

ANNO LXXII - 2004/05

NUOVA SERIE A - N. 56,2

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



# STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

DOTTRINA

MICHELE PANZAVOLTA, *Inammissibilità*, 217

SIMONA TOMASSETTI, *Indagini difensive*, 253

SIMONA TOMASSETTI, *Perquisizioni*, 303

**Direttore responsabile:** GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

**Comitato scientifico:** GIACINTO DELLA CANANEA, PIERO GUALTIERI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

**Redazione:** VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

**Direzione e redazione:** Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

**Stampa:** Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXII - 2004/05

NUOVA SERIE A - N. 56,2

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



MICHELE PANZAVOLTA

## INAMMISSIBILITÀ

### SOMMARIO

SEZIONE I. NOZIONE, FONDAMENTO, PRINCIPIO DI TIPICITÀ. 1. *Nozione*. 2. *Natura e fondamento*. 3. *Principio di tipicità*. 4. *Sul concetto di tipicità*. 5. *Teoria della domanda ed estensione delle cause d'inammissibilità*. 6. *Tipicità dell'inammissibilità in relazione agli atti suscettibili di simile valutazione*. 7. *Domande eventuali e domande obbligatorie*. 8. *Domande eventuali delle parti e del giudice*. – SEZIONE II. TRATTAMENTO DEL VIZIO. 9. *Rilevabilità e declaratoria d'inammissibilità*. 10. *Sanabilità e sanatorie*. 11. *Impugnabilità*. 12. *Rinnovazione*. 13. *Inammissibilità e proscioglimento: quale priorità?*

### *Sezione I – Nozione, fondamento, principio di tipicità*

#### *1. Nozione*

Inammissibilità è la qualifica del vizio di un particolare tipo di atti processuali, le domande<sup>1</sup>, quando tali atti non abbiano pienamente integrato lo schema legislativo della rispettiva fattispecie<sup>2</sup>: per conseguenza, essi non saranno in grado di suscitare una risposta giurisdizionale di merito ed otterranno un responso consistente, appunto, in una declaratoria di inammissibilità<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La «relazione logica» (così DELOGU, *Contributo alla teoria della inammissibilità*, Milano, 1938, 51) tra inammissibilità e domanda può considerarsi un approdo della riflessione esercitata sul codice abrogato. Inizialmente, infatti, si riteneva che l'inammissibilità potesse inficiare qualsiasi atto, la sua nota caratteristica consistendo nel «momento effettuale», come «irricevibilità nel processo» (PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Milano, 1933, 467. Negli stessi termini, SATTA, *Sulla pretesa sanzione di inammissibilità nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 61. Egualmente, per una nozione molto ampia d'inammissibilità, SANTORO A., *Ingradualità dell'istituto dell'inammissibilità*, in *Scuola pos.*, 1940, II, 51).

<sup>2</sup> Sul concetto di fattispecie v. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1953, 2 ss. (sul nesso simbiotico con gli effetti che ne scaturiscono, partic. 7 ss. e 16 ss.), 27 e CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 33 ss. Per una recente e completa rassegna sul tema v. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 10 ss.

<sup>3</sup> Per l'inammissibilità come preclusione all'indagine di merito, DELOGU, *Contributo*, cit., 51; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, 786; SCAL-

Questa conclusione, già maturata dalla dottrina sul codice abrogato<sup>4</sup>, mantiene attualità anche nel nuovo rito. Anzi, se possibile esce ulteriormente rafforzata da una maggior cura del legislatore nell'uso del linguaggio rispetto al precedente codice.

Il termine «inammissibilità» (ed aggettivi derivati) sta sempre ad indicare l'accezione tecnica del vizio che colpisce le domande. Per contro, salvo pochi infortuni (artt. 40 comma 3; 458 e 459 comma 5; 568 comma 5 e 586 comma 1), l'espressione senza il prefisso negativo («ammissibilità», «ammesso», «non ammesso») viene tendenzialmente riferita ai fatti probatori, con riferimento alla possibilità di introdurli nel processo<sup>5</sup>. Scompare inoltre l'affermazione dell'inammissibilità per due casi che avevano generato non poche controversie nel rito abrogato, la querela (art. 12 c.p.p. 1930) e la seconda azione sull'*idem factum* (art. 90 c.p.p. 1930)<sup>6</sup>. Viene eliminata anche la previsione d'una

---

FATI, *Inammissibilità della revisione e ordine di sospendere la pena in corso: due pronunce incompatibili*, in *Giur. it.*, 1997, II, 53 s. (nt. 21). Mutuando un'espressione di DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 11, resa a proposito dell'improcedibilità, potrebbe dirsi anche per l'inammissibilità che «preclude [...] la statuizione giudiziale sul merito, mentre non preclude ed anzi spesso implica l'esame di questioni concernenti quest'ultimo oggetto».

<sup>4</sup> Anteriormente al codice del 1930 non pare che la sanzione avesse acquisito una consistenza autonoma. Nemmeno sembrano potersi rinvenire remote origini nella contrapposizione tra *absolutio ab instantia* (o *ab observatione iudicii*) e *absolutio ab actione* (così, invece, LEONE, *Trattato*, I, cit., 785), contrapposizione che evocava solamente la minore certezza probatoria che fondava la prima (essenzialmente un'assoluzione per insufficienza di prova), situazione che a sua volta escludeva l'operatività del *bis in idem* (si veda SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, sotto la direzione di Del Giudice, III, pt. 2<sup>a</sup>, Milano, 1927, 543; v. anche PERTILE, *Storia del diritto italiano*, VI, pt. 2<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 1968, 230). Risulta così improprio cercare in quelle formule la traccia di una antica sanzione preclusiva d'un esame sul merito (come correttamente osservano DELOGU, *Contributo*, cit., 3 ss.; GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, 83 s. e nt. 56).

<sup>5</sup> Perdura, in poche occasioni, l'uso del termine «ammissibile» come sinonimo di una generica facoltà o di un divieto: così, ad esempio, all'art. 648 comma 1.

<sup>6</sup> Ad escluderla in entrambi i casi, pur con argomenti parzialmente diversi, GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 37-90, 150 e RICCIO G., *Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, Napoli, 1988, 149-151. Nel nuovo codice, ritiene implicita l'inammissibilità delle querele tardive CORDERO, *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., 2003, 412 e 1195; lo segue MARZADURI, *Prime considerazioni sui rapporti tra iniziativa del pubblico ministero e poteri del giudice nella decisione sulla proroga dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 305 comma 2 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, 250. La non assimilabilità della mancanza di querela e della seconda azione per lo stesso fatto al fenomeno dell'inammissibilità trova una vistosa spia nella diversa pronuncia che il giudice

inammissibilità delle memorie, che compariva nell'art. 536 comma 3 c.p.p. 1930<sup>7</sup>.

Permane il riferimento all'inammissibilità della procura (artt. 38 comma 4 e 122, omologhi degli artt. 65 comma 2 e 136 c.p.p. 1930), ma si tratta chiaramente d'una espressione sintetica per evocare l'inammissibilità della domanda per il compimento della quale la procura viene conferita<sup>8</sup>.

Ecco così che, nonostante la persistente regolamentazione "diffusa" del vizio<sup>9</sup> – che contrasta con la "centralizzazione" delle nullità e con quella parziale delle inutilizzabilità – emerge un quadro piuttosto nitido, in cui l'inammissibilità costituisce la forma d'invalidità riferita alle domande.

Gli atti per cui la sanzione ricorre espressamente sono i seguenti: la richiesta di ricusazione (artt. 38 comma 4, 40 comma 3, 41 comma 1), di rimessione (artt. 46 comma 4, 49 comma 3), la costituzione della parte civile (art. 78 comma 1) e del responsabile civile (art. 84 comma 2), l'intervento di enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato (art. 93 comma 1), le domande per il cui valido compimento sia richiesta la procura (art. 122), la domanda di riparazione per l'ingiusta detenzione (art. 315 comma 1) e per l'errore giudiziario (art. 645 comma 1), la richiesta di incidente probatorio (art. 393 comma 3) e di differimento del medesimo (art. 397 comma 2), l'opposizione all'archiviazione (art. 410 comma 1), la richiesta di revoca della sentenza di non luogo a pro-

---

deve adottare in conseguenza: sentenza di non doversi procedere invece di una declaratoria di inammissibilità.

<sup>7</sup> Per una singolare pronuncia d'inammissibilità della memoria della difesa C. Ass. Perugia, 11 settembre 1996, Vitalone, in *Giur. it.*, 1997, II, 496 con nota critica di FORTI, *Memorie difensive: davvero lecita la valutazione di inammissibilità e il rifiuto di acquisizione al processo delle tesi della difesa?*, in *Giur. it.*, 1997, II, X 496. Nel codice abrogato riteneva l'inammissibilità non riferibile alle memorie, nonostante l'espressione letterale dell'art. 536 comma 3, GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 71-73.

<sup>8</sup> Così già GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 167-169 sulla base del convincente rilievo che la procura non è in sé destinata a «dispiegare effetto alcuno nella serie processuale», almeno finché non si pone in essere l'atto cui essa accede; egualmente DELOGU, *Contributo*, cit., 8 nt. 20. Una conferma indiretta del ruolo strumentale della procura rispetto agli atti per cui è conferita si rinviene anche nel fatto che essa «può riguardare esclusivamente un determinato atto o gruppo di atti», UBERTIS, *Art. 122*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio-Dominioni, II, Milano, 1989, 63-4; RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, 107.

<sup>9</sup> Che potrebbe costituire un valido argomento contro la tassatività: v. *infra*, nota 20 e, più in generale, § 3, 4.

cedere (artt. 435 comma 3, 437), l'opposizione al decreto penale di condanna (art. 461 commi 2, 4), la richiesta di giudizio abbreviato in conversione da giudizio immediato (art. 458 comma 2), la richiesta di prove (art. 468 comma 1); infine, le domande d'impugnazione (art. 591), il ricorso per cassazione (art. 606 comma 3), il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625 *bis* comma 4), la domanda di revisione (artt. 631, 634), il riesame cautelare (art. 309 comma 9) e, in sede d'esecuzione, le richieste introduttive del procedimento d'esecuzione e di sorveglianza (artt. 666 comma 2 e 678)<sup>10</sup>.

Quanto alle cause, esse sono le più varie. Alcune presidiano gli aspetti soggettivi delle domande, altre quelli oggettivi (in quali casi, per quali ragioni si possa fare una certa domanda). Ve ne sono che attengono ai profili temporali; altre impongono particolari adempimenti nella redazione o nella confezione formale dell'atto (si pensi ai casi in cui è richiesta la sottoscrizione). Talvolta, si proibisce la riproposizione di motivi già esposti in una precedente richiesta (così, ad esempio, nell'istanza di revisione, art. 641, oppure per la domanda di remissione, art. 49 comma 2).

Ma vi sono anche casi di inammissibilità che attengono più direttamente alla fondatezza della domanda: così, per eccellenza, la manifesta infondatezza; egualmente, nel giudizio di revisione, l'imposizione che gli elementi addotti a supporto della richiesta siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto» (art. 631).

Se pure alcune cause sembrano presentare una certa regolarità, non emerge alcuna "geometria" tale da ipotizzare ricostruzioni in chiave sistematica. Almeno finché ci si attenga ai casi in cui la sanzione viene espressamente comminata, pare inevitabile riscontrare l'«eterogeneità» delle cause<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Merita una considerazione a parte l'ipotesi d'inammissibilità dell'art. 54 *quater*: si tratta, infatti, dell'unico caso riferito ad una richiesta rivolta al pubblico ministero, non al giudice. Ciò potrebbe indurre ad escludere la previsione dall'ambito del vizio dell'inammissibilità propriamente inteso.

<sup>11</sup> PEYRON, *Invalità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 618; PANAIN, *Le sanzioni*, cit., 467; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 6ª ed., Torino, 2004, 193. Di «flessibilità della categoria dell'inammissibilità, applicabile ad una variegata tipologia di violazioni» parla CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2005, 106 (nel senso che proprio questa poliedricità renda la categoria estremamente utile nella repressione degli abusi processuali di parte v. *infra* nota 45).

## 2. Natura e fondamento

Il riferimento, che ricorre nella nozione offerta, alla perfezione della fattispecie lascia trasparire che siamo in presenza di un vizio degli atti processuali e, in particolare, di una forma di invalidità<sup>12</sup>.

Conseguentemente, il vizio condivide il fondamento tipico delle invalidità<sup>13</sup>, ossia quello di garantire una determinata complessità della fattispecie<sup>14</sup>, di imporre che l'esercizio del potere di domanda avvenga nel rispetto di alcuni adempimenti<sup>15</sup> posti a protezione di determinati interessi (la serietà della richiesta, la sua conoscibilità da parte di altri soggetti, la certezza della sua provenienza da quei legittimati, la possibilità per il giudice di avere adeguati elementi su cui decidere, ecc.)<sup>16</sup>. Ma l'inammissibilità serve anche all'economia processuale<sup>17</sup>: consente un rapido esaurimento della risposta giurisdizionale quando sia certa l'impossibilità di dare positivo accoglimento alla domanda in quanto

---

<sup>12</sup> Sul concetto di invalidità e sui suoi rapporti con la perfezione v. CONSO, *Il concetto e le specie*, Milano, (1953), 1972 (ristampa), 56, 65. LEONE, *Trattato*, I, cit., 784 s., configurando l'inammissibilità come relativa al rapporto processuale, la escludeva dall'ambito dell'invalidità che invece riferiva al solo atto giuridico. Escludeva che l'inammissibilità potesse considerarsi un vizio dell'atto anche SABATINI GIUS., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Milano, 1953, 83.

<sup>13</sup> Individua il fondamento dell'invalidità nell'assolvimento di un «onere» CONSO, *Il concetto*, cit., 61 s., ossia nella posizione di «una alternativa che si sintetizza nei seguenti termini: per giungere a questo o a quell'effetto occorre passare per questa o quella via». Sostituisce il concetto di onere con quello di potere, CORDERO, *Le situazioni*, cit., 264.

<sup>14</sup> CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 111: «Sono proprio le norme che prevedono le cause di nullità (e, analogamente, le norme che prevedono le cause di inammissibilità) ad assumere un ruolo decisivo nella determinazione degli elementi formali degli atti processuali penali: tutto ciò che si richiede perché non abbia luogo la nullità o l'inammissibilità è senza dubbio elemento dell'atto, mentre non può considerarsi senz'altro elemento dell'atto ciò che è indicato nella disposizione che definisce l'atto». Egualmente PEYRON, *Invalidità*, cit., 613.

<sup>15</sup> «Nell'erroneo esercizio del potere, cui consegue il dovere per il giudice di astenersi dal provvedere, trova il proprio fondamento l'inammissibilità» (DE PRIAMO, *Inammissibilità*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 300).

<sup>16</sup> Se ad un determinato adempimento posto come condizione dell'esercizio del potere di domanda non corrispondesse un determinato interesse sottostante si scenderebbe nel mero «formalismo»: questo accade alle «forme» quando non celano la «sostanza»; SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Id.*, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 84 s.

<sup>17</sup> DELOGU, *Contributo*, cit., 134; GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penale*, Milano, 1970, 12.

l'impulso alla giurisdizione sia invalido. L'inammissibilità consente così di rispondere risparmiando sempre le formalità del contraddittorio orale e, spesso, economizzando su qualsiasi formalità (v. *infra*, § 9).

Si colgono così le "due anime" dell'inammissibilità: da un lato, impone che il potere di domanda si pieghi a determinati adempimenti; dall'altro, l'economia dei giudizi.

Infine, un terzo possibile fondamento – solo eventuale – può individuarsi nella funzione sanzionatoria, quando alla declaratoria dell'inammissibilità faccia seguito (art. 616) – o possa seguire (art. 44; art. 48; art. 634) – il pagamento di una multa alla cassa delle ammende<sup>18</sup>.

### 3. Principio di tipicità

Non tutte le domande, non tutti gli adempimenti collegati al compimento di ogni domanda, sono presidiati dalla previsione d'inammissibilità. Sorge così il tradizionale quesito sulla vigenza in materia d'un principio di tipicità riferito al vizio, che si articola in due profili. Anzitutto, vi è un problema di tipicità delle cause d'inammissibilità. In secondo luogo, il dilemma investe gli atti (le domande) suscettibili d'una valutazione in termini d'inammissibilità.

La sussistenza della tipicità è sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>19</sup>. L'opinione si appoggia sulla perentoria affer-

<sup>18</sup> Parlando di funzione sanzionatoria si intende dire che il verificarsi dell'inammissibilità comporta (o può comportare) il pagamento di una multa. Se l'inammissibilità in sé – l'invalidità, più in generale – configuri una sanzione è, invece, questione ancora ampiamente discussa. L'opinione tradizionale risponde negativamente sulla base della ritenuta incompatibilità tra potere (onere) e sanzione: se un soggetto non rispetta forme e condizioni di esercizio del potere, il comportamento tenuto – non viene punito, ma semplicemente – è incapace di assumere il significato giuridico voluto, cioè, non produce effetti adeguati (PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1959, 10-11; CONSO, *Il concetto*, cit., 13 e 63-4; HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, 42; IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in Id., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, 100 ss.; con specifico riferimento all'inammissibilità FAVALLI, *L'ammissibilità nel processo penale*, Napoli, 1968, 60 ss.). La risposta positiva, invece, intende la sanzione come conseguenza di tutti i comportamenti che non rispettino un modello legale, a prescindere dalla sottostante situazione soggettiva (RICCIO G., *Contributo*, cit., 177-179; DELOGU, *Contributo*, cit., 161-162). Più recentemente, per la configurazione delle invalidità come sanzioni v. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 342-44, 349.

<sup>19</sup> V. Cass., sez. III, 10 ottobre 2000, Trapè Viladomat, in *Studium Juris*, 2001, 354: «Il principio di tassatività è applicabile non solo in materia di nullità, ma anche

mazione dall'art. 2 n. 7 legge delega, che impone la «previsione espressa delle cause d'invalidità e delle loro conseguenze», facendo «ritenere che il legislatore delegato abbia dato piena attuazione alla previsione della legge-delega, quando ha esplicitamente contemplato la sanzione d'inammissibilità per determinate cause d'invalidità»<sup>20</sup>. Ma a favore dell'assunto militano anche ragioni di certezza del diritto e di tutela degli interessi individuali coinvolti dall'atto processuale.

Tuttavia, la tipicità delle cause d'inammissibilità sembra smentita dal codice stesso in quelle norme che prevedono la sola ipotesi d'una declaratoria d'inammissibilità senza alcuna indicazione delle cause<sup>21</sup> (come accade per la richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere, artt. 435 e 437). Inoltre, intesa così drasticamente, la tassatività rischia di portare a esiti irragionevoli, come la possibilità che un soggetto estraneo al processo possa validamente compiere alcuni atti solo perché la legittimazione alla domanda non è protetta dalla comminatoria d'invalidità (si pensi all'opposizione all'archiviazione proposta dal non offeso). D'altronde, la stessa giurisprudenza in molte occasioni si pronuncia in modo tale da escludere una tipicità così rigida<sup>22</sup>.

Proprio per compensare questi inconvenienti, la prevalente dottrina è propensa ad adottare un atteggiamento flessibile in materia di tipicità, ritenendo che il principio non escluda la possibilità di individuare cause d'inammissibilità "implicite"<sup>23</sup>, così estendendo il catalogo legislativo.

---

in materia di inammissibilità, con la conseguenza che detta causa d'invalidità può essere ritenuta solo quando la espressa previsione o comunque la inequivoca formulazione della norma lo consentano». Il principio di tassatività per le inammissibilità è affermato anche da Cass., sez. I, 5 maggio 1997, Gruber, in *Cass. pen.*, 1998, 1151 e da Cass., sez. II, 17 ottobre 1994, Miceli, in *Cass. pen.*, 1996, 244.

<sup>20</sup> MARZADURI, *Prime considerazioni*, cit., 250. A rafforzare l'argomento potrebbe valere la scelta del legislatore di non codificare una nozione generale di inammissibilità, adottando invece il metodo della comminatoria *ad hoc*; v. GALATI - ZAPPALÀ, *Gli atti*, in SIRACUSANO - TRANCHINA - GALATI - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, 10ª ed., Milano, 2004, 313.

<sup>21</sup> PEYRON, *Invalidità*, cit., 618. *Contra* MARZADURI, *Prime considerazioni*, cit., 250; GALATI-ZAPPALÀ, *Gli atti*, in SIRACUSANO-TRANCHINA-GALATI-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, X ed., Milano, 2004, 314.

<sup>22</sup> Per esempio Cass., sez. VI, 24 settembre 1998, Piccirilli, in *Cass. pen.*, 1999, 2864 afferma l'inammissibilità dell'opposizione all'archiviazione per mancanza di legittimazione soggettiva. Egualmente Cass., sez. VI, 8 maggio 1998, Tosti, in *Cass. pen.*, 2000, 1671 e Cass., sez. VI, 4 novembre 1997, Codacons, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 64.

<sup>23</sup> Si veda per esempio CORDERO, *Procedura*, cit., 1196. A favore di una tassatività attenuata anche DELOGU, *Contributo*, cit., 136.

#### 4. Sul concetto di tipicità

A sostegno di una tipicità concepita in modo flessibile, si è detto<sup>24</sup> che il principio di tipicità andrebbe inteso non come rigida adesione alla terminologia della legge: «decisivo è [...] il trattamento, non il termine usato dal legislatore»<sup>25</sup>.

La citazione autorevole sembra però abusata. Da essa, infatti, non pare ricavarsi alcuna libertà dell'interprete di ipotizzare cause d'invalidità. La frase si limita a mettere in luce «il peso di per sé non decisivo delle qualifiche usate»<sup>26</sup>, perché sarebbe eccessivo «pretendere dal legislatore un uso rigoroso dei termini»<sup>27</sup>. In altre parole, quando la legge indicasse determinati effetti dovuti alla carenza di un elemento della fattispecie, senza precisare il *nomen iuris*, l'opera di qualificazione potrebbe essere liberamente svolta dall'interprete nel rispetto del trattamento assegnato<sup>28</sup>.

Lo stallo sta in ciò: la tassatività non ammette cause d'invalidità implicite o ricostruite dall'interprete. Individuare cause di inammissibilità rispetto alle quali manchi un'indicazione espressa del legislatore, o nel senso d'aver attribuito una certa qualifica (*nomen iuris*) o nel senso di aver configurato un certo «trattamento», significa superare la tassatività<sup>29</sup>.

La tipicità contempla due soli atteggiamenti, in chiave dicotomica:

<sup>24</sup> VOENA, *Atti*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2004, 262; MARZADURI, *Prime considerazioni*, cit., 250.

<sup>25</sup> È la celeberrima frase di CONSO, *Il concetto*, cit., 83.

<sup>26</sup> *ibidem*, 84.

<sup>27</sup> *ibidem*, 83.

<sup>28</sup> Del resto, l'esempio che la stessa autorevole fonte adduceva a chiarimento della propria frase era quello della norma che imponeva la restituzione degli atti in caso di dichiarata incompetenza del giudice (art. 38 c.p.p. 1930), ove concludeva per la possibilità di inferirne un'ipotesi di nullità, pur se tale qualifica non risultava espressamente dalla legge. Nel nuovo codice esempi simili potrebbero essere gli artt. 449 comma 2, 452 comma 2, 455 comma 2 (anche se qui si parla espressamente di «rigetto»), 459 comma 3: in queste ipotesi, tutte afferenti ai giudizi speciali, si prevede semplicemente la restituzione degli atti al pubblico ministero in casi di «cattiva» instaurazione dei riti, senza alcuna precisazione sulla tipologia (*nomen iuris*) del vizio (sulla possibilità di configurare l'inammissibilità dell'azione penale nei riti speciali v. *infra*, § 7). Un altro esempio potrebbe rinvenirsi nell'art. 78 comma 2, in caso di mancata notificazione dell'atto di costituzione di parte civile effettuata fuori udienza.

<sup>29</sup> In un breve passaggio riferito alle nullità, anche CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in Id., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 73 riconosce che «si dovrebbe forzare il principio di tassatività» per «configurare una nullità tacita».

obbedienza o insubordinazione. Una tipicità flessibile, o “implicita”, o parziale, o ricostruita dall’interprete, è una *contradictio in adiecto*: tassatività è ossequio al legislatore, alle sue indicazioni testuali.

Semmai è graduabile la libertà conferita all’interprete nella ricognizione delle cause d’inammissibilità: da un minimo ad un massimo. Ma la tipicità si accetta o si supera. E poiché la tipicità prevista dalla delega sembrerebbe condurre ad esiti di dubbia ragionevolezza, quali quelli paventati, tanto vale consentirne un superamento<sup>30</sup>.

Sembra, cioè, più opportuno leggere il principio della legge delega come un principio tendenziale, espressione di un orientamento di fondo volto ad impedire che l’interprete possa arbitrariamente modificare l’anatomia della fattispecie, rendendola eccessivamente complessa e limitando l’accesso delle parti alla giurisdizione. Non esclude che l’interprete possa coniare nuove ipotesi d’inammissibilità; preclude solo che l’opera interpretativa sia senza confini, libera sino all’arbitrio.

### 5. Teoria della domanda ed estensione delle cause d’inammissibilità

Dietro alla possibilità d’estendere le ipotesi d’inammissibilità si celano diverse “teorie della domanda”. A seconda di quali requisiti si ritengano consustanziali al concetto di domanda si suggerisce di proteggerli con la sanzione (in senso lato) d’inammissibilità, anche ove non fosse la legge a farlo<sup>31</sup>.

Così, in un caso si è proposto di riferire la sanzione a tutta quella serie di requisiti generali delle domande, individuati nella capacità e nella legittimazione al compimento dell’atto, nella sussistenza dell’interesse, nell’esistenza di una forma e di una volontà dell’atto<sup>32</sup>. In altra

---

<sup>30</sup> Superano in dottrina la tipicità FAVALLI, *L’ammissibilità*, cit., 180; GALLI, *L’inammissibilità*, cit., 30; GHIARA, *Inammissibilità (Diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 482; GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 348; CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 2.

<sup>31</sup> L’operazione traspare con particolare evidenza nel lavoro di DELOGU, *Contributo*, cit., 57 ss., che muove dalle premesse concettuali di BETTI, *Per una classificazione degli atti di parte*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 106 ss.

<sup>32</sup> DELOGU, *Contributo*, cit., p. 135, che qualifica tali requisiti come cause generali d’inammissibilità. Le cause generali costituirebbero «requisiti che devono riscontrarsi nei confronti di ogni domanda, perché essa possa produrre il suo effetto». Sarebbero contrapposte alle cause speciali che atterrebbero ai presupposti, alle condizioni e alla regolamentazione formale dell’atto.

occasione si è affermato che la tipicità dovesse essere superata per il difetto di legittimazione soggettiva nella domanda<sup>33</sup>, o anche per l'esercizio del potere in caso di totale carenza di quest'ultimo<sup>34</sup>.

Astrattamente le opzioni iniziali sono due: costruire un concetto generale di domanda (ossia individuare quali requisiti compongano ogni fattispecie di domanda) e ritagliarvi sopra un conseguente disegno d'inammissibilità; oppure rifiutare una teoria generale e deferire la costruzione di ogni domanda all'analisi condotta in ciascun contesto processuale, attribuendo all'inammissibilità un ruolo di "chiusura", a garanzia della perfezione di ogni fattispecie-domanda come ricostruita nei singoli settori dell'ordinamento.

La seconda alternativa avrebbe il vantaggio di ottimizzare la ricostruzione dell'anatomia delle singole domande in relazione agli interessi che ruotano attorno a ciascuna di esse<sup>35</sup>. Ma essa comporterebbe una vera e propria sovversione del principio di tipicità che, per quanto in via tendenziale, s'è visto governare anche le inammissibilità.

Tocca così ripiegare sulla prima opzione, individuando con cautela alcune cause generali d'inammissibilità, tali anche nel silenzio del legislatore. Per alcune ipotesi, invero, l'estensione non sembra porre problemi. Così quanto alla titolarità soggettiva a porre in essere la domanda<sup>36</sup>. Sembra infatti lecito dire che in un contesto altamente formalizzato come il processo penale non sia possibile lasciare indefinita la legittimazione soggettiva al compimento di atti: per ogni atto è necessario che sia precisato chi abbia il potere di compierlo. Perciò, è possibile evincere un'inammissibilità per carenza di legittimazione soggettiva anche quando una simile ipotesi non sia espressamente prevista «a pena di inammissibilità», come ad esempio nel caso dell'opposizione all'archiviazione<sup>37</sup>, o nel caso della richiesta di riparazione dell'ingiusta detenzione<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> GHIARA, *Inammissibilità*, cit., 481.

<sup>34</sup> DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 300.

<sup>35</sup> O quanto meno da un angolo visuale più vicino a quegli interessi e più capace di coglierli nella loro peculiarità. Non c'è dubbio che in astratto la sede privilegiata per individuare quali elementi dovrebbe possedere, ad esempio, la domanda d'incidente probatorio sia lo studio dell'incidente probatorio: solo guardando alla disciplina dell'istituto globalmente considerata si potrebbero cogliere meglio gli interessi sottesi alla relativa domanda e, per conseguenza, evidenziare gli elementi che dovrebbero confluire nella fattispecie.

<sup>36</sup> DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 300.

<sup>37</sup> V. la giurisprudenza citata *supra*, nota 22.

<sup>38</sup> COPPETTA, *La riparazione*, cit., 295.

La stessa conclusione è ancora più agevole in relazione a eventuali limiti temporali perentori, per i quali pure non sia espressamente sancita l'inammissibilità. Qui il verificarsi della decadenza genera una preclusione al compimento di un certo atto. L'atto compiuto in violazione della preclusione è senz'altro inammissibile<sup>39</sup>. Anzi, è opportuno precisare che la conseguenza della decadenza<sup>40</sup> è l'inammissibilità e che solo quest'ultima è l'ipotesi di invalidità: la decadenza, infatti, non è un vizio dell'atto processuale, non consiste in una imperfezione dell'atto<sup>41</sup>.

Più impegnativo asserire l'estensione dell'inammissibilità ad ulteriori requisiti, in particolare per le forme tipiche di ciascun atto<sup>42</sup>. Il pericolo, infatti, è di ispessire eccessivamente le condizioni che consentono alle parti di accedere alla risposta giurisdizionale<sup>43</sup>, riducendo arbitrariamente il loro diritto.

---

<sup>39</sup> D'altronde, la decadenza viene definita come «l'estinzione del potere di compiere un'attività processuale per effetto del mancato compimento di essa entro il termine stabilito» (MANCINELLI, *Decadenza*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 793-4), sicché l'atto posto in essere risulta essere compiuto in carenza di potere. Nello stesso senso v. FULCI, *Decadenza. IV) dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1987, 4 e CORDERO, *La situazioni soggettive*, cit., 221 e nt. 48.

<sup>40</sup> Questione che aveva suscitato non poco dibattito in passato. Si veda, ad esempio, la sintesi tracciata da CONSO, *Il concetto*, cit., 86, nt. 50 e da MANCINELLI, *Decadenza*, cit., 797-8.

<sup>41</sup> LOZZI, *Lezioni*, cit., 180; GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 344 e 345 («tra inammissibilità e decadenza intercorre un rapporto di identità, più che di analogia»); già MANCINELLI, *Decadenza*, cit., 793-4, 798; FULCI, *Decadenza*, cit., 2. *Contra*, nel senso che la decadenza sia inquadrabile tra le invalidità, RANIERI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1948, p. 222. Per un tentativo di differenziare inammissibilità e decadenza sulla base delle situazioni soggettive sottese alle due ipotesi, in specie riferendo la decadenza alla perdita delle situazioni soggettive attive, v. CAVALLARI, *Art. 175*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 263 nella scia di CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, 78.

<sup>42</sup> Escludono sia possibile superare il principio di tipicità per i requisiti di forma delle varie domande, GHIARA, *Inammissibilità*, cit., 482; DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 299; CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit., 2-3. All'opposto si comporta CORDERO, *Procedura*, cit., 970, nel ricostruire le cause d'inammissibilità della richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere, su cui il codice tace: infatti, individua tra esse «la domanda del non legittimato», ma anche quella «che non indichi nuove prove, esistenti o futuribili, oppure riesumi le vecchie». Egualmente GALATI-ZAPPALÀ, *Gli atti*, cit., 314.

<sup>43</sup> Nei limiti in cui l'atto di parte serva ad adire la giurisdizione sulla reg giudicanda principale (il tema della colpevolezza) – come nel caso delle dichiarazioni d'impugnazione – si potrebbe immaginare che sia di ostacolo l'art. 24 comma 1 Cost. La norma costituzionale non sembrerebbe, invece, porre limiti diretti per quegli atti con-

Ciò che va certamente escluso è la possibilità di configurare cause d'inammissibilità attinenti al merito, sullo stampo in particolare della manifesta infondatezza, laddove non siano espressamente previste<sup>44</sup>. Oltre al già denunciato pericolo dell'indebita compressione del diritto delle parti alla risposta del giudice, l'operazione configura per di più il rischio di uno svuotamento del vaglio sulla fondatezza della domanda a favore di un suo esaurimento in una fase preliminare priva di tutela. Se ciò non pone soverchi problemi quando la fondatezza della domanda sia vagliata senza particolari garanzie, viceversa, quando sia prevista una procedura partecipativa (udienza pubblica o in camera di consiglio), accrescere i requisiti d'ammissibilità rischia di privare la parte del suo diritto a far valere le proprie ragioni in relazione a quella particolare domanda. L'interprete non deve poter incidere sulle modalità di valutazione della fondatezza della domanda più di quanto non gli consenta di fare il legislatore<sup>45</sup>.

---

fezionati all'interno di un contesto giurisdizionale volti a suscitare un intervento del giudice di carattere processuale.

<sup>44</sup> Così non dovrebbe costituire inammissibilità l'opposizione all'archiviazione che indichi quale oggetto dell'investigazione suppletiva temi d'indagine (che appaiano) irrilevanti o impertinenti. In senso contrario, nonostante l'espressa cautela che «per questa via non si dia ingresso ad un anticipato apprezzamento del merito da parte del giudice sulla portata probatoria delle investigazioni suppletive richieste», GIOSTRA, *L'archiviazione*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1994, 62, secondo cui «l'inammissibilità deve scattare soltanto quando queste siano tali che, quand'anche svolte, sarebbero comunque inidonee a mutare il quadro probatorio o il presupposto sulla cui base il pubblico ministero ha chiesto l'archiviazione».

<sup>45</sup> Che poi sia il legislatore a fare sempre maggiore ricorso alla categoria dell'inammissibilità per manifesta infondatezza al fine di elevare un solido argine contro le forme di abuso del processo integrate dalla presentazione di domande pretestuose (CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 105, 244 ss.) è questione ulteriore. In proposito, va semmai segnalata, non senza una punta di preoccupazione, la diagnosi dell'Autrice (*ibidem*, 107), secondo cui «la specificità delle ipotesi d'inammissibilità» costruite dal legislatore per prevenire situazioni di abuso processuale «risiede nella tecnica di costruzione della fattispecie normativa attraverso concetti aventi un ampio margine di indeterminatezza, che si traduce nel corrispondente margine di discrezionalità attribuito al giudice nella rilevazione della causa di inammissibilità».

## 6. Tipicità dell'inammissibilità in relazione agli atti suscettibili di simile valutazione

Assodato che sia possibile una cauta estensione delle cause d'inammissibilità, resta ancora da vedere se la tassatività debba invece valere per gli atti suscettibili d'una valutazione d'ammissibilità.

Molte sono le domande per le quali il codice non prevede né una causa d'inammissibilità né la possibilità di una simile declaratoria: ad esempio, la domanda cautelare (art. 291), la domanda di proroga della custodia cautelare (art. 305), le richieste di revoca e sostituzione delle misure cautelari (art. 299).

Dagli esempi fatti si potrebbe istintivamente evincere che le domande cui il codice non associa l'inammissibilità siano domande che vengono vagliate *de plano*, senza particolari formalità procedurali. Ed inferirne, conseguentemente, che in simili ipotesi una sanzione d'inammissibilità risulterebbe priva di utilità, giacché non procaccerebbe alcuna economia del processo. Ma l'osservazione dimenticherebbe l'altro fondamento dell'inammissibilità, il suo ergersi a presidio della perfezione della fattispecie: anche le domande esaminate fuori udienza senza formalità potrebbero richiedere che la loro fattispecie fosse protetta nei suoi elementi costitutivi dall'ipotesi d'invalidità.

Inoltre, anche domande per le quali è prevista una deliberazione assunta in contesti formalizzati, come l'atto di proposizione del conflitto di competenza (per il quale è prescritta l'udienza camerale) o la richiesta di proroga dei termini d'indagine (per cui si prevede l'eventualità d'un contraddittorio cartolare, art. 406) sono prive (stando ai dati testuali) di sanzione d'inammissibilità.

Semplicemente, il legislatore ha attuato la definizione d'inammissibilità solo in parte: in alcune occasioni ha dimenticato la relativa previsione, così che alcune domande ne sono rimaste sprovviste; per altre ha formulato soltanto la declaratoria d'inammissibilità, lasciando vuote le cause. Di fronte a questo panorama non può che essere l'interprete ad estendere la sanzione anche agli atti per cui non sia prevista, ferme restando le cautele già indicate, che originano dalla necessità di non stravolgere le indicazioni legislative.

## 7. Domande eventuali e domande obbligatorie

La dottrina si divide sulla applicabilità dell'inammissibilità a tutte le domande<sup>46</sup>, ovvero alle sole domande eventuali, con esclusione quindi dell'azione penale<sup>47</sup>.

Quest'ultimo indirizzo parte dall'idea che le attività dovute non pongano un «problema di introducibilità» nel processo, come invece accade per gli atti rimessi alla disponibilità delle parti. Gli atti obbligatori sollevano solo un problema di conformità allo schema, ma l'*an* del compimento dell'atto non è in discussione<sup>48</sup>.

Più ancora di quest'ultimo argomento, ad accogliere la tesi dell'inammissibilità come sanzione delle sole domande che introducono un procedimento eventuale spinge il dato testuale<sup>49</sup>. Il legislatore si è accuratamente impegnato ad indicare la nullità quale vizio dell'azione penale (art. 178 comma 1 lett. *b*; art. 179 comma 1; art. 416; art. 552 comma 2)<sup>50</sup>. La scelta traspare con massima nitidezza nella disciplina del rito avanti al giudice di pace che, asimmetricamente, commina la nullità per i vizi della citazione della polizia giudiziaria<sup>51</sup> e l'inammissibilità per l'invalidità del ricorso presentato dall'offeso<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 1196. Per l'affermazione dell'inammissibilità come vizio degli atti di parte in genere, senza esclusione delle attività dovute DELOGU, *Contributo*, cit., 35 (partic. nt. 22 per la irragionevole esclusione degli atti obbligatori).

<sup>47</sup> Così GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 57, 62-63, 113-115. All'idea dell'inammissibilità come vizio delle domande (introduttive di procedimenti) eventuali aderiscono CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit., 2; DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 299; RICCIO G., *Contributo allo studio*, cit., 148, 170. V. anche LASZLOCZKI, *L'inammissibilità per difetto di interesse quale causa di sanatoria del provvedimento impugnato?*, in *Giur. it.*, 1997, II, 339.

<sup>48</sup> GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 113.

<sup>49</sup> Sul piano logico, infatti, il concetto di inammissibilità potrebbe attagliarsi anche alla domanda penale, soprattutto ove si ponga mente al fatto che, se obbligatoria è l'attività da realizzare (formulare l'imputazione), eventuale è il «*modus*» in cui esercitarla (sul punto si vedano le osservazioni di DE CARO, *Il giudizio direttissimo*, Napoli, 1996, 191 ss., peraltro contrario alla configurabilità dell'inammissibilità del rito direttissimo).

<sup>50</sup> In questo senso MAFFEO, *I vizi dell'azione tra nullità e inammissibilità*, in *Cass. pen.*, 1997, 251; anche GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 348-9, pur riconoscendo che la nullità «è inadatta al ruolo» di correzione dei vizi dell'azione.

<sup>51</sup> Qui l'azione penale è «il risultato di un'attività complessa» («la formulazione dell'imputazione, atto «propulsivo» del pubblico ministero, e la citazione a giudizio, atto «conclusivo» della polizia giudiziaria»), COPPETTA, *Indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra-Illuminati, Torino, 2001, 162.

<sup>52</sup> Il riferimento all'inammissibilità viene giustificato da FIDELBO, *Ricorso immedia-*

Sembra così da escludere la possibilità di configurare un'ipotesi d'inammissibilità dell'azione penale, che la dottrina – sin dal codice precedente<sup>53</sup> – ha ipotizzato soprattutto con riferimento ai cc.dd. giudizi speciali<sup>54</sup>, rispetto ai quali spicca la presenza di determinati presupposti necessari all'instaurazione del rito.

Va, però, segnalato che questa inequivoca volontà legislativa di escludere l'inammissibilità per gli atti di esercizio dell'azione penale genera qualche disarmonia nella sistematica dei riti speciali: mentre le richieste di riti speciali provenienti dall'imputato sono suscettibili d'essere inammissibili<sup>55</sup>, quelle della parte pubblica – quando compendia-

---

to al giudice, in *Il giudice di pace*, cit., 242 con la necessità di un «momento di deliberazione» sul ricorso (come imposto dal legislatore delegante con l'art. 17 comma 1 lett. d l. 24 novembre 1999, n. 468) che pure non indulgesse a «forme di controllo che penetrassero nel merito della richiesta avanzata dall'offeso»: «in questo modo il giudice non esamina nel merito la richiesta avanzata dalla parte, limitandosi il suo intervento alla verifica della richiesta, con riferimento al tempo in cui l'atto deve essere compiuto, al suo contenuto, ai requisiti formali, ovvero alla legittimazione al compimento dell'atto», ostruendo il passaggio a «ricorsi incompleti, generici, non supportati da una prospettazione significativa degli elementi di prova, inidonei ad essere trattati in udienza». Come scelta volta ad escludere una deliberazione di merito v. anche NEGRI, *Art. 24 – Inammissibilità del ricorso*, in *Legisl. pen.*, 2000, 156. Per CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 168: «il legislatore, comprensibilmente, ha scelto la sanzione tipica degli atti di parte» privata. Ad una ricostruzione diversa accede PANSINI C., *Contributo dell'offeso e snodi procedurali*, Padova, 2004, p. 212 secondo cui la possibilità di una valutazione di inammissibilità del ricorso non esclude che si tratti di vero e proprio esercizio dell'azione penale: quando in concreto si verifica l'inammissibilità «per mancanza dei requisiti essenziali dell'atto, si è in presenza di un esercizio solo apparente dell'azione».

<sup>53</sup> FOSCHINI, *Il procedimento direttissimo inammissibile*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1947, III, 468; PANSINI G., *I giudizi direttissimi atipici*, Milano, 1980, 61 s.; FAVALLI, *L'ammissibilità*, cit., 183; GAITO, *Il giudizio direttissimo*, cit., 345.

<sup>54</sup> Riguardo all'inammissibilità del giudizio direttissimo cfr. NAPPI, *Guida al codice*, 9ª ed., Milano, 2004, 528 e, per un panorama complessivo sulle varie opinioni, v. ZANETTI, *Il giudizio direttissimo*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, PISANI (a cura di), 2ª ed., Milano, 2003, 318 ss. In relazione al giudizio immediato v. GAITO, *Riti alternativi: II) Giudizio immediato*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4 e, non senza qualche perplessità, ILLUMINATI, *Il giudizio immediato*, in *I riti differenziati nel nuovo processo penale. Atti del convegno presso l'Università di Salerno 30 settembre – 2 ottobre 1988*, Milano, 159 (nonché *Giust. pen.*, 1989, III, 714). Configura l'inammissibilità per tutti e tre i procedimenti speciali, giudizio immediato, direttissimo e per decreto, ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2004, 605, 610-611, 620. Un cenno, molto cauto, alla inammissibilità dell'azione penale anche in MARZADURI, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 285.

<sup>55</sup> Ad esempio, le richieste di rito abbreviato che siano viziate (perché fuori ter-

no l'azione penale – conoscerebbero la sola nullità<sup>56</sup>. Per appianare l'asimmetria si potrebbe immaginare di scindere la richiesta di rito alternativo con cui il pubblico ministero esercita l'azione (richiesta di giudizio immediato, di decreto penale, decreto di citazione a giudizio direttissimo) in due parti: da un lato, il nucleo dell'azione penale (legittimazione soggettiva dell'attore, completezza e precisione dell'imputazione), dall'altro, la richiesta di procedere secondo un particolare rito: inammissibile la parte relativa al *modus* dell'azione, trattandosi di vicenda eventuale; nulla quella relativa alla essenza dell'azione, atto costituzionalmente doveroso.

Va detto, però, che immaginare una concorrenza delle due patologie sembra poco ragionevole. Ciò a maggior ragione se si considera che l'erroneo esercizio dell'azione penale configura una causa di nullità assoluta<sup>57</sup> e che, quindi, in concreto, la risultante disciplina è sostanzialmente assimilabile a quella che ne risulterebbe volendo configurare un'ipotesi d'inammissibilità<sup>58</sup>, sorgendone comunque una patologia rilevabile d'ufficio, insanabile sino al prodursi del giudicato.

## 8. Domande eventuali delle parti e del giudice

Un ulteriore contrasto si consuma quanto alla riferibilità del vizio a tutte le domande eventuali o alle sole domande di parte; nel secondo caso, resta esclusa la domanda del giudice *ex officio* («che si fa

---

mine o perché provenienti da soggetto non legittimato o mentalmente incapace) vanno considerate inammissibili. Sul punto v. ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 45-46 e 51; VIGGIANO, *Patologie del giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 517-518.

<sup>56</sup> Emblematico il caso della richiesta congiunta di patteggiamento, viziata: inammissibile sempre, ma nulla se presentata durante le indagini, quando cioè essa contiene anche l'esercizio dell'azione.

<sup>57</sup> La tesi della nullità assoluta per erroneo impulso del rito speciale (decisamente minoritaria in dottrina e giurisprudenza; v. PAULESU, *Art. 178*, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 493) sembra la più appropriata alla luce dell'ampiezza del dato letterale dell'art. 179, che riferisce il vizio più radicale a tutte le disposizioni concernenti l'iniziativa nell'esercizio dell'azione penale. In dottrina, condivide l'opinione TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 430 (pur parlando anche di inammissibilità dell'azione). Si consideri, tra l'altro, che l'impropria adozione di un rito speciale si concreterebbe anche in un'omessa citazione per l'udienza preliminare, fonte indiscutibile di nullità assoluta.

<sup>58</sup> GAITO, *Il giudizio direttissimo*, cit., 350.

parte»<sup>59</sup>), come può accadere nell'ambito del conflitto di competenza, del procedimento di sorveglianza o della sollevazione di un incidente di costituzionalità.

La controversia origina da diversi modi d'intendere l'eventualità del procedimento cui la domanda mette capo. Per qualcuno sono eventuali tutte quelle articolazioni non necessarie del procedimento, risultando indifferente l'impulso, su istanza di parte o *ex officio*<sup>60</sup>. Per altri, il concetto di eventualità rinvia ad un potere dispositivo, che può essere o meno esercitato, e tale potere non può spettare al giudice cui si confanno soltanto situazioni soggettive di dovere<sup>61</sup>.

Questa seconda tesi, però, sembra dimenticare che una delle funzioni dell'inammissibilità è quella di imporre il rispetto di certi adempimenti formali delle domande, cui anche il giudice dovrà piegarsi. Non si vede perché soltanto gli atti introduttivi promossi dalle parti debbano attenersi a determinate formalità, non anche le iniziative giudiziali. Tanto più che non sempre il giudice che solleva *ex officio* la domanda è lo stesso che poi sarà chiamato a pronunciarsi sopra di essa.

Una ulteriore riprova dell'assunto si ottiene svolgendo le conseguenze che deriverebbero dall'elidere la soglia dell'inammissibilità per le domande giudiziali: tutti i requisiti della fattispecie domanda refluirebbero nell'ambito della valutazione di fondatezza. Ora, l'invalidità della domanda ne comporta l'inefficacia, con caducazione degli atti conseguenti; il rigetto, invece, non annulla gli atti precedenti, ma si limita a non soddisfare la pretesa dell'istante, salva la facoltà d'impugnazione. Al fondo, insomma, la conseguenza sarebbe che una domanda priva del medesimo requisito di legge avrebbe sorti diverse se promossa dalle parti o se promossa dal giudice: invalida ed inefficace nel primo caso, rigettata nel secondo: una disparità di cui è difficile cogliere la *ratio*.

---

<sup>59</sup> VOENA, *Atti*, cit., 262.

<sup>60</sup> GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 138 ss., 147.

<sup>61</sup> RICCIO G., *Contributo*, cit., 170 ss. Per l'affermazione secondo cui tutti i comportamenti del giudice e del pubblico ministero (degli organi statali, più in generale) assurgono ad oggetto di una situazione soggettiva di dovere (senza che, peraltro, sia esclusa una contestuale e distinta valutazione in termini di potere-validità), v. CORDEIRO, *Le situazioni soggettive*, cit., 173 ss.

## Sezione II – Il trattamento del vizio

### 9. Rilevabilità e declaratoria d'inammissibilità

Il dato che non soffre eccezioni è la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice<sup>62</sup>, come d'altronde emerge da molteplici indicatori testuali (artt. 591 comma 2, 81, 87, 95 comma 4).

*Motu proprio* o sollecitato dalle parti<sup>63</sup>, il giudice deve dichiarare l'inammissibilità con precedenza su ogni altro accertamento – salva la *vexatissima quaestio* sull'applicabilità dell'art. 129 (su cui *infra*, 13).

Come anticipato, il vaglio di ammissibilità avviene per solito senza particolari formalità di procedura<sup>64</sup> o, comunque, con formalità ridot-

<sup>62</sup> GALATI-ZAPPALÀ, *Gli atti*, cit., 314; LOZZI, *Lezioni*, cit., 194; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 6<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, 176; VOENA, *Atti*, cit., 262. Nel codice abrogato giungevano a questa conclusione CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit., 3; DELOGU, *Contributo*, cit., 147 ss.; GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 177 ss.

<sup>63</sup> Ovviamente, sussistendo il potere d'ufficio, non si tratta di un'eccezione in senso proprio: già DELOGU, *Contributo*, cit., 149.

<sup>64</sup> In particolare, la dichiarazione dell'inammissibilità delle impugnazioni ordinarie – ex art. 591 co. 2 – avviene *de plano*: MELE, *Art. 591*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, VI, Torino, 1991, 145; SPANGHER, *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 232; per l'appello, NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2005, 231. Senza formalità anche la delibazione sull'inammissibilità nel giudizio di revisione: DEAN, *La revisione*, cit., 97; JANNELLI, *Art. 634*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, VI, Torino, 1991, 369; LONATI, *Ancora sulle coordinate spaziali del giudizio di ammissibilità della richiesta di revisione*, in *Cass. pen.*, 2003, 232; SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, 70; SPAGNOLO, *L'ordinanza di ammissibilità nel giudizio di revisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 875; in senso contrario v. però Cass., sez. III, 22 gennaio 2003, Piro, in *Cass. pen.*, 2004, 4179. Con riferimento al ricorso straordinario in cassazione per errore materiale o di fatto (art. 625 *bis*) v. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 236; Cass., sez. I, 1 ottobre 2002, Stara, in *Cass. pen.*, 2003, 3454 con nota critica di GIALUZ.

Equalmente, in tutti i riti che adottino le forme procedurali della camera di consiglio ex art. 127 la declaratoria dell'inammissibilità avverrà *de plano*: DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 188-189 (escludendo che la formula «anche senza formalità di procedura» lasci il giudice libero di adottare forme più garantite); ma v. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 86 a giudizio del quale l'assenza di formalità dovrebbe essere esclusa per i procedimenti davanti alla Corte di cassazione che seguano il modulo ex art. 127. L'opinione si riannoda alla tesi (espressa da GIALUZ, *Osservazioni sul vaglio preliminare di inammissibilità del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2003, 3461 s. e ripresa da MARAFIOTI, *op. cit.*, 116) secondo cui, in ogni procedura che si svolga da-

te<sup>65</sup>: in particolare, è sempre escluso il contraddittorio orale (v. *supra*, § 2)<sup>66</sup>. Seppure, in prospettiva *de jure condendo*, parrebbe opportuno che il contraddittorio, almeno nella forma cartolare, non venisse menomato quando fossero in gioco cause d'inammissibilità attinenti al merito. Soprattutto nel caso della manifesta infondatezza, dove labile è il confine con la semplice infondatezza, le parti dovrebbero avere il diritto di interloquire sulle ragioni che sorreggono la pretesa avanzata.

La declaratoria dell'invalidità assume la forma dell'ordinanza. Fanno eccezione le inammissibilità del procedimento di esecuzione e del procedimento di sorveglianza (in forza del rinvio dell'art. 678 comma 1), entrambe dichiarate con decreto.

Vigente il codice abrogato, un'opinione dottrinale qualificava il giudizio di inammissibilità come procedimento incidentale che deve necessariamente precedere la cognizione sulla fondatezza della domanda: di conseguenza, la valutazione d'ammissibilità risultava preclusa in un momento successivo<sup>67</sup>. Un simile orientamento, che come ben si comprende si risolveva nella introduzione di una non prevista forma di sanatoria dell'invalidità, era già nettamente minoritario nel vecchio codice e anche nel nuovo rito non sembra poter trovare cittadinanza. È vero che una simile preclusione potrebbe trovare avallo nella dizione letterale dell'art. 605, che menziona quale epilogo dell'appello la sola sentenza di «conferma o riforma» del provvedimento gravato, senza alcun cenno all'inammissibilità<sup>68</sup>. Ma non è il caso di enfatizzare un simile dato normativo, peraltro smentito in altre previsioni: non

---

vanti alla Suprema corte, l'inammissibilità dell'atto introduttivo andrebbe pronunciata seguendo le forme del contraddittorio cartolare *ex* art. 610.

<sup>65</sup> Così nel procedimento che si applica davanti alla corte di cassazione *ex* art. 611, in cui si prevede solo una forma di contraddittorio cartolare: sullo svolgimento di questo rito v. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., 209 ss. e MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali*, cit., 92 ss.

<sup>66</sup> *Contra* COPPETTA, *La riparazione*, cit., 293 che prefigura l'inapplicabilità dell'art. 127 comma 9 al procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione.

<sup>67</sup> Così, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, 1947, 156, riproponendo una tesi già avanzata per il rito civile (ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., I, Roma, 1956, 336); relativamente al decreto penale di condanna, ALOISI, *Le inammissibilità processuali e il decreto penale di condanna*, in *Giur. it.*, 1937, II, 84. In senso nettamente contrario, DOMINIONI, *Improcedibilità*, cit., 15.

<sup>68</sup> In questo senso PANNAIN, *Le sanzioni*, cit., 468 e nt. 5, con riferimento all'identica formula dell'art. 523 c.p.p. 1930, anche se l'ipotesi di sanatoria era limitata al solo giudizio d'appello, rimanendo operante altrimenti la regola dell'insanabilità. La posizione di PANNAIN veniva seccamente criticata da DELOGU, *Contributo*, cit., 145-6.

solo nell'art. 591 comma 4, ma anche nell'art. 615 comma 2, secondo cui la corte di cassazione, quando non annulla il provvedimento impugnato, «dichiara inammissibile o rigetta il ricorso».

Insomma, ove non fosse tempestivamente rilevata, l'inammissibilità sarebbe dichiarabile anche successivamente<sup>69</sup>. Qualche perplessità è stata sollevata in relazione al procedimento di revisione, in cui la giurisprudenza unanime consente una rilevabilità del vizio anche nella fase del giudizio c.d. di merito<sup>70</sup>. Si obietta che l'asserto, oltre che «debole in chiave teorica» perché l'art. 634 impone chiaramente un esaurimento del vaglio d'ammissibilità in sede preliminare, potrebbe generare disparità applicative tra situazioni simili quanto al giudice competente a seguito di un annullamento con rinvio del provvedimento (ordinanza o sentenza) di inammissibilità<sup>71</sup>.

Ovviamente, quando il vizio sia dichiarato in sede di giudizio di merito, il provvedimento assume la forma di sentenza<sup>72</sup>, per quanto non risultino testualmente ipotesi di sentenza d'inammissibilità (come accadeva nell'art. 549 c.p.p. 1930. L'omologa previsione odierna, all'art. 616, usa il termine «provvedimento»<sup>73</sup>).

<sup>69</sup> Nel senso che l'inammissibilità fosse rilevabile anche raggiunta la trattazione del merito, DELOGU, *Contributo*, cit., 143-4.

<sup>70</sup> Cass., sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Cass. pen.*, 2002, 1952 (e in *Cass. pen.*, 2003, 228 con nota di LONATI); Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, Pisco, in *Cass. pen.*, 1998, 1931 e in *Giur. it.*, 1999, 806 con nota di DEAN; Cass., sez. V, 16 gennaio 1996, Bagedda, in *Cass. pen.*, 1996, 2340; Cass., sez. I, 26 settembre 1994, Minghella, in *Riv. pen.*, 1995, 1103; Cass., sez. VI, 12 ottobre 1993, Santolla, in *Cass. pen.*, 1995, 2645; Cass., sez. V, 17 maggio 1993, Bruni, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 137; Cass., sez. I, 19 novembre 1991, Coletto, in *Cass. pen.*, 1993, 1791. *Contra* isolatamente Cass., sez. IV, 13 novembre 1992, Cutrone, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 690. In dottrina si esprime con favore per l'indirizzo prevalente in giurisprudenza, in quanto l'art. 591 comma 4 non può non valere anche in sede di revisione, LONATI, *Ancora sulle coordinate*, cit., 233.

<sup>71</sup> DEAN, *La revisione*, 97 s.; ID., *Provvedimenti soggetti a revisione ed ambiti della declaratoria di inammissibilità della richiesta*, in *Giur. it.*, 1999, 808. La disparità deriva dalla applicazione dei differenti criteri di rinvio previsti dall'art. 634 per l'annullamento dell'ordinanza d'inammissibilità e dall'art. 623 comma 1 lett. c e 175 disp. att. per l'annullamento della sentenza d'inammissibilità.

<sup>72</sup> TONINI, *Manuale*, cit., 176; MELE, *Art. 591*, cit., 145.

<sup>73</sup> Anche nel procedimento di sorveglianza e di esecuzione, quando l'inammissibilità venga dichiarata nel corso d'udienza, il provvedimento assume la forma consona all'atto conclusivo della fase, ossia quello dell'ordinanza (art. 666 comma 6).

## 10. Sanabilità e sanatorie

L'inammissibilità non soffre di limiti di deducibilità e non incontra preclusioni temporali. Egualmente, non conosce sanatorie possibili<sup>74</sup> salvo quella (comune a tutte le invalidità processuali, eccezion fatta per l'inesistenza) costituita dal passaggio in giudicato<sup>75</sup>. Sotto questo profilo l'inammissibilità rassomiglia molto alla nullità assoluta, con cui infatti è stata talora confusa<sup>76</sup>. Ma, appena formulata la regola dell'insanabilità, bisogna cominciare ad enumerare le eccezioni<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Lo si desume tanto dalla insanabilità dell'inammissibilità dell'impugnazione, ma anche dall'impossibilità di riferire le sanatorie previste dagli artt. 183-184 all'atto inammissibile. In proposito, mantiene attualità l'analisi di GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 199 s. V. anche GALATI, *Il comportamento*, cit., 163, nt. 82.

<sup>75</sup> Si esprimono per l'insanabilità CORDERO, *Procedura*, cit., 1195; LOZZI, *Lezioni*, cit., 194; TONINI, *Manuale*, cit., 162 (sulla base della considerazione che non è stabilito un termine entro cui la declaratoria debba avvenire); VOENA, *Atti*, cit., 262; nel codice abrogato CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit., 3; CONSO, *Soltanto il giudicato sana le inammissibilità*, in *Giur. it.*, 1954, II, 40; DELOGU, *Contributo*, cit., 150 ss.; GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 200-204; PANNAIN, *Le sanzioni*, cit., 468 (ma v. *supra* nt. 68); TRANCHINA, *La potestà di impugnare nel processo penale italiano*, Milano, 1970, 212. In giurisprudenza le affermazioni dell'insanabilità del vizio si registrano tutte con riferimento alla disciplina delle impugnazioni; v. Cass., sez. V, 19 gennaio 1995, Pescante, in *Cass. pen.*, 1996, 3038: «Poiché, ai sensi del comma 4 dell'art. 591 c.p.p., l'inammissibilità dell'impugnazione non è soggetta a sanatoria in quanto, quando non sia stata rilevata dal giudice competente a decidere sul gravame, può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento, la Corte di cassazione, che rilevi l'inammissibilità dell'appello, deve, in applicazione dell'art. 609, annullare senza rinvio la sentenza di appello e ordinare l'esecuzione di quella di primo grado».

Della possibilità di sanatorie per l'inammissibilità si discuteva soprattutto nel precedente codice, soprattutto quando l'inammissibilità fosse causata da una precedente nullità: v. SATTA, *Sulla pretesa sanzione*, cit., 63 e GALLI, *op. cit.*, 202-203, secondo cui la convalida dell'inammissibilità era possibile quando la nullità si fosse sanata; v. anche Cass. I, 3 gennaio 1938, Sona, in *Scuola pos.*, 1940, II, 49 con nota di SANTORO. L'ipotesi dell'inammissibilità derivante da nullità sembra non più proponibile nel nuovo codice. Altro caso che nel rito abrogato suscitava opinioni favorevoli alla sanabilità dell'inammissibilità era quello dell'opposizione a decreto penale di condanna: diverse voci rinvenivano una preclusione alla declaratoria del vizio quando si fosse effettuata la citazione a giudizio o, al più tardi, una volta instaurato il dibattimento (v. *supra* nota 67).

<sup>76</sup> V. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 179, nt. 37.

<sup>77</sup> Viste le eccezioni alla regola dell'insanabilità, RICCIO G., *Contributo allo studio*, cit., 167, preferiva assestarsi su una concezione «pragmaticamente» improntata alla «relatività», nel senso che il problema andasse risolto in relazione alla singola situazione, esistendo «soluzioni differenti».

La prima, risultante *per tabulas*, attiene alle cause di inammissibilità concernenti la costituzione di parte civile e del responsabile civile, che sono rilevabili solo fino all'apertura del dibattimento di primo grado, come dispongono gli artt. 81, 87 e l'art. 491<sup>78</sup>. La giurisprudenza precisa che l'inammissibilità per tardività della costituzione segue, invece, il regime di rilevanza in ogni stato e grado del procedimento<sup>79</sup>.

La seconda emerge dall'osservazione che vi sono domande introduttive di procedimenti eventuali cui male si attaglia la sanatoria del giudicato<sup>80</sup>. Anzitutto, l'inammissibilità della richiesta di riparazione per l'ingiusta detenzione, che non sarebbe mai soggetta a sanatoria. Ma vi sono altre conseguenze che non paiono del tutto ragionevoli: ad esempio che l'indagato/imputato possa essere nuovamente ristretto dopo molto tempo per l'inammissibilità della sua richiesta di riesame solo perché ancora non è sopraggiunto il giudicato sanante. Inoltre, in procedimenti come la riacquiescenza o la rimessione si consentirebbe una possibilità di travolgere l'esito finale a grande distanza di tempo dalla loro conclusione: una deducibilità tanto dilatata nel tempo mette a repentaglio il principio di certezza di cui si nutre il processo; se essa in qualche caso si giustifica, in altri appare francamente eccessiva.

Le incongruenze denunciate sembrano originate dal fatto che la sanatoria di qualsiasi inammissibilità viene riferita al giudicato del c.d. procedimento principale. Ciò è giustamente imposto (art. 591 comma 4) quando la domanda (di cui si lamenta l'inammissibilità) abbia ad oggetto la stessa domanda contenuta nell'azione penale o parte di essa, quando cioè abbia ad oggetto la regiudicanda del processo (per intero o in una sua parte).

Per gli altri casi, invece, la sanatoria al solo sopraggiungere del

<sup>78</sup> LOZZI, *Lezioni*, cit., 193; GALATI-ZAPPALÀ, *Gli atti*, cit., 314; TONINI, *Manuale*, cit., 176. Diversamente accade per l'inammissibilità dell'intervento degli enti o delle associazioni, che *ex art.* 95 comma 4 può essere rilevata «in ogni stato e grado del processo». La sanabilità dell'atto introduttivo del processo civile in quello penale era prevista anche nel vecchio codice (v. artt. 97 e 439 c.p.p. abr.), ma solo dopo la riforma del 1955: in proposito v. GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 197.

<sup>79</sup> V. Cass., sez. VI, 25 settembre 1995, Lazzarino, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 1002.

<sup>80</sup> È appena il caso di precisare che, per le domande che tendano a riaprire un procedimento già conclusosi irrevocabilmente (restituzione in termini per l'impugnazione, impugnazione inammissibile per avvenuta decadenza, revisione), l'inammissibilità si sanerebbe con l'irrevocabilità dell'atto conclusivo del procedimento riapertosi.

“giudicato principale” sembra ipotesi eccessiva. Una soluzione può essere tratta proprio partendo dai procedimenti di riparazione dell’ingiusta detenzione (o dell’errore giudiziario): per questi riti l’unica soluzione possibile – essendo irragionevole l’insanabilità – sembra quella di fissare la preclusione con la conclusione del procedimento incidentale medesimo<sup>81</sup>. Generalizzando, l’assunto può essere esteso anche agli altri procedimenti incidentali.

Insomma, per tutti i procedimenti che non abbiano ad oggetto la domanda principale, il concetto di giudicato andrebbe inteso in un senso atecnico, come “giudicato del procedimento incidentale”, ossia come preclusione risultante dalla conclusione del procedimento eventuale. Una simile nozione di “giudicato incidentale” non è d’altronde sconosciuta al nostro ordinamento: basti pensare al c.d. giudicato cautelare.

Tale opinione trova poi ulteriore forza nell’osservazione che tutti i procedimenti incidentali (ad eccezione dell’ipotesi – “stravagante” – *ex art. 54 quater*) prevedono forme di partecipazione delle parti (cartolare come nel caso dell’incidente probatorio o, più spesso, anche diretta e personale come nell’archetipo del rito camerale *ex art. 127*) che consentono di giungere ad una decisione rispetto alla quale sia giusto ipotizzare il formarsi di una preclusione, mentre diversamente accadrebbe se vi fossero procedimenti incidentali che escludono completamente la partecipazione delle parti<sup>82</sup>.

Concludendo sul punto, i casi in cui la sanatoria andrebbe riferita al giudicato c.d. principale sarebbero quelli relativi alle impugnazioni sulla sentenza penale (appello, ricorso per cassazione) e sul decreto (opposizione a decreto penale). Negli altri casi, invece, la chiusura del procedimento incidentale impedirebbe la proposizione della doglianza

---

<sup>81</sup> Fin troppo rigorosa Cass., sez. IV, 3 giugno 1998, Ben Salah, in *Cass. pen.*, 1999, 2614, che impone la deduzione con l’impugnazione: «Non può essere contestata per la prima volta nel giudizio di cassazione la ritualità della domanda di riparazione per ingiusta detenzione, in quanto, trattandosi di questione attinente alle formalità necessarie per la regolare instaurazione del contraddittorio, e non già di nullità *ex art. 177 s. c.p.p.* o di una delle specifiche cause di inammissibilità dell’impugnazione previste dallo stesso codice, su di essa, se non dedotta con l’impugnazione, si è formato, a seguito della pronuncia sul merito, il giudicato implicito sulle questioni di rito». Anche l’udienza di trattazione sembra essere un buon momento per sollevare la questione.

<sup>82</sup> D’altronde, si potrebbe sempre dire che i procedimenti eventuali che non ripropongono la domanda principale non hanno una «incidenza determinante» sull’esito del procedimento principale, cioè non lo invalidano in via derivata (riprendendo così il criterio di GALLI, *L’inammissibilità*, cit., 210-211).

dell'inammissibilità dell'atto introduttivo di quei procedimenti. Così non solo per la rimessione o per la ricusazione<sup>83</sup>, ma anche per la vicenda cautelare, per la richiesta di riparazione per l'ingiusta detenzione e per l'errore giudiziario.

Una riflessione a sé merita l'ipotesi dell'inammissibilità dell'opposizione alla richiesta di archiviazione. Qui l'oggetto della domanda è il prosieguo delle indagini (o l'esercizio coatto dell'azione), ma non si può negare che in fatto la richiesta insista sulla stessa domanda principale del processo, pur se ancora non può parlarsi di azione e di re-giudicanda. Tuttavia, anche per questa ipotesi sembrerebbe doversi configurare una preclusione alla rilevazione dell'inammissibilità una volta terminata l'udienza camerale. Ad indurre simile soluzione è in questo specifico caso l'impossibilità di ricollegare lo svolgimento camerale all'efficacia causale dell'atto dell'offeso piuttosto che alla personalissima scelta del giudice. In altre parole, esiste un potere officioso di impulso equivalente a quello dell'istanza di parte<sup>84</sup>.

In ogni caso, a prescindere dal momento in cui intervenga la sanatoria, resta certamente operativa la preclusione sancita dall'art. 627 comma 4, che impedisce di rilevare nel giudizio di rinvio ipotesi di inammissibilità (oltre che di nullità) che si siano verificate nei precedenti giudizi<sup>85</sup>. L'unica variazione in tema potrebbe registrarsi nel caso in cui il giudizio devoluto alla corte di cassazione avesse ad oggetto proprio una questione in tema di inammissibilità: in questa evenienza il giudice di rinvio, pur dovendosi uniformare ai *dicta* della Corte suprema, sarebbe chiamato a vagliare l'inammissibilità di un atto del giudizio precedente alla sentenza della Corte<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Come ritengono GALATI-ZAPPALÀ, *Gli atti*, cit., 314, DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 300 e MAFFEO, *I vizi dell'azione*, cit., 242, nt. 7. In precedenza CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit., 3.

<sup>84</sup> Discorso eguale va fatto anche per il procedimento *ex art. 54 quater*: ovviamente, qualora lo si intenda come ipotesi tecnica d'inammissibilità (v. *supra*, nota 10).

<sup>85</sup> Non essendo equivocabile la prescrizione normativa, la giurisprudenza si limita a riaffermarne il precetto: Cass., sez. I, 24 giugno 1998, Signorelli, in *Cass. pen.*, 1999, 3176.

<sup>86</sup> Per un'applicazione in giurisprudenza v. Cass., sez. I, 22 febbraio 2001, Petrucci, in *Cass. pen.*, 2002, 678; con riferimento all'annullamento dell'ordinanza d'inammissibilità nel giudizio di revisione, Cass., sez. VI, 22 febbraio 1996, Nunziata, in *Giust. pen.*, 1997, III, 574.

## 11. Impugnabilità

In linea di principio, l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità è suscettibile di impugnazione, segnatamente ricorso per cassazione. Così dispone il codice nelle varie ipotesi (artt. 41 comma 1, 127 commi 9-7, 461 comma 6, 591 comma 3, 634 comma 2). Sennonché, anche qui compare l'immane eccezione, che si riallaccia al principio di tassatività delle impugnazioni: quando la censura non è espressamente prevista, così per l'incidente probatorio<sup>87</sup>, per la decisione sull'ammissibilità dell'azione civile<sup>88</sup> e per il ricorso straordinario *ex art. 625 bis*<sup>89</sup>, essa è preclusa<sup>90</sup>: tanto che l'eventuale impugnazione integrerebbe un caso di esercizio d'un potere assente, che si genererebbe inammissibilità.

## 12. Rinnovazione

A distinguere ulteriormente il vizio in esame dalla nullità assoluta potrebbe servire la non operatività per l'atto inammissibile del principio di rinnovazione.

---

<sup>87</sup> FERRARO-PIATTOLI, *L'incidente probatorio*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da Aimonetto, Torino, 1999, 377; VIGNA, *Art. 398*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, 493; RENON, *Art. 398*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 1362. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Bernini e a., in *Giust. pen.*, 1993, III, 139.

<sup>88</sup> OLIVERO, *I titolari di interessi extrapenalì*, in *Protagonisti e comprimari del processo penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1995, 231; Cass., sez. I, 28 ottobre 1990, Andreis, in *C.E.D. Cass.*, n. 186663; Cass., sez. V, 3 marzo 1992, Vitale, in *Giur. it.*, 1992, II, 480 con nota di AIMONETTO; Cass., sez. I, 21 febbraio 1994, Spinicchia e a., in *C.E.D. Cass.*, n. 198359. L'insegnamento è stato recepito da Cass., sez. un., 19 maggio 2005, Pediconi, in *Foro it.*, 1999, II, 700 (con nota di DI CHIARA), con la precisazione che è invece impugnabile l'ordinanza di inammissibilità o di rigetto della richiesta di esclusione della parte civile proveniente dall'imputato; più recentemente Cass., sez. II, 12 marzo 2003, Orsini, in *Cass. pen.*, 2004, 4130.

<sup>89</sup> Quanto all'ordinanza d'inammissibilità del ricorso presentato dall'offeso pronunciata dal giudice di pace nel procedimento avanti a quest'ultimo, la giurisprudenza è orientata ad ammettere la possibilità d'impugnazione, col ricorso per cassazione: Cass., sez. V, 11 aprile 2003, Feliciani, in *Cass. pen.*, 2004, 3257, con nota critica di DELL'ANNO, che obietta come, nel silenzio della legge, debba valere il principio di tassatività dell'impugnazione; né potrebbe trattarsi di provvedimento inquadabile nella categoria delle sentenze.

<sup>90</sup> Quasi pleonastico ricordare che sono inoppugnabili le ordinanze di inammissibilità pronunziate dalla Corte di cassazione: qui la preclusione è dovuta all'inoppugnabilità dei pronunciamenti della Corte suprema, facilmente evincibile dall'art. 648.

Ciò non significa, però, che sia esclusa la possibilità di reiterare l'atto<sup>91</sup>, come è, ad esempio, testualmente previsto in materia d'impugnazioni civili dagli artt. 358 e 387 c.p.c. per l'atto inammissibile. Soltanto, l'eventuale "seconda" domanda non integra una vera e propria rinnovazione. Si tratta semplicemente di un ulteriore esercizio del potere di richiesta che, ovviamente, dovrà sottostare ai relativi vincoli. In particolare, simile possibilità sarà preclusa quando si siano consumati i limiti temporali perentori, eventualmente previsti, entro cui il potere può essere esercitato<sup>92</sup>.

D'altronde, va osservato che, se si intende l'inammissibilità come vizio inerente alle domande eventuali, la non rinnovabilità è una piana conseguenza della natura del vizio, giacché nel procedimento viene rinnovato soltanto l'atto necessario o, comunque (volendo accogliere una nozione più lata) l'atto che sia seriamente utile al suo svolgimento: tale non può certo essere un atto meramente eventuale.

### 13. Inammissibilità e proscioglimento: quale priorità?

Alcune controversie durano nel tempo<sup>93</sup>: così la questione su quale priorità affermare nel concorso tra causa di inammissibilità del gravame e declaratoria immediata di cause di non punibilità.

Pur nel mutato assetto delle impugnazioni<sup>94</sup>, la tematica continua a

<sup>91</sup> Per maggiore precisione è utile distinguere (nella scia di DELOGU, *Contributo*, cit., 159) la rinnovazione dell'atto inammissibile, ossia la reiterazione dell'atto dopo la declaratoria dell'invalidità, dalla conferma dell'atto, che consiste nella riproposizione dell'atto affetto da inammissibilità prima della declaratoria giudiziale.

<sup>92</sup> DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 302. Così, nel precedente codice, DELOGU, *Contributo*, cit., 161; GHIARA, *Inammissibilità*, cit., 483. Più cautamente GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 242-9, che suggeriva una «concreta indagine caso per caso». Contrario alla rinnovazione dell'atto inammissibile, DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, 5ª ed., Napoli, 1966, 155-6.

<sup>93</sup> E suscitano le più diverse reazioni. Basti pensare alle molteplici evoluzioni di CORDERO: da *Contributo allo studio dell'amnistia del processo*, Milano, 1957, 53 ss. a *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 730 ss., a *Procedura penale*, 9ª ed., 1987, 918 sino all'ultima posizione di *Procedura penale*, 7ª ed., 2004, 1196; in un percorso circolare: dalla costante priorità dell'inammissibilità, all'apertura per il proscioglimento solo quando l'impugnazione difettesse dell'interesse, alla incondizionata possibilità di applicare l'art. 152 c.p.p. 1930 (oggi, art. 129), sino all'odierna critica della distinzione tra cause originarie e sopravvenute con, sembra, il ritorno all'idea che l'inammissibilità precluda ogni esito favorevole.

<sup>94</sup> Rispetto al vecchio codice la differenza è nell'unitarietà dell'atto di impugna-

suscitare contrasti. Anche se, rispetto ai tempi del precedente codice, il panorama d'opinioni è meno variegato<sup>95</sup>.

Quasi scomparsi, ad esempio, i fautori della tesi definita «rigorista»<sup>96</sup> che postula la prevalenza della declaratoria d'inammissibilità senza deroghe di sorta<sup>97</sup>. Anche chi si colloca idealmente su questa linea è disposto a fare eccezione per l'inammissibilità per difetto d'interesse<sup>98</sup>. Naturale l'esaurimento di quell'indirizzo che discriminava l'operatività del proscioglimento a seconda che le cause d'inammissibilità fossero dichiarabili dal giudice *a quo* o dal giudice *ad quem*<sup>99</sup>: soluzione confacente alla pregressa struttura dell'impugnazione, non consona a quella odierna.

Mantiene vigore, invece, la classica tesi per cui la priorità va assegnata alla immediata declaratoria del proscioglimento, salvo il caso in cui sia intervenuto il giudicato formale, per avvenuto decorso del tempo o per oggettiva inoppugnabilità del provvedimento. Questo orientamento, in altre parole, si serve dell'art. 648 per dirimere la questione tra operatività dell'art. 129 e dell'art. 591, consentendo l'applicazione della prima norma, tranne per i casi di giudicato verificatosi *ope legis*<sup>100</sup>.

---

zione, che impone contestualità tra dichiarazione e motivi, e nella scomparsa del filtro del giudice *a quo*, cui nel rito del 1930 era demandato il compito di valutare alcune ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione.

<sup>95</sup> Per alcuni inquadramenti complessivi v. FOSCHINI, *La impugnazione pretestuosa*, in Id. *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, 45 ss.; DOSI, *In tema di rapporti tra l'art. 152 c.p.p. e l'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 660 ss.; ATZEI, *Il problema dei rapporti tra cause di inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità al vaglio delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1996, II, 481 ss. MARANDOLA, *Declaratoria immediata di cause di non punibilità (obbligo di)*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2002, 8-9.

<sup>96</sup> Il conio tesi «rigorista», contrapposta a tesi «liberale», è di ATZEI, *Il problema dei rapporti*, cit., 483.

<sup>97</sup> DELITALA, *Le cosiddette pregiudiziali alla validità dell'impugnazione*, in *Rass. pen.*, 1929, II, 899; DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Torino, 1957, 102; ID., *Le impugnazioni penali*, Padova, 1951, 409; PELLINGRA, *La declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione e l'art. 152 c.p.p.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1957, 564; GALLI, *L'inammissibilità*, cit., 277-279; FOSCHINI, *Inammissibilità e non punibilità*, in Id., *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, 56; CAPUTO, *La pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione come causa ostativa dell'esame di merito*, in *Giur. merito*, 1978, II, 153.

<sup>98</sup> DE PRIAMO, *Inammissibilità*, cit., 301. Tesi formulata nel vigore del codice abrogato da LEONE, *Trattato*, I, cit., 206-7.

<sup>99</sup> ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, 452; SABATINI GIUS., *Trattato dei procedimenti incidentali*, cit., 392.

<sup>100</sup> Cass., sez. I, 8 ottobre 1990, Martino, in *Cass. pen.*, 1992, 1533; LOZZI, *Lezio-*

La minor complessità del quadro dottrinale sembra dipendere soprattutto dall'ormai consolidatissima opzione giurisprudenziale per la distinzione tra cause originarie e cause sopravvenute d'impugnazione, al punto da potersi dire che ormai il dibattito – peraltro molto vivace – sia polarizzato entro questa visione. La tesi<sup>101</sup>, spesso criticata per l'inesistenza di un dato normativo di supporto<sup>102</sup>, distingue tra le cause, originarie, che non consentono una valida instaurazione del rapporto d'impugnazione sin da principio<sup>103</sup>, e quelle sopravvenute che fanno perdere validità ad una fase processuale correttamente instauratasi. Le prime impediscono una declaratoria di proscioglimento; le seconde, invece, consentono la declaratoria di eventuali cause di non punibilità.

Consacrata questa scelta, giurisprudenza e dottrina si sono cimentate, e più volte scontrate, su come adattare la distinzione alla nuova conformazione della dichiarazione d'impugnazione – che prevede un atto unitario – e sulla esatta individuazione delle cause originarie e di quelle sopravvenute.

In effetti, la distinzione fu coniata avendo in mente la dualità di atti, dichiarazione d'impugnazione e successiva presentazione dei moti-

---

ni, cit., 646; MARAFIOTI, *La selezione dei ricorsi*, cit., 153; BARGIS, *Impugnazioni*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2004, 791; MELE, *Art. 591*, cit., 142; ATZEI, *Il problema dei rapporti*, cit., 493 ss. Anche questa tesi trovava già fautori nel c.p.p. 1930, per quanto la sua applicazione venisse complicata dalla distinzione, presente in quel rito, del giudizio d'ammissibilità in due fasi, davanti al giudice *a quo* e davanti al giudice *ad quem*; v. RICCIO G., *Contributo allo studio*, cit., 164-167; TRANCHINA, *La potestà*, cit., 217; FROSALI, *Il ricorso per cassazione nelle sue condizioni di ammissibilità*, Padova, 1931, 172.

<sup>101</sup> Risalente a MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1932, 522 ss.

<sup>102</sup> MELE, *Art. 591*, cit., 142; MARAFIOTI, *La selezione dei ricorsi*, cit., 136 ss.; già LEONE, *Trattato*, I, cit., 204-206; v. anche *supra*, nota 93. Condivide la partizione MARANDOLA, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2000, 1537 e EAD., *Sul rapporto tra l'inammissibilità dell'impugnazione e l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*, in *Cass. pen.*, 1995, 3299.

<sup>103</sup> Cass., sez. I, 12 novembre 1998, Scarsi, in *Cass. pen.*, 1999, 3481. Oppure, con variazione lessicale, il ricorso affetto da inammissibilità originaria è «inidoneo ad introdurre il nuovo grado di giudizio», Cass., sez. II, 12 marzo 1998, Caroleo, in *Cass. pen.*, 1999, 2246. Illustra perfettamente la nozione Cass., sez. III, 18 maggio 2001, Mariani, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 618: «L'inammissibilità originaria del ricorso per cassazione, retroagendo alla data di verificaione della causa che l'ha determinata, preclude la trattazione di tutte le questioni, sia di procedura che di merito, ad eccezione di quella avente ad oggetto la medesima inammissibilità».

vi, che contraddistingueva il codice abrogato. Così che, per esemplificare, la dichiarazione valida ma sprovvista di motivi configurava un'ipotesi di inammissibilità sopravvenuta.

Proprio sul tema dell'ampiezza della categoria delle cause originarie le sezioni unite sono intervenute ben sei volte dalla fine del 1994, in una linea di tendenza che, volta per volta, è andata ampliando la categoria e, contestualmente, limitando l'operatività dell'art. 129.

I primi due interventi<sup>104</sup> ricondussero all'inammissibilità originaria, oltre alle condizioni di forma, tempo e luogo di presentazione dell'atto<sup>105</sup>, tutti i requisiti prescritti dall'art. 581, compreso quello della specificità dei motivi; «le ulteriori cause di inammissibilità ricollegabili alla manifesta infondatezza dei motivi ovvero all'enunciazione di motivi non consentiti o non dedotti in appello sono [erano] da considerare sopravvenute e quindi non ostative all'operatività della disposizione dell'art. 129 c.p.p.».

La delimitazione traeva origine soprattutto da due argomenti, che affondavano in «“ragionevoli” considerazioni pratiche di *favor*»<sup>106</sup>: da un lato, dall'osservazione per cui l'attività cognitiva necessaria per l'accertamento di certe cause d'inammissibilità comporta sempre un esame degli atti, talvolta anche approfondito, da cui può «emergere una causa di non punibilità»; dall'altro, nella difficoltà di fissare un *discrimen* tra fondatezza manifesta e non<sup>107</sup>.

La soluzione raggiunta, tuttavia, venne subito giudicata insoddisfacente in quanto incapace di porre un vero freno alle impugnazioni pretestuose e dilatorie: sarebbe bastato confezionare un'impugnazione formalmente ineccepibile, per quanto destituita d'ogni fondamento, per ottenere la declaratoria della prescrizione.

---

<sup>104</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 1994, Cresci, in *Cass. pen.*, 1995, 1165 e Cass., sez. un., 24 giugno 1998, Verga, in *Cass. pen.*, 1999, 843. V. anche Cass., sez. VI, 17 febbraio 1998, n. 539, Sacco e altro, in *Cass. pen.*, 1999, 2245.

<sup>105</sup> Che il ricorso tardivo configurasse causa di inammissibilità originaria è sempre stato indubbio: Cass., sez. IV, 6 ottobre 1994, Vispi, in *Giur. it.*, 1995, II, 416. Egualmente per la assoluta mancanza di motivi nell'atto: Cass., sez. VI, 4 marzo 1994, Magnante, in *Cass. pen.*, 1995, 3418; Cass., sez. VI, 11 gennaio 1991, Cataldo, in *Foro it.*, 1991, II, 283.

<sup>106</sup> Così le giudicava, seppur criticamente, SPANGHER, *Impugnazione inammissibile e applicabilità dell'art. 129 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 569.

<sup>107</sup> Sulla difficoltà di tracciare uno spartiacque affidabile MARAFIOTI, *La selezione dei ricorsi*, cit., 122-131; SANTORIELLO, *Inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria immediata di cause di non punibilità: una giurisprudenza elusiva del giusto processo*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 262.

La questione venne nuovamente rimessa al collegio dei nove. Le sezioni unite<sup>108</sup> risposero a tono, riducendo le cause di inammissibilità sopravvenute: il proscioglimento è precluso anche quando l'inammissibilità derivi da deduzione nel ricorso di motivi non consentiti o non dedotti in appello. Ma dal giro di vite restò esclusa la manifesta infondatezza, che rimase nell'ambito delle cause sopravvenute<sup>109</sup>, in forza della consueta argomentazione: il giudizio su ciò che sia manifestamente infondato o meno è estremamente soggettivo e si configura come vero e proprio "sfondamento" nel merito del ricorso<sup>110</sup>.

Per quanto più restrittiva, anche quest'ultima soluzione lascia campo aperto alla presentazione di ricorsi dilatori. Ma si contesta anche la perdurante incongruenza consistente nel configurare come inammissibilità sopravvenuta un'invalidità che sorge all'atto della redazione dell'impugnazione. Per la dottrina dominante, infatti, tutte le cause d'invalidità sono originarie, con la sola eccezione della rinuncia all'impugnazione<sup>111</sup>.

Con un ennesimo intervento, nel 2000<sup>112</sup> anche la manifesta infon-

<sup>108</sup> Cass., sez. un., 30 giugno 1999, Piepoli, in *Cass. pen.*, 2000, 1534: «L'inammissibilità del ricorso per cassazione derivante dalla manifesta infondatezza dei motivi non impedisce che vengano rilevate e dichiarate ai sensi dell'art. 129 c.p.p., le cause di non punibilità».

<sup>109</sup> Soluzione giudicata favorevolmente da PRESUTTI, *Ancora un intervento delle Sezioni Unite in tema di inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria ex art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, 847 s.

<sup>110</sup> FOSCHINI, *La impugnazione pretestuosa*, cit., 33: «La infondatezza è un giudizio che implica necessariamente una valutazione del merito; pertanto essa è cosa diversa e, in un certo senso, opposta, alla inammissibilità della valutazione del merito. Da ciò deriva che la equiparazione della "infondatezza", nel caso in cui essa è manifesta, alle altre cause di "inammissibilità", per quel tanto di contrasto logico che in essa equiparazione pur si annida, deve considerarsi di carattere eccezionale e come tale da valere solo se espressamente disposta e negli stretti limiti in cui è disposta dal legislatore». Egualmente v. DELOGU, *Contributo*, cit., 67; GELARDI, *La perdurante attualità dell'inammissibilità sopravvenuta dell'impugnazione*, in *Ind. pen.*, 2001, 877 s.; PRESUTTI, *Ancora un intervento*, cit., 847.

<sup>111</sup> GREVI, *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1170; SPANGHER, *Impugnazione inammissibile*, cit., 569; MARANDOLA, *Inammissibilità del ricorso*, cit., 1544; ID., *Sul rapporto tra l'inammissibilità dell'impugnazione*, cit., 3300; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 270.

<sup>112</sup> Cass., sez. un., 22 novembre 2000, De Luca in *Cass. pen.*, 2001, 1760: «L'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuto alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p. (nella specie la prescrizione del reato maturata successivamente alla sentenza

datezza viene ricondotta alle cause originarie d'inammissibilità che precludono l'immediata declaratoria delle cause di non punibilità. L'unica ragione d'inammissibilità sopravvenuta resta la rinuncia<sup>113</sup>.

Quest'ultimo approdo viene poi confermato dalle stesse sezioni unite, quando escludono che il ricorso per cassazione possa essere «proposto unicamente per far valere la prescrizione maturata dopo la decisione impugnata e prima della sua presentazione»: si tratta d'impugnazione affetta da inammissibilità originaria, «in quanto viola il criterio della specificità dei motivi enunciato dall'art. 581, lett. c) c.p.p., ed esula dai casi in relazione ai quali può essere proposto [ricorso] a norma dell'art. 606 dello stesso codice»<sup>114</sup>. Ed incidentalmente viene la conferma che solo la rinuncia all'impugnazione originariamente ammissibile potrà consentire l'operatività dell'art. 129<sup>115</sup>.

L'ultimo episodio è quello in cui le sezioni unite precisano che l'impugnazione inammissibile non consente al giudice *ad quem* di rilevare la prescrizione già maturata in sede d'appello, ma non dedotta né rilevata da quel giudice<sup>116</sup>.

Preso atto della posizione giurisprudenziale che, maturata in una rapida ed inesorabile *escalation*, sembra giunta ad esiti d'una certa sta-

---

impugnata)». Egualmente, nel senso dell'originarietà dell'inammissibilità per manifesta infondatezza, Cass., sez. III, 22 settembre 1995, Mauro, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 998; Cass., sez. IV, 25 gennaio 2001, Varas Mendoza, in *Cass. pen.*, 2001, 2124.

<sup>113</sup> Cass., sez. V, 18 dicembre 2001, Vizzari e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 221389.

<sup>114</sup> Cass., sez. un., 27 giugno 2001, Cavaleria, in *Cass. pen.*, 2002, 81: «È inammissibile il ricorso per cassazione proposto unicamente per far valere la prescrizione maturata dopo la decisione impugnata e prima della sua presentazione, privo di qualsivoglia doglianza relativa alla medesima, in quanto viola il criterio della specificità dei motivi enunciato dall'art. 581, lett. c) c.p.p., ed esula dai casi in relazione ai quali può essere proposto a norma dell'art. 606 dello stesso codice». Condivide l'esito NAPPI, *Guida*, cit., 844: «perché vi sia un'impugnazione, infatti, è necessario che venga dedotto un errore della sentenza impugnata, mentre chi fa valere solo la prescrizione sopravvenuta alla decisione apparentemente impugnata ne presuppone in realtà la correttezza». Eguale considerazione critica, condotta sul piano di un tradimento della «fisionomia essenziale dell'impugnazione», in GREVI, *Un "caso clinico"*, cit., 1167. In direzione opposta v. MARAFIOTI, *La selezione dei ricorsi*, cit., 144-145.

<sup>115</sup> Con la dottrina che precisa come la causa di non punibilità debba essersi concretizzata in anticipo rispetto al momento della rinuncia, escludendo quelle che si siano prodotte nel periodo intermedio tra la dichiarazione di rinuncia e la declaratoria giudiziale: così SPANGHER, *Impugnazione inammissibile*, cit., 569 nt. 6; MARANDOLA, *Sul rapporto tra l'inammissibilità dell'impugnazione*, cit., 3300.

<sup>116</sup> Cass., sez. un., 22 marzo 2005, Bracale in *D&G*, 2005, f. 30, 79, con nota parzialmente adesiva di ORLANDI.

bilità per il periodo futuro, non sembra in questa sede potersi fare altro se non, in controtendenza con l'indirizzo della cassazione, ripetere la preferenza per la tesi che assegna all'art. 648 il compito di dirimere la intricata controversia<sup>117</sup>: solo in presenza di un'impugnazione tardiva o proposta contro provvedimento inoppugnabile sarebbe inibita l'applicazione dell'art. 129 per sopravvento del giudicato formale<sup>118</sup>. Ad imporlo sembra essere più il rispetto dei dati testuali che non i pur importanti valori di garanzia compendiati nel *favor rei*.

In ogni caso vale la pena d'osservare che le scelte della cassazione non sono improntate né ad un cieco dogmatismo, né a pulsioni anti-garantiste contrarie al *favor rei*<sup>119</sup>. Dietro le posizioni assunte si na-

<sup>117</sup> Non sembrano decisive le censure mosse da SPANGHER, *Impugnazione inammissibile*, cit., 568. Che l'art. «l'art. 591 c.p.p. non operi alcuna distinzione tra le cause di inammissibilità» non esclude che possa essere l'articolo 648 a distinguerle. Quanto poi all'eventualità di un «contrasto tra il soggetto impugnante ed il giudice *ad quem* sulla decorrenza dei termini» per la presentazione dell'appello, contrasto che poi venga trasferito in cassazione, nemmeno questo crea complicazioni: se la Corte suprema desse ragione al giudice d'appello che aveva dichiarato l'inammissibilità allora non avrà fatto altro che ratificare un giudicato già scaturito. Dando ragione all'impugnante, invece, finirebbe per riconoscere che il giudicato formale non era sopraggiunto, restituendo all'impugnante il grado d'appello. Insomma, non sembra corretta la configurazione secondo cui, con l'accoglimento del ricorso dell'impugnante, «verrebbe meno l'irrevocabilità già maturata».

Certo, non si ignora come la soluzione che risolve il problema facendo leva sul giudicato formale si presti, nel sistema attuale, al gioco dei ricorsi pretestuosi, dei cavilli dilatori ed abusi simili, nonché metta a serio rischio l'efficienza della corte di cassazione. Simili distorsioni, tuttavia, dovrebbero trovare rimedio nelle scelte del legislatore: in una adeguata riforma della prescrizione, ovvero in un'esplicita codificazione della prevalenza della declaratoria dell'inammissibilità su quella delle cause di non punibilità (come proposto da GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina dell'impugnazione. Atti del convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, 36).

<sup>118</sup> Incidentalmente si può osservare che i casi di giudicato *ope legis* corrispondono alle ipotesi di atto esercitato in totale carenza di potere, mentre, quando l'atto sia realizzato con un esercizio scorretto del potere, il giudicato si produce solo con la declaratoria di inammissibilità. Per la distinzione tra carenza del potere e suo scorretto esercizio v., chiaramente, CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., 220.

<sup>119</sup> In quest'ottica basti pensare che, al di fuori dell'inammissibilità, la declaratoria delle cause di non punibilità viene dalla giurisprudenza fatta prevalere anche sul c.d. giudicato implicito, Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *Cass. pen.*, 2000, 2967. V anche Cass., sez. VI, 9 febbraio 1998, Licari, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 419; Cass., sez. III, 4 dicembre 1997, Di Cosola, *Urbanistica e appalti*, 1998, 677 con nota di LORUSSO; Cass., sez. III, 3 ottobre 1996, Di Maria, in *Cass. pen.*, 1997, 1044.

scondono, invece, l'intento di difendere il giudizio d'impugnazione (e quello di cassazione, in particolare) dal sovraccarico di lavoro e il giudizio di disvalore per il proscioglimento maturato lucrando la prescrizione dall'inefficienza del sistema<sup>120</sup>. La conferma di ciò è nella recente presa di posizione delle sezioni unite<sup>121</sup> che si disinteressa della natura dell'inammissibilità quando la possibilità d'applicare l'art. 129 per estinzione del reato dipenda dalla sopraggiunta remissione di querela<sup>122</sup>.

## Bibliografia

Sull'inammissibilità in genere: ALOISI U., *Le inammissibilità processuali e il decreto penale di condanna*, in *Giur. it.*, 1937, II, 81; BERNIERI G., *Inammissibilità dell'opposizione a decreto penale. Quando può esser dichiarata*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1937, 1020; CAMPO O., *Inammissibilità e improcedibilità II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1; CONSO G., *Soltanto il giudicato sana le inammissibilità*, in *Giur. it.*, 1954, II, 39; CORDERO F., *Nullità, sanatorie e vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 680; CORDERO F., *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; DE PRIAMO F., *Inammissibilità*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 296; DELOGU T., *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938; FAVALLI M.,

<sup>120</sup> Atteggiamento espressione di una «filosofia anti-istituzionale» secondo GREVI, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 37.

<sup>121</sup> Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, Chiasserini, in *Cass. pen.*, 2004, 3141 con nota critica di LEO, *Ricorso inammissibile e sopravvenuta remissione della querela: un passo indietro delle Sezioni Unite* (nonché in *Dir. pen. proc.*, 2005, 171 con nota critica di BARGI): «La remissione di querela, intervenuta in pendenza del ricorso per cassazione e ritualmente accettata, determina l'estinzione del reato che prevale su eventuali cause di inammissibilità e va rilevata e dichiarata dal giudice di legittimità, purché il ricorso sia stato tempestivamente proposto». V. anche Cass., sez. V, 15 febbraio 2002, Bartelloni, in *Giur. it.*, 2004, 156; Cass., sez. V, 8 maggio 2002, Malfatto, in *C.E.D. Cass.*, n. 221928 (in *D&G*, 2002, f. 28, 78).

<sup>122</sup> Ovviamente, invece, nessun problema si pone nel dichiarare l'*abolitio criminis*, giacché la declaratoria sarebbe comunque possibile in fase esecutiva: si tratta anzi di rispettare canoni di economia e speditezza processuale, Cass., sez. V, 16 marzo 2001, Cortesi, in *Cass. pen.*, 2002, 3785. Più recentemente, Cass., sez. VI, 16 aprile 2003, Costa, in *C.E.D. Cass.*, n. 226010. In direzione opposta, Cass., sez. III, 18 maggio 2001, Mariani, cit. All'ipotesi dell'*abolitio criminis* viene assimilata la declaratoria di estinzione del reato per morte del reo (*ex art. 150 c.p.*) che, per la medesima ragione, viene fatta prevalere sulla pronuncia d'inammissibilità; v. C. Ass. App., 18 ottobre 2002, P.V., in *Giur. merito*, 2005, II, 401; una conferma indiretta anche in Cass., sez. VI, 15 dicembre 1999, El Quaret, in *Cass. pen.*, 2000, 3342; esprime qualche lieve perplessità PARLATO, *Inammissibilità «originaria» dell'impugnazione ed estinzione del reato per morte dell'imputato*, in *Giur. merito*, 2005, II, 409.

*L'ammissibilità nel processo penale*, Napoli, 1968; FOSCHINI G., *Il procedimento direttissimo inammissibile*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1947, III, 463; GAITO A., *Il procedimento direttissimo*, Milano, 1980; GALANTINI N., *Vizi degli atti processuali penali*, in *Digesto pen.*, XV, Torino, 1999, 340; GALATI A.-ZAPPALÀ E., *Gli atti*, in SIRACUSANO-TRANCHINA-GALATI-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, 10ª ed., Milano, 2004, 237 ss.; GALLI G., *L'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1968; GHIARA A., *Inammissibilità (Diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 479; GIOSTRA G., *Artt. 190-214*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 1987, 642; GUARNERI G., *Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, 1939, 205; LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 6ª ed., Torino, 2004, 193; MAFFEO V., *I vizi dell'azione tra nullità e inammissibilità*, in *Cass. pen.*, 1997, 240; MARAFIOTI L., *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004; MARZADURI E., *Prime considerazioni sui rapporti tra iniziativa del pubblico ministero e poteri del giudice nella decisione sulla proroga dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 305 comma 2 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, 250; NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2004, 179; PANNAIN R., *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933; PEYRON C., *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 612; RICCIO G., *Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, Napoli, 1988, 143; SABATINI GIUS., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953; SANTORO A., *Ingradualità dell'istituto dell'inammissibilità*, in *Scuola pos.*, 1940, II, 49; SATTÀ S., *Sulla pretesa sanzione di inammissibilità nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 59; VOENA G., *Atti*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2003, 261.

Con riferimento al più generale fenomeno dell'invalidità: CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1982 (ristampa); CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955; CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956.

Con particolare riferimento all'inammissibilità dell'impugnazione: CAPUTO E., *La pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione come causa ostativa dell'esame di merito*, in *Giur. merito*, 1978, II, 152; CARLUCCI N., *Limiti ed effetti della tardiva dichiarazione d'inammissibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1312; CONSO G., *Un elemento non richiesto per l'ammissibilità dell'appello: l'indicazione del giudice ad quem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 655; CONSO G., *Cause d'inammissibilità della impugnazione del pubblico ministero*, in *Riv. Pen.*, 1965, 151; FOSCHINI G., *La impugnazione pretestuosa*, in *Id. Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, 31; KALB L., *Sull'inammissibilità dell'impugnazione istruttoria*, in *Cass. pen.*, 1983, 927; LA GRECA, *Inammissibilità dell'impugnazione e comparazione delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1981, 581; LASZLOCZKI P., *In tema di inammissibilità dell'impugnazione istruttoria*, in *Riv. pen.*, 850; LASZLOCZKI P., *L'inammissibilità per difetto di interesse quale causa di sanatoria del provvedimento impugnato?*, in *Giur. it.*, 1997, II, 339; LEONE G., *Impugnazioni II) Diritto processuale penale: profili generali*, in *Enc. giur.*, XVI, 1987, 1; MAZZARRA A., *Inammissibilità dell'appello istruttorio, rinvio a giudizio ed improseguibilità dell'azione penale*, in *Giur. it.*, 1982, II, 445; MELE V., *Art. 591*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, VI, Torino, 1991, 138; TRANCHINA G., *La potestà di impugnare nel processo penale italiano*, Milano, 1970; TRANCHINA G., *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 698; SERRAO C., *Cause d'inammissibilità dell'impugnazione penale originarie e sopravvenute*, in *Giur. merito*, 1971, II, 188;

SPANGHER G., *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 217; SPANGHER G., *Pluralità di difensori, pluralità di gravami ed inammissibilità della prima impugnazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 1072; SPANGHER G., *Impugnazioni II) Diritto processuale penale: profili generali*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2002, 7; VALIANTE M., *L'inammissibilità dell'impugnazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 539; relativamente all'atto di appello, NUZZO F., *L'appello nel processo penale*, Milano, 2005; relativamente al ricorso per cassazione, ADAMI V., *L'inammissibilità del ricorso per cassazione e la sanzione pecuniaria*, in *Riv. pen.*, 1993, 937; ANDOLINA E., *Ragioni di inammissibilità del ricorso per cassazione unicamente motivato in base ad una questione di illegittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2005, 869; FROSALI R.A., *Il ricorso per cassazione nelle sue condizioni di ammissibilità*, Padova, 1931, 167 ss.; GAITO A., *In tema di confini tra inammissibilità e rigetto del ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 1996, II, 129; MIRTO RANDAZZO P., *L'inammissibilità del ricorso per cassazione nel sistema della legge processuale penale vigente*, in *Riv. pen.*, 1958, I, 211; NACAR B., *Inammissibilità del ricorso per mancanza di specificità dei motivi d'impugnazione*, in *Giur. it.*, 1999, c. 2376; SPANGHER G., *Esclusa la condanna alla Cassa delle ammende per il ricorrente incolpevole nella determinazione della causa di inammissibilità*, in *Giur. cost.*, 2002, 2915; VALENTINI C., *I profili generali della facoltà di impugnare*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, I, Torino, 1998, 191; VOENA G., *Art. 524, in Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, Padova, 1987, 1402.

Sul tema, di sempre bruciante attualità, del rapporto tra cause d'inammissibilità dell'impugnazione, immediata declaratoria delle cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.) e passaggio in giudicato della sentenza v. ATZEI M., *Il problema dei rapporti tra cause di inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità al vaglio delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1996, II, 482; BARGI A., *Inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 179; BOCCHINO V., *Inammissibilità de ricorso per cassazione e declaratoria delle cause di non punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1101; CIAVOLA A., *Le Sezioni Unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originaria e cause di inammissibilità sopravvenute*, in *Cass. pen.*, 2001, 2988; CURTOTTI M., *Sull'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 129 c.p.p. fondato su elementi probatori non conoscibili allo stato degli atti*, in *Cass. pen.*, 1995, 1590; DELITALA G., *Le cosiddette pregiudiziali alla validità dell'impugnazione*, in *Rass. pen.*, 1929, II, 889; DOSI E., *In tema di rapporti tra l'art. 152 c.p.p. e l'inammissibilità dell'impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 660; FARANDA C., *Sui rapporti intercorrenti tra la declaratoria d'inammissibilità della impugnazione e la declaratoria di cui all'art. 152 comma 1 c.p.p., e tra la declaratoria d'inammissibilità e la declaratoria di cui all'art. 185 comma 2 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 582; FASSONE E., *Troppi i processi che muoiono per prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 242; FOSCHINI G., *Inammissibilità e non punibilità*, in *Id.*, *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, 45; GELARDI M., *La perdurante attualità dell'inammissibilità sopravvenuta dell'impugnazione*, in *Ind. pen.*, 2001, 873; GREVI V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina dell'impugnazione*, Atti del convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia-Mattinata 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, 15; GREVI V., *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1166; MONTAGNA A., *L'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi non preclude l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1247; MARANDOLA A., *Sul rapporto tra l'inammissibilità*

dell'impugnazione e l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, in *Cass. pen.*, 1995, 3296; MARANDOLA A., *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2000, 1534; MARANDOLA A., *Declaratoria immediata di cause di non punibilità (obbligo di)*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2002, 8-9; MARZADURI E., *Art. 129*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, II, Torino, 1990, 106; MONASTERO B., *Il percorso della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra inammissibilità e prescrizione del reato*, in *Cass. pen.*, 2002, 88; MOSCARINI P., *Art. 152*, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI, Padova, 1987, 510; PARLATO L., *Inammissibilità «originaria» dell'impugnazione ed estinzione del reato per morte dell'imputato*, in *Giur. merito*, 2005, II, 403; PRESUTTI A., *Ancora un intervento delle Sezioni Unite in tema di inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria ex art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, 843; SANTALCO G., *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'inammissibilità dell'impugnazione e l'obbligo della declaratoria delle cause di non punibilità*, in *Giust. pen.*, 1983, III, 347; SCHETTINO I., *Pentimento preclusivo e inammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 2386; SPANGHER G., *Impugnazione inammissibile e applicabilità dell'art. 129 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 565; STURLA M.T., *Art. 129*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, II, Milano, 1989, 95; TURCO E., *Cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. e inammissibilità dei mezzi di impugnazione ex art. 591 c.p.p. tra garanzie ed efficienza*, in *Cass. pen.*, 2001, 1250.

Sulla inammissibilità della revisione: DEAN G., *La revisione*, Padova, 1999, 90; DEAN G., *Provvedimenti soggetti a revisione ed ambiti della declaratoria di inammissibilità della richiesta*, in *Giur. it.*, 1999, 806; LONATI S., *Ancora sulle coordinate spaziali del giudizio di ammissibilità della richiesta di revisione*, in *Cass. pen.*, 2003, 232; SCALFATI A., *Inammissibilità della revisione e ordine di sospendere la pena in corso: due pronunce incompatibili*, in *Giur. it.*, 1997, II, 49; SPAGNOLO P., *L'ordinanza di inammissibilità nel giudizio di revisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 874.

Per peculiari profili di altre singole ipotesi di inammissibilità v. FORTI B., *Memorie difensive: davvero lecita la valutazione di inammissibilità e il rifiuto di acquisizione al processo delle tesi della difesa?*, in *Giur. it.*, 1997, II, 496; LUPO G., *Motivi di ricorso della difesa della persona offesa in ordine alla ritenuta inammissibilità dell'opposizione alla richiesta di archiviazione*, in *Foro ambr.*, 2002, 47; PORRAS GONZALES A., *Sulle declaratorie di inammissibilità nel procedimento di esecuzione*, in *Giur. it.*, 1994, II, 39; PROCACCIANTI T., *L'inammissibilità del riesame*, in *Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale*, a cura di ZAPPALÁ, Catania, 1992, 11; GIULIANI L., *Sulla pretesa inammissibilità della richiesta di riesame avverso il provvedimento di sequestro per mancata allegazione dei motivi*, in *Cass. pen.*, 1993, 2355; in particolare, con riferimento all'inammissibilità del ricorso avanti al giudice di pace, FIDELBO G., *Ricorso immediato al giudice*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra-Illuminati, Torino, 2001, 242; NEGRI D., *Art. 24 – Inammissibilità del ricorso*, in *Legisl. pen.*, 2000, 156.

SIMONA TOMASSETTI

## LE INDAGINI DIFENSIVE

### SOMMARIO

1. *Considerazioni generali.* 2. *I soggetti legittimati alle investigazioni.* 3. *I limiti temporali dell'attività di indagine: l'attività investigativa preventiva.* 4. (Segue) *L'attività suppletiva e integrativa di indagine.* 5. *Le attività tipiche di investigazione: l'acquisizione di notizie da fonti dichiarative.* 6. (Segue) *Gli avvertimenti alla persona contattata.* 7. *Le dichiarazioni indizianti.* 8. *Il rifiuto di rispondere: la richiesta di audizione o di incidente probatorio.* 9. *La documentazione delle dichiarazioni ed informazioni.* 10. *Il potere di segretezza del pubblico ministero.* 11. *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.* 12. *L'accesso ai luoghi.* 13. *Il fascicolo del difensore.* 14. *Utilizzabilità degli atti di investigazione.*

### 1. *Considerazioni generali*

L'esigenza di dotare la difesa di strumenti per svolgere attività investigative, esigenza essenziale ed irrinunciabile del processo *adversary*<sup>1</sup>, era già avvertita durante i lavori preparatori del codice del 1988. Ciò determinò l'inserimento tra le disposizioni di attuazione di una previsione che consentisse al difensore di svolgere investigazioni, anche attraverso sostituti, consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati, per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nonché di conferire con persone in grado di fornire informazioni<sup>2</sup>.

L'art. 38 disp. att. risultò subito lacunoso poiché, oltre alla marginale collocazione topografica, non individuava le forme da osservare per la documentazione dell'attività investigativa, né determinava la validità dei relativi atti. Proprio per la genericità della formulazione, la norma si prestò ad una interpretazione che riduceva ai minimi termini

---

<sup>1</sup> Per una lettura comparativa sul diritto alla prova e sull'indagine difensiva, V. FANCHIOTTI, *Il "difendersi provando" nella prospettiva statunitense*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1331; FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *Cass. pen.*, 1995, 430.

<sup>2</sup> Per i lavori preparatori dell'art. 38 disp. att. abrogato v. *Parere Commissione parlamentare al progetto preliminare delle disposizioni di attuazione*, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di Conso-Grevi-Neppi Modana, VI, Padova, 1990, 136.

il suo ambito di operatività: per la c.d. «teoria della canalizzazione»<sup>3</sup> il difensore poteva solamente presentare i risultati della sua indagine al pubblico ministero. Lo squilibrio tra le parti divenne preoccupante allorquando si consolidò definitivamente la figura del pubblico ministero – istruttore attraverso rivoluzionaria modifica dell'art. 500<sup>4</sup>, ad opera della l. 7 agosto 1992, n. 356<sup>5</sup>.

La situazione non migliorò di molto con la novella del 1995<sup>6</sup> che implementò l'«anoressico» contenuto dell'art. 38 disp.att., introducendovi due commi che consentirono di presentare direttamente al giudice gli atti di investigazione, la cui documentazione sarebbe poi confluita nel fascicolo d'indagine. La riforma, infatti, non prevedeva nulla in ordine al novero degli atti esperibili dal difensore, alle modalità di documentazione degli stessi e alla utilizzabilità oltre la fase delle indagini preliminari. Si trattava di un riconoscimento puramente formale del diritto di «difendersi investigando»<sup>7</sup>, che inevitabilmente si traduceva in una minore garanzia di veridicità del materiale raccolto dal difensore<sup>8</sup>.

Di fronte a tale realtà e nella sempre maggiore consapevolezza che una disciplina *ad hoc* dell'attività difensiva fosse necessaria anche per

<sup>3</sup> V. Cass., sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1169, con nota di SCELLA, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*.

<sup>4</sup> Per la ricostruzione storica dell'art. 500 dalla dichiarazione di incostituzionalità (v. Corte Cost., 18 maggio 1992, n. 255, in *Foro it.*, 1992, I, 2012) sulla base del «principio di non dispersione della prova», alla novella del 2001, fra i molti v. DI CHIARA, *La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 287.

<sup>5</sup> Cfr. FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in ID., *Studi sul processo penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 87.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla legge 8 agosto 1995, n. 332, recante «*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*». A tal proposito V. CHIAVARO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, 565; AA.VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996.

<sup>7</sup> Cfr. DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando": luci e ombre delle nuove investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 6.

<sup>8</sup> FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, 437; GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione della notizia di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 216.

dare attuazione al principio di parità tra accusa e difesa, principio non solo richiamato dalla legge delega (art. 2, n. 3 legge delega 16 febbraio 1987, n. 81) ma anche costituzionalizzato, si diede vita ad una serie di iniziative legislative<sup>9</sup> dirette all'emanazione di un *corpus* normativo che conferisse alle indagini difensive pari dignità di quelle del pubblico ministero.

Il «diritto di difendersi provando» trova finalmente riconoscimento con l'emanazione della l. 7 dicembre 2000, n. 397, i cui assetti strutturali si snodano nella tipizzazione delle attività investigative, nelle modalità di documentazione dei risultati e, infine, nei paradigmi di utilizzazione degli stessi<sup>10</sup>. Le nuove regole, allocate nel corpo del codice, al libro VI, che si arricchisce di un nuovo titolo, il VI *bis*, colmano, così, la precedente scarna disciplina, confinata nelle norme di attuazione, che viene contestualmente abrogata. Le «le finalità stabilite nel titolo VI *bis* del presente libro», precisazione contenuta nell'art. 327 *bis*, denotano, naturalmente, il diverso fine delle investigazioni della difesa rispetto a quelle degli organi pubblici<sup>11</sup>.

Non sfugge come il «difendersi ricercando» è costruito in termini di «facoltà»<sup>12</sup> e «unidirezionalità» a fronte della «necessità» e «pluridirezionalità» che caratterizza, invece, l'indagine pubblica.

## 2. I soggetti legittimati alle investigazioni

Il nuovo art. 327 *bis* riconosce al difensore la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito – nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo V *bis* del libro V del codice di procedura penale<sup>13</sup> – fin dal conferimento dell'incarico

---

<sup>9</sup> Per l'analisi dei diversi progetti di riforma v. FRIGO, *Indagini difensive: un punto "di non ritorno" sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 667; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 1.

<sup>10</sup> DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 6.

<sup>11</sup> FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 55.

<sup>12</sup> La dottrina evidenzia che dal punto di vista deontologico tale «facoltà» costituisce un dovere. Infatti, il difensore «non può esimersi dal valutare, in relazione alle esigenze da soddisfare e agli obbiettivi da raggiungere, l'opportunità di svolgere investigazioni»: così GUALTIERI, *Indagini difensive*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2004, 2.

<sup>13</sup> V. *infra* § 5 e ss.

co professionale, che deve risultare da un atto scritto<sup>14</sup>. La norma, in altre parole, specifica che *condicio sine qua non*, perché l'attività di ricerca della prova possa dirsi «processualmente protetta», è l'assunzione formale della qualità di difensore nelle forme previste dall'art. 96 comma 2<sup>15</sup>. Non occorre, però, un esplicito mandato ad espletare le indagini difensive<sup>16</sup>, fatta eccezione per le investigazioni preventive<sup>17</sup> e fermo restando la possibilità per l'assistito di vietarne il compimento

<sup>14</sup> La dottrina ritiene che qualora la nomina venga fatta dai prossimi congiunti della persona *in vinculis*, il difensore è legittimato a svolgere le indagini difensive: PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397. Disposizioni in materia di indagini difensive*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 3491.

<sup>15</sup> BRICCHETTI, *L'attività investigativa del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 111; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, Milano, 2001, 55. *Contra* V. CASTIGLIONE, *Art. 7 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 53, il quale, dopo aver sottolineato che l'art. 327 *bis* comma 1, non richiama l'art. 96 comma 2, ritiene, anche considerando che «se il legislatore avesse voluto subordinare l'esercizio delle attività investigative del difensore ad un preventivo onere di comunicare la nomina all'autorità giudiziaria procedente» non avrebbe richiesto la redazione di un atto scritto da cui far risultare l'incarico professionale, non necessario rispettare le formalità di cui all'art. 96 comma 2. Dello stesso avviso è anche la Giunta delle camere penali la quale nell'art. 2 delle «Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive», approvate con delibera del 16 gennaio 2001 ha precisato che la legittimazione a svolgere le indagini è acquisita con la nomina a prescindere dalla effettiva assunzione della qualità processuale di difensore nel procedimento che avviene con il deposito o comunicazione della stessa all'autorità giudiziaria procedente, purché però l'atto di conferimento abbia data certa. Per un commento alle nuove regole deontologiche v. DOMINIONI, *Le regole di comportamento del penalista*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 265.

<sup>16</sup> V. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, 59; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, in Siracusano-Galati – Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2004, 166. Dello stesso parere è la Giunta delle camere penali che nell'art. 2 comma 1 delle «Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive», approvate con delibera del 16 gennaio 2001 precisa che «il conferimento dell'incarico professionale rilasciato con atto scritto, legittima il difensore a svolgere le indagini difensive senza la necessità di specifico mandato». *Contra* PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3490, il quale evidenzia che la facoltà di svolgere le indagini difensive deve essere espressamente conferita al difensore, come si desume dall'incipit dell'art. 327 *bis* comma 2; SPANGHER, *I profili soggetti*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 153, ritiene opportuno, oltre al mandato difensivo, un ulteriore specifico accordo tra difensore e soggetto.

<sup>17</sup> V. *infra* § 3.

in quanto, ai sensi dell'art. 99 comma 2, il difensore non può agire in contrasto con la volontà del primo anche se nel suo stesso interesse<sup>18</sup>.

L'espressione «risultante da atto scritto» evoca il disposto dell'art. 27 disp. att. poiché si richiede che la qualità di difensore emerga con assoluta certezza, non sono sufficienti elementi, ricavabili da comportamenti taciti, dai quali si possa desumere l'effettivo conferimento dell'incarico<sup>19</sup>.

La facoltà di espletare le indagini difensive, che non devono comunque intralciare quelle dell'accusa<sup>20</sup>, è attribuita non solo al difensore dell'indagato/imputato, ma anche a quello delle altre parti private: ciò emerge chiaramente dal termine assistito di cui all'art. 327 *bis*, termine idoneo a ricomprendervi anche la persona offesa e le altre parti private.

Il legislatore, infatti, ha disciplinato le indagini difensive di tutte le parti private senza alcuna distinzione al suo interno<sup>21</sup>. Quindi, legittimato è, sicuramente, il difensore della persona offesa<sup>22</sup> nonostante l'art. 327 *bis* non la contempli a differenza dell'art. 38 disp. att. abrogato<sup>23</sup>. Confermano la volontà del legislatore di ricomprendere l'offeso dal reato tra i titolari del potere di compiere attività investigativa difensiva anche preventiva, sia i lavori preparatori<sup>24</sup>, ove l'attribuzione di

<sup>18</sup> V. TANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 166.

<sup>19</sup> V. TANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 166.

<sup>20</sup> Così PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3490, il quale afferma che se il difensore dovesse intralciare le indagini del pubblico ministero il suo comportamento potrebbe integrare le ipotesi di reato previste dagli artt. 374 e 378 c.p. ovvero frode processuale e favoreggiamento personale.

<sup>21</sup> Cfr. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 207; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 91, il quale, a conferma della legittimazione *de qua* in capo a tutte le parti private, richiama l'art. 512 laddove prevede che gli atti di investigazione assunti «dai difensori delle parti private», possono essere letti in dibattimento, su istanza di parte, in caso di irripetibilità sopravvenuta.

<sup>22</sup> Di contrario avviso è una parte della dottrina che sottolinea che il diritto di difesa è concepito come prerogativa dell'imputato e non della persona offesa la cui tutela opererebbe solo attraverso la costituzione di parte civile: così SANTALUCIA, *Persona offesa e attività di investigazione*, in *Giust. pen.*, 2001, III, 453.

<sup>23</sup> V. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 327, il quale, però, ritiene che la persona offesa non possa svolgere le indagini preventive poiché queste ultime attonano al difensore che paventi l'instaurazione di un procedimento penale e quindi mal si concilia con la persona offesa.

<sup>24</sup> Per l'analisi degli atti preparatori si v. SANTALUCIA, *Persona offesa e attività di investigazione*, cit., 453.

tali poteri alla persona offesa è scontata, sia le disposizioni attinenti alle investigazioni che fanno sempre riferimento al difensore o al proprio assistito, senza nessuna limitazione soggettiva, nonché l'art. 391 *bis* comma 8 che vieta alla persona offesa di assistere all'assunzione delle informazioni.

Per la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato, l'attività di investigare va desunta dai loro tempi di intervento nel processo. Pertanto, venendo in gioco solo dopo la chiusura delle indagini preliminari, gli stessi non potranno svolgere indagini durante la fase del procedimento e, quindi, non sono legittimati al compimento delle indagini preventive<sup>25</sup>. Resta, invece, problematica l'attribuzione del potere di cui all'art. 327 *bis* in capo all'ente esponenziale in considerazione dei limitati poteri probatori riconosciutegli; in ogni caso, tuttavia, tale potere non potrà che essere condizionato alle formalità previste dall'art. 93<sup>26</sup>.

L'art. 327 *bis* comma 3 consente al difensore di avvalersi di ausiliari, sostituti, investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, di consulenti tecnici. Proprio perché questi ultimi agiscono su delega del difensore, il quale è responsabile del loro operato, è necessario un incarico scritto, che specifichi l'oggetto dell'indagine<sup>27</sup>. Con riguardo alla figura del sostituto, a seguito della modifica apportata all'art. 102 dalla l. 6 marzo 2001, n. 60, il difensore può nominarlo a prescindere dall'esistenza di un suo impedimento. Sicché la nomina viene rimessa ad una valutazione discrezionale e di mera opportunità operata dal difensore<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Per la legittimazione del mero danneggiato, potenziale parte civile, che non rivesta la qualità di persona offesa cfr., a favore, RUGGIERO, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 934; SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2ª ed., 2003, 510; *contra* v. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 82. La giurisprudenza di merito ammette che le indagini difensive possano essere svolte dalla persona danneggiata dal reato ai fini della legittimazione alla costituzione di parte civile: v. Trib. Urbino, 7 luglio 2001, Fucili, in *D&G*, 2001, 42, 52, con nota di ANDREANO, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*.

<sup>26</sup> V. SPANGHER, *I profili soggetti*, cit., 2001, 153; *contra* v. RUGGIERO, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, cit., 934.

<sup>27</sup> La delibera dell'Unione camere penali stabilisce, in modo dettagliato, il contenuto che l'incarico deve avere, precisando anche i doveri che devono essere osservati dagli ausiliari (art. 3 regole deontologiche, approvate dalla Giunta con delibera del 16 gennaio 2001).

<sup>28</sup> V. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit. 116, il quale osserva che, a norma dell'art. 34 disp. att., per la designazione del sostituto si debbano osservare le forme previste dall'art. 96 comma 2 anche se tale procedura risulta essere poco compati-

Svolgere investigazioni è anche compito dei consulenti tecnici: l'art. 327 *bis* comma 3 prevede che il difensore può ricorrere a tali ausiliari ogni qualvolta siano necessarie «specifiche competenze»<sup>29</sup>. Precisazione quest'ultima superflua e «per così dire estetica» e non certamente limitativa delle strategie difensive<sup>30</sup>.

Quanto agli investigatori privati la norma richiede una previa autorizzazione rilasciata dall'organo prefettizio dopo aver accertato la specifica esperienza professionale<sup>31</sup>. Il difensore che se ne avvale, ai sensi dell'art. 222 disp. att., deve comunicare all'autorità giudiziaria procedente, il conferimento dell'incarico; adempimento non di poca importanza, in quanto da esso scaturisce il riconoscimento a tale soggetto delle garanzie previste per il difensore dall'art. 103.

### **3. I limiti temporali dell'attività di indagine: l'attività investigativa preventiva**

L'art. 327 *bis* comma 2 precisa che la facoltà di svolgere le indagini è attribuita al difensore «in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione». L'attività investigativa può essere compiuta, quindi, non solo durante le indagini preliminari, ma anche nelle fasi successive, quali il giudizio di primo grado e di appello, la fase esecutiva e *post* esecutiva per pervenire ad una revisione del giudicato<sup>32</sup>.

bile in relazione alle investigazioni preventive. I sostituti vengono, poi, individuati con quei collaboratori interni ed esterni allo studio professionale. *Contra* v., in relazione alla inapplicabilità dei requisiti di forma per la designazione del sostituto l'art. 34 disp. att., GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 88.

<sup>29</sup> Tale figura è stata oggetto di particolare attenzione nella l. 397/2000 con l' interpolazione dei commi 1*bis* e 1*ter* nell'art. 233, quale presa di posizione della novella circa il riconoscimento della necessità dell'ausilio degli esperti in ogni fase del procedimento penale, ai fini di una completa espansione del diritto di difesa. Cfr. FOCARDI, *Sempre più effettivo il diritto di difesa mediante esperti*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 75.

<sup>30</sup> Così RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 36.

<sup>31</sup> Per un'analisi più approfondita cfr. ZACCHÉ, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*. Legge 7 Dicembre 2000, n. 397, in *Cass. pen.*, 2002, 2542.

<sup>32</sup> Per una analisi più dettagliata si v. BRICCHETTI, *L'attività investigativa del difensore*, cit., 115; GUALTIERI, *Indagini difensive*, cit., 3; PIZIALI, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Legge 7 dicembre 2000, n. 397, Milano, 2001, 219; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 171.

Tale disposizione va, poi, correlata all'art. 391 *nonies*, il quale consente al difensore, munito di apposito mandato, di svolgere indagini per l'eventualità che si instauri un procedimento penale, con esclusione di quegli atti richiedenti l'intervento o l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Proprio perché l'art. 391 *nonies* comma 1 richiama l'art. 327 *bis* è da ritenere l'investigazione preventiva omogenea, strutturalmente e teleologicamente, a quella di cui all'art. 327 *bis* comma 1, sebbene consentita per l'eventualità che si instauri un procedimento penale<sup>33</sup>. Ciò significa che *ex parte privati*, ci si potrà attivare in tal senso anche a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale. Più precisamente, l'investigazione risulta ammissibile qualora il mandante non sia a conoscenza dell'avvio di un procedimento perché o non risulta ancora indagato o, pur essendolo, non ne ha cognizione in quanto non ha ricevuto una formale comunicazione (informazione di garanzia)<sup>34</sup>.

Occorre un apposito mandato scritto<sup>35</sup>, rilasciato con sottoscrizione autentica del mandante, autentica che potrà essere effettuata dallo stesso difensore ai sensi dell'art. 39 disp. att., il quale deve contenere «la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce». Tale indicazione, che circoscrive l'ambito oggettivo delle investigazioni, attiene ai fatti dell'eventuale procedimento, che potrà, pertanto, essere generica e sommaria proprio per evitare di esternare il grado di coinvolgimento del proprio assistito e, quindi, tradursi in una sorta di atto confessorio<sup>36</sup>.

Certamente, la finalità dell'indagine preventiva è la ricerca degli elementi favorevoli al proprio assistito nel rispetto della legge e delle

<sup>33</sup> RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Mrzaduri, Torino, 2003, 216.

<sup>34</sup> Cfr. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, cit., 326; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 218; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., 37, il quale afferma che «spesso l'interessato sa, o sente, di essere indagato: si pensi a un sequestro "eloquente" operato nel suo studio; oppure a una persona informata che lo "informi di essere stato sentito dagli inquirenti"; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 193.

<sup>35</sup> Così anche la giurisprudenza, v. Trib. Latina, 17 febbraio 2004, in *D&G*, 2004, 15, 88.

<sup>36</sup> V. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 11; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 105; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 221; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., 37; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 207. Va ricorda-

regole deontologiche, ma non può tradursi nella manipolazione o sottrazione delle prove per le eventuali future indagini del pubblico ministero<sup>37</sup>. Non è mancato, però, chi ha sottolineato che l'attività investigativa *de qua* è «tutt'altro che immune da rischi poliedrici»<sup>38</sup>, ma a ciò si obietta che questo diritto se correttamente esercitato dal difensore «non è per nulla suscettibile di incidere irrimediabilmente sulla genuinità delle (eventuali) acquisizioni investigative degli organi inquirenti» e, pertanto, non determina nessun turbamento «alla funzione pubblica di accertamento dei fatti»<sup>39</sup>.

La *querelle* sulla possibilità che per le attività previste dall'art. 391 *nonies* il difensore possa avvalersi della collaborazione dei sostituti, consulenti tecnici o di investigatori privati è stata risolta in termini positivi. Infatti, dalla non menzione di tali soggetti nell'art. 391 *nonies* non può attribuirsi il significato di un codificato divieto dell'avvocato di avvalersi di simili collaboratori giacché è naturale che la norma, in quanto attributiva di un potere investigativo (quello preventivo), si riferisca solamente al *dominus* delle investigazioni. Per il resto, poiché l'art. 391 *nonies* non è «norma di disciplina dell'esercizio del potere conferito», ad esclusione della prescrizione del mandato e dei suoi requisiti, la quale va ricavata da quella generale e cioè dall'art. 327 *bis*<sup>40</sup>. D'altronde dal rinvio reciproco tra le due disposizioni, emerge

---

to che l'art. 2 comma 2 «regole del comportamento del penalista», approvate dalla Giunta delle camere penali il 16 gennaio 2001, espressamente prevede, in relazione all'ipotesi di cui all'art. 391 *nonies*, che il mandato indichi in modo sintetico i fatti ai quali esso si riferisce, ciò al fine di individuare l'oggetto di tale attività, senza l'indicazione delle ipotesi di reato; preoccupandosi, però, di differenziarne il contenuto, qualora tale potere fosse esercitato dal difensore della persona offesa: in tal caso l'art. 3 comma 3, consente, nella *littera* del mandato, una analitica descrizione dei fatti nonché l'indicazione dell'ipotesi di reato.

<sup>37</sup> Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 106.

<sup>38</sup> Così DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 11. Per una prospettiva critica v. MADDALENA, *Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*, in *Cor. giur.*, 2001, 3, 287; MADDALENA, *Per la difesa libera di investigare facoltà e diritti, nessun dovere*, in *D&G*, 2000, 40, 80; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, in *D&G*, 2001, 25, 8.

<sup>39</sup> GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 107. L'autore sottolinea che tale potere è senza dubbio necessario quanto meno per bilanciare il ben più consistente potere che l'art. 330 attribuisce al pubblico ministero di prendere cognizione *motu proprio* delle notizie di reato che altro non è che «una attività pre-procedimentale di ricerca e acquisizione di elementi sufficienti a dare sostanza ad iniziali meri sospetti e a tradurli in una legittima *notitia criminis*».

<sup>40</sup> RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 222.

che il potere *de quo* debba essere esercitato nella medesima forma e per le stesse finalità di quello ordinario<sup>41</sup>.

I risultati degli atti di investigazione preventiva, documentati secondo i crismi previsti per l'attività investigativa endoprocessuale, sono spendibili nel procedimento successivamente instaurato<sup>42</sup>. Problemi sono sorti sull'utilizzazione delle dichiarazioni raccolte in quest'ambito poiché sembra che il soggetto che rende dichiarazioni *ex art. 391 bis*, in sede preventiva, non sia tenuto ad un obbligo di verità poiché la fattispecie *de qua* non rientra nella sfera di operatività dell'art. 371 *ter* c.p.<sup>43</sup>. Ma, come ben sottolinea la dottrina<sup>44</sup>, pur essendo questa una questione controversa, occorre distinguere il profilo della utilizzabilità delle dichiarazioni *ex art. 391 nonies* da quello del loro valore probatorio; ora è solo in relazione a quest'ultimo aspetto, nel quadro del libero convincimento del giudice, che viene in gioco la sanzione penale, mentre la questione dell'utilizzabilità è risolta dalla normativa processuale non prevedendo alcun divieto in tal senso per le dichiarazioni in esame. Pertanto, si dovrà ritenere che queste ultime saranno spendibili a norma degli artt. 500, 512 e 513<sup>45</sup>.

#### 4. (Segue) *L'attività suppletiva e integrativa di indagine*

Considerata la disposizione di carattere generale di cui all'art. 327 *bis* che consente al difensore di svolgere le indagini in ogni stato e grado del procedimento si è reso necessario modificare gli artt. 419 e

<sup>41</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 117; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 191; *contra* v. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, cit., 330, che interpreta il richiamo all'art. 327 *bis*, contenuto nell'art. 391 *nonies*, per individuare gli atti che il difensore può svolgere in sede di investigazioni preventive e non anche per specificare i soggetti legittimati.

<sup>42</sup> Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 109; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 13; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 224.

<sup>43</sup> Sono favorevoli all'applicazione dell'art. 371 *ter* c.p. alle dichiarazioni raccolte in sede preventiva GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 109; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 13; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 224; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, cit., 9. *Contra* v. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, cit., 331; LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferrioli, Milano, 2002, 394.

<sup>44</sup> RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 224.

<sup>45</sup> Per l'utilizzabilità degli atti di investigazione v. *infra* § 14.

430. Infatti, l'attività investigativa, pur avendo la sede naturale nelle indagini preliminari, può proseguire nell'asso di tempo intercorrente tra la richiesta di rinvio a giudizio e la celebrazione dell'udienza, nonché dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

L'intervento normativo sull'art. 419 comma 3 consente di superare definitivamente l'interpretazione restrittiva, fondata sulla locuzione, ora abrogata, «persona sottoposta alle indagini»<sup>46</sup>, che non ammetteva l'esercizio del diritto difensivo nella fase processuale.

La novella del 2000 non ha specificatamente riconosciuto al difensore la possibilità di compiere indagini suppletive, ma tale facoltà la si ricava indirettamente dall'eliminazione dal *corpus* dell'art. 419 comma 3 dell'espressione «comunicato al pubblico ministero». Ciò implica che l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio, invito contenuto nell'avviso di fissazione dell'udienza, sia rivolto anche al difensore, il quale è quindi legittimato a svolgerle<sup>47</sup>. È onere del difensore di depositare le risultanze dell'attività suppletiva, poiché diversamente non verranno inserite nel fascicolo del difensore e non potranno essere utilizzate<sup>48</sup>. Va, comunque, detto che la documentazione dell'attività suppletiva può essere depositata fino al momento che precede

---

<sup>46</sup> Sotto la vigenza dell'art. 38 disp. att. una parte della dottrina aveva ritenuto che il difensore, proprio perché la norma faceva riferimento al solo indagato e alla persona offesa e non anche all'imputato, non fosse legittimato a presentare direttamente al giudice dell'udienza preliminare gli elementi di prova raccolti: cfr. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa*, cit., 213; VOENA, *La "prova privata": le indagini del difensore e la loro utilizzabilità*, in *La prova penale, Quaderni C.S.M.*, 1997, 98, 67. Mentre coloro che si basavano su un'interpretazione estensiva dell'articolo testé citato ammettevano tale possibilità facendo veicolare il tutto attraverso l'art. 419: così v. FRIGO, *La riforma dell'8 agosto 1995: come viene applicata, come viene discussa. Il dibattito sulle investigazioni difensive*, in *Dir. proc. pen.*, 1995, 1453.

<sup>47</sup> In argomento v. BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 71; ROMBI, *L'indagine suppletiva del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 409; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 178.

<sup>48</sup> SCALFATI, *Art. 419*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 1480, il quale ritiene, a differenza dell'organo dell'accusa che è gravato da un obbligo di trasmissione della documentazione ex art. 419 comma 3, che per le altre parti private si possa parlare invece di un onore; ROMBI, *L'indagine suppletiva del difensore*, cit., 415. *Contra* v. MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 61, che espressamente si chiedono se casomai da tale previsione «possa evincersi un vero e proprio obbligo di trasmissione; d'altronde, alla crescita dei diritti non può non corrispondere una crescita degli obblighi». V. *infra* § 13.

la discussione secondo la regola prevista dall'art. 421 comma 3, che consente alle parti di utilizzare, per le proprie conclusioni, gli atti e i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione<sup>49</sup>.

La l. 397/2000, proprio per garantire coerenza al sistema<sup>50</sup>, ha modificato anche l'art. 430 comma 1, riconoscendo così al difensore di poter svolgere l'attività integrativa di indagine che è finalizzata alla formulazione delle richieste al giudice del dibattimento e non deve riguardare atti per i quali è stabilita la partecipazione dell'imputato o del suo difensore.

Il comma 2 però prevede l'immediato deposito della relativa documentazione presso la segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione ed estrarne copia. Sicuramente la locuzione «immediatamente» non può essere interpretata in modo letterale, poiché, se così fosse, si realizzerebbe una *discovery* coatta che mal si concilia con il diritto di difesa. Il pubblico ministero, titolare di una inchiesta pubblica, deve rendere noti gli elementi acquisiti e a tal dovere non può sottrarsi, mentre la difesa ha diritto di scegliere se e quando esternare i risultati delle proprie attività senza essere obbligata a depositare tutti gli elementi raccolti, anche quelli contenenti prove a carico<sup>51</sup>. Del resto poi,

<sup>49</sup> Così SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 66; ROMBI, *L'indagine suppletiva del difensore*, cit., 414.

<sup>50</sup> Secondo la dottrina tale interpolazione normativa colma una recente lacuna, di non poca evidenza, poiché l'art. 430 *bis*, introdotto dalla l. 479/1999, estende i divieti ivi previsti anche al difensore, a fronte, invece, del solo riferimento al pubblico ministero contenuto nell'art. 430. Se dalla espressa menzione del difensore, contenuta nella prima norma, ne poteva scaturire la legittimazione attiva allo svolgimento delle indagini integrative, rimaneva però un vuoto di tutela che «investiva strumenti, modalità di documentazione ed efficacia probatoria» di tali indagini: VIGONI RAINÒ, *Le nuove prospettive dell'attività d'indagine integrativa*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 417.

<sup>51</sup> CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001, 119, non manca di sottolineare come non si possa ragionevolmente pensare che la semplice titolarità del diritto di investigazione integrativa, determini, in capo al difensore, l'obbligo di produrre i risultati, anche se in conflitto con l'interesse difensivo del proprio assistito; BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 128; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., 38, il quale mette in evidenza che se si dovesse accogliere una interpretazione letterale dell'art. 430 comma 2 si dovrebbe riflettere come mai per l'investigazione suppletiva il legislatore ha previsto una diversa disciplina; «non si può», afferma l'autore, «immaginare che la documentazione delle indagini svolte il giorno precedente il rinvio a giudizio possa liberamente prodursi se e quando l'avvocato lo ritenga utile mentre quella successiva debba subire una così grave compressione delle opzioni difensive».

non essendoci un'esplicita sanzione, l'inosservanza di tale prescrizione non dovrebbe comportare nessuna conseguenza processuale.

### 5. *Le attività tipiche di investigazione: l'acquisizione di notizie da fonti dichiarative*

L'art. 391 *bis* che rappresenta sicuramente il *clou* della novella, tipicizza una triplice modalità di raccolta della fonte dichiarativa: il colloquio non documentato<sup>52</sup>, la ricezione di una dichiarazione scritta preconfezionata, nonché l'assunzione di informazioni. Il difensore, i sostituti, gli investigatori privati autorizzati, e i consulenti tecnici possono, attraverso un colloquio informale<sup>53</sup>, interloquire con persone che sono in grado di riferire circostanze utili all'attività investigativa. Ciò significa che il difensore e i suoi ausiliari possono conferire con persona in grado di riferire non solo fatti a favore del proprio assistito, ma anche qualsiasi conoscenza, ritenuta utile in vista dell'elaborazione della strategia difensiva. Infatti, in quest'ottica il legislatore ha previsto il colloquio come atto destinato soltanto ad orientare l'inchiesta difensiva: atto propedeutico ad una prosecuzione della linea investigativa, volto, cioè, a saggiare il grado del sapere della persona interpellata e l'utilità delle notizie in suo possesso<sup>54</sup>. Pertanto, il colloquio non è alternativo alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma

---

<sup>52</sup> Tale attività investigativa viene fortemente criticata dalla dottrina poiché la possibilità di procedere ad un colloquio non documentato determina una disparità tra le parti: la difesa può conferire con le persone informate sui fatti, senza lasciar traccia alcuna, mentre ciò non può fare il pubblico ministero al quale è vietato qualsiasi contatto con potenziali testimoni cui «non segua la cristallizzazione in apposito verbale»: BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 213.

<sup>53</sup> La dottrina ritiene che la «peculiarità negativa della non documentazione» del colloquio, non deve essere letta in termini assoluti come se il legislatore avesse codificato un divieto di documentazione, ma è legata alla non rilevanza procedimentale dei suoi risultati. Pertanto nulla vieta al difensore di fare delle annotazioni o appunti sul colloquio: FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 207.

<sup>54</sup> V. FURIGUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte e di informazioni nell'ambito dell'attività investigativa del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 156, che sottolinea come nulla vieta al difensore di conferire con diverse persone informate sui fatti per cui si procede e, solo successivamente, decidere di assumere informazioni o di ricevere una dichiarazione scritta da coloro che abbiano fornito, in sede di colloquio, informazioni utili al proprio assistito.

si atteggia come presupposto di esse<sup>55</sup>. Per quanto attiene alle modalità del colloquio, nulla vieta al difensore di realizzare la conversazione attraverso il telefono e le vie telematiche, né il verbo «conferire» suggerisce una diversa conclusione<sup>56</sup>. Anche se la dottrina ha rilevato che, pur non essendo il difensore legato a vincoli di luogo per assumere le informazioni, è preferibile che l'audizione avvenga presso lo studio di quest'ultimo a tutela del suo «decoro e della correttezza dell'atto»<sup>57</sup>.

L'art. 391 *bis* comma 2 prevede, invece, che il difensore o il suo sostituto, e non l'investigatore o il consulente tecnico, possano chiedere alle persone informate una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni: entrambe concepite come tipiche attività formali. La locuzione «dichiarazione scritta» da adito a qualche dubbio interpretativo. Infatti, non è dato capire se essa debba essere redatta dal dichiarante o possa da lui essere unicamente sottoscritta. La dottrina propende per quest'ultima soluzione<sup>58</sup> e pone a carico del dichiarante il dovere di consegnarla personalmente al difensore, che ha il compito di autentica della firma ai sensi dell'art. 391 *ter* comma 1<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 44; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 41; DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 12; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 206; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 130, il quale parla del colloquio informale come una modalità di acquisizione di notizie per un impiego puramente interno all'ufficio difensivo che precede l'assunzione di informazioni ovvero il rilascio della dichiarazione scritta; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 227.

<sup>56</sup> FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 155; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 247.

<sup>57</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 239.

<sup>58</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 214, ritiene la dichiarazione un atto complesso poiché tale investigazione non si sostanzia nella sola ricezione dello scritto, ma viene preceduto da una richiesta che può essere fatta verbalmente o per iscritto; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., 251. *Contra* v. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 160, il quale ritiene che se la materiale redazione «fosse consentita al difensore o ad un suo collaboratore si risolverebbe in una sorta di "verbalizzazione" che finirebbe per ricondurre l'attività nell'ambito dell'ipotesi alternativa dell'assunzione di informazioni». Quindi, continua l'autore, qualora il difensore non si fidi della capacità espositiva del dichiarante deve optare per l'assunzione di informazioni.

<sup>59</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 215; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., 253, ammettendo, però, la consegna della dichiarazione a mezzo incaricato o attraverso il servizio postale allorquando essa contenga

Le informazioni, essendo atti a struttura dialogica nei quali il difensore interloquisce con il dichiarante, sono senza dubbio più funzionali all'impiego procedimentale. Quanto alla loro esecuzione viene assimilata all'istituto dell'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero *ex art.* 362<sup>60</sup>. Dal punto di vista contenutistