fatti proceda esclusivamente l'organo giurisdizionale, poiché soltanto in tale modo resta assicurata l'imparziale considerazione degli interessi contrapposti dell'accusa e della difesa: se, infatti, all'interrogatorio non procedesse l'organo di giurisdizione, ma proprio la parte titolare dell'interesse contrapposto a quello dell'imputato, il principio di inviolabilità del diritto di difesa resterebbe inattuato.

Estendendo questo ragionamento, si potrebbe però addirittura giungere a non ritenere consentito l'interrogatorio neanche al p.m.

della sentenza che da tale prova argomenti <sup>(27)</sup>: a tal fine si è osservato che il rilievo fatto per le prove atipiche ed in base al quale se la prova non è prevista non si possono estendere alla stessa le modalità dettate per un altro mezzo di prova, giacché, così, «si verrebbe ad applicare una data norma al di fuori delle condizioni fissate dal legislatore» <sup>(28)</sup>, appare ineccepibile se riferito alle prove vietate <sup>(29)</sup>. Di conseguenza l'assunzione della prova inammissibile realizzerebbe una violazione del contraddittorio e poiché l'intervento e l'assistenza dell'imputato sarebbero preclusi proprio dalla norma che, vietando l'assunzione di una prova, rende impossibile estendere a quest'ultima le garanzie previste per le prove similari, sarebbe possibile individuare una nullità *ex art. 185 n. 3 c.p.p.* ovvero un caso di illegittimità costituzionale in relazione al combinato disposto degli artt. 24, comma secondo, e 3, cost.: il diritto di difesa risulterebbe violato ove si introducessero nel processo prove vietate dalla legge mentre si verificherebbe una ingiustificabile disparità di trattamento in ordine alla previsione di invalidità se l'utilizzazione di una prova inammissibile si risolvesse in una mera nullità relativa della decisione su di essa basata e l'utilizzazione di una prova prevista e simile alla prima, assunta in violazione di una modalità diretta ad assicurare l'intervento o l'assistenza, provocasse nullità della decisione *ex art. 185 n. 3 c.p.p.* <sup>(30)</sup>.

Non riteniamo esatta la tesi per cui si verserebbe in un caso di mera irregolarità, poiché dalla carenza dei presupposti oggettivi (necessità ed urgenza per gli atti di polizia giudiziaria, divieti legislativi negli altri casi) e soggettivi (legittimazione attiva) al compimento dell'atto non può non discendere la sua invalidità: il caso non è assimilabile a quello della violazione di una

<sup>(27)</sup> LOZZI, *Prove invalide*, cit. p. 446.

<sup>(28)</sup> CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 1969, p. 7.

<sup>(29)</sup> LOZZI, *Prove invalide*, cit. p. 453.

<sup>(30)</sup> LOZZI, *ult. loc. cit.*

modalità di esecuzione dell'atto non espressamente sanzionata, poiché qui il giudice ha pur sempre, anche se irregolarmente, espletato un potere legittimo e lì invece un potere non riconosciuto dalla legge.

Ugualmente non ci pare applicabile l'art. 185 n. 3 c.p.p. in quanto non sembra ravvisabile la violazione diretta di una norma che assicuri l'intervento, l'assistenza o la rappresentanza dell'imputato: nella istruzione preliminare la polizia giudiziaria potrebbe procedere ai vari atti in difetto del presupposto della necessità ed urgenza, ma con tutte le garanzie difensive previste per l'istruzione formale (avvisi, presenza del difensore e dell'indiziato, deposito dei verbali) e non per questo gli atti medesimi sarebbero da ritenere validi. Le norme riguardanti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza sarebbero sì osservate, ma da persone prive di legittimazione attiva, per cui l'invalidità degli atti posti in essere non verrebbe certo sanata. Allo stesso modo, nell'istruzione sommaria o formale, una perizia o un esperimento giudiziale vietati ai sensi degli artt. 314 e 312 c.p.p. sarebbero inefficaci anche se il magistrato rispettasse pienamente il principio del contraddittorio applicando gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*.

Né riteniamo possa profilarsi un problema di legittimità costituzionale, poiché il trattamento differenziato sembra giustificato dalla diversità delle ipotesi considerate. Una, invero, concerne una prova inammissibile nell'*an*, l'altra una prova inammissibile nel *quomodo*: e del resto all'interno degli stessi atti di acquisizione probatoria non vi è uniformità di regole sotto il profilo delle garanzie difensive, poiché ad alcuni la partecipazione del difensore è preclusa (ad esempio gli esami testimoniali). Ritenendo poi applicabili anche alle prove vietate gli artt. 304 *bis*, *ter* e *quater*, (e la cosa non appare da escludersi non distinguendo tali norme fra perizie o esperimenti o perquisizioni permesse o vietate), nella loro assunzione senza il rispetto di queste norme potrebbero ravvisarsi casi di nullità assoluta, per cui si avrebbe

anche per questo verso identità di situazione con le prove invalide nel *quomodo*.

L'attribuzione o l'esclusione a determinati soggetti e al verificarsi di determinati presupposti del compimento di determinati atti, non riguarda quindi il diritto dell'imputato ad intervenire o ad essere assistito o rappresentato, ma riflette il suo più generale interesse e la correlativa garanzia ad un processo imparziale.

Per gli atti di polizia giudiziaria la norma sanzionatrice potrebbe essere individuata nell'art. 185, n. 2, cod. proc. pen. Il pubblico ministero ha l'obbligo di promuovere ed esercitare con le forme stabilite dalla legge (art. 74, comma primo) l'azione penale, la quale non può sospendersi, interrompersi o farsi cessare: pervenuta la *notitia criminis* egli deve esperire tutte le attività investigative e di acquisizione probatoria attribuitegli dalla legge, salvo decidere più avanti sulla forma del rito istruttorio. Ma, nella fase delle indagini preliminari, è a lui che la legge attribuisce una competenza funzionale ad intervenire e comunque la riferibilità e la responsabilità delle azioni compiute dalla polizia giudiziaria posta strutturalmente sotto la sua direzione: competenza che si concretizza in un vero e proprio obbligo (sanzionato penalmente *ex art.* 328, codice penale) ad agire quando ciò non possa essere fatto dalla polizia giudiziaria.

In definitiva, la sua partecipazione a questa fase del procedimento e ad ogni suo atto diventa obbligatoria ogni qualvolta la polizia giudiziaria non sia legittimata oggettivamente o soggettivamente al compimento di propria iniziativa di alcuni atti.

Il suo mancato intervento produrrebbe pertanto ai sensi dell'art. 185, n. 2 cod. proc. pen. la nullità degli atti eventualmente compiuti dalla polizia giudiziaria.

La tesi, appagante per quanto riguarda gli atti di polizia giudiziaria, non è però certamente riferibile agli atti vietati e cioè nondimeno compiuti dal giudice o dal pubblico ministero nell'istruzione formale o sommaria.

7. Escluso allora possa trattarsi di ipotesi di nullità assolute, esaminiamo se sia lecito far ricorso all'istituto della inesistenza<sup>(31)</sup>.

L'incompetenza di un organo non giurisdizionale<sup>(32)</sup>, invero, quali sono il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, se con il termine giurisdizionale si denomina il potere di *jus dicere*, si risolve nella inefficacia dell'atto sotto il profilo dell'inesistenza del potere e cioè del difetto di legittimazione<sup>(33)</sup>: e lo stesso concetto vale per il giudice. In altri termini mancando uno dei suoi elementi, la fattispecie legale non risulterebbe integrata, sarebbe imperfetta: ed essendo il fatto giuridico, per sua natura, ricollegato immediatamente o mediatamente a particolari conseguenze giuridiche e determinandosi in pratica questo collegamento ad ogni integrazione dello schema del fatto, «logica vuole che, trattandosi di fatto di per sé produttivo di effetti, l'imperfezione impedisca il verificarsi di questi»<sup>(34)</sup>.

Il problema è di vedere se ci trovi dinanzi ad un vizio insanabile, vale a dire tale da rendere l'atto assolutamente irrilevante ai fini degli effetti del corrispondente atto perfetto, ovvero

<sup>(31)</sup> CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*, cit., p. 86 e 99, nota 80, ritiene consigliabile far ricorso all'inesistenza solo ove non sia possibile ravvisare casi di nullità assoluta. Vedi anche, in generale, dello stesso Autore, *Sull'abuso del concetto di atto processuale inesistente*, in *Giur. it.*, 1951, II, c. 29 seg.

<sup>(32)</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit. p. 29.

<sup>(33)</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 30.

<sup>(34)</sup> CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., p. 19 seg. L'illustre Autore aggiunge che, più correttamente, per riferirsi a tutti i fatti giuridici imperfetti, siano essi imperfetti rispetto ad uno schema di fatto di per sé produttivo di effetti oppure rispetto ad uno schema di fatto semplicemente idoneo a produrle, si può ricorrere alla nozione negativa di *irrelevanza giuridica*, ricomprendendovi non soltanto l'inefficacia, ma anche la non idoneità a produrre effetti. Ciò perché l'identità logica imperfezione=inefficacia è ineccepibile solo per i fatti di per sé produttivi di effetti (cioè costituenti di per sé fattispecie) mentre appare insufficiente per i fatti di per sé non produttivi di effetti (cioè ricompresi in una fattispecie complessa); ciascuno dei fatti che compone una fattispecie complessa, preso in sé e per sé, non produce effetti, ma è solo idoneo a produrle, cioè è *meramente rilevante*, per cui se non è perfetto, non dovrebbe acquistare nemmeno l'idoneità a produrre effetti, vale a dire la mera rilevanza.

sanabile, cioè tale da attribuirgli una rilevanza minore del corrispondente atto perfetto: senza addentrarci in un'indagine particolareggiata che esula dai limiti della presente trattazione, sarà qui sufficiente osservare come la dottrina normalmente distingue a tal fine i vizi che si risolvono nella mancanza di un requisito dell'atto da quelli consistenti nella semplice insufficienza di un requisito, cioè nella mancanza di una sua modalità <sup>(35)</sup>.

La difficoltà di individuare sempre nella pratica se un elemento sia da considerare come requisito a sé ovvero come modalità di un altro requisito dovrebbe a nostro parere indurre ad integrare tale contrapposizione di carattere qualitativo con la ricerca della differenza quantitativa del trattamento riservato dal legislatore ai vizi, a seconda della gravità ad essi riconosciuta <sup>(36)</sup>.

Sul punto è possibile individuare un dato sicuro: il nostro legislatore non ha certamente ritenuto meritevoli di una più generale rigorosa disciplina le prove vietate nell'*an*, avendo in relazione al loro compimento ipotizzato anche il verificarsi di semplici casi di nullità relativa, mentre per le prove invalide nel *quomodo* ha previsto casi di nullità assoluta. La negazione del principio di una normale maggiore rilevanza del divieto di ammissibilità della prova invalida nell'*an*, porta ad escludere che ad esse possa ritenersi riferibile un vizio più radicale rispetto a quello più grave previsto per le prove invalide nel *quomodo*, che è la nullità assoluta, e conseguentemente l'impossibilità di far ricorso all'inesistenza.

Ed allora la conclusione preferibile appare quella per cui

<sup>(35)</sup> CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., p. 40 ed in particolare gli autori citati alle note 94 e 95.

<sup>(36)</sup> CONSO, *op. ult. cit.*, p. 40 seg.; i vizi considerati più gravi dal legislatore determineranno la piena irrilevanza dell'atto, quelli meno gravi consentiranno la sua conservazione attraverso le sanatorie. Cfr. anche sostanzialmente nello stesso senso MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali*, cit., p. 639; *Contra* PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., p. 251, secondo cui non sarebbe consentito, con un processo induttivo, dagli effetti risalire alla essenza di un atto, di un fenomeno, di un istituto.

dalla violazione di un divieto di ammissibilità di una prova sprovvista di sanzione, discende unicamente la nullità relativa per difetto di motivazione della sentenza che utilizzi il dato probatorio invalido.

La prova così acquisita, sicuramente inefficace per la carenza assoluta dei presupposti oggettivi o soggettivi al suo compimento, assumerebbe rilevanza giuridica solo se il giudice la ponga a fondamento della sua decisione, a differenza degli atti viziati da nullità relativa, i quali producono immediatamente, se pure precariamente, gli effetti propri dell'atto tipico: soltanto dal momento della sua utilizzazione sarebbe suscettibile di sanatoria, pur potendo ovviamente anche in precedenza esserne eccepita e pronunciata l'inefficacia (art. 154 c.p.p.).

Del resto a voler considerare inesistente l'atto di acquisizione probatoria inammissibile, dovrebbe ritenersi inesistente, per il principio della invalidità derivata, anche il provvedimento del giudice che lo abbia utilizzato <sup>(37)</sup>, il quale, a sua volta, non sarebbe suscettibile di divenire irrevocabile. Grave ed eccessiva conseguenza questa, ove si pensi che l'accertamento e la repressione degli illeciti è uno dei compiti primari dello Stato e, al fine del suo assolvimento e del mantenimento della pace sociale, non appare iniquo servirsi di ogni dato probatorio in relazione al quale sia assicurato al cittadino il diritto di contestarne nel processo la validità.

<sup>(37)</sup> Secondo CONSO, *Il concetto e le specie, cit.*, p. 80, è indubbio che, nella assenza di espresse disposizioni in contrario, se l'invalidità si trasmette ad un atto susseguente, si trasmetterà nella stessa specie sotto cui investe l'atto anteriore.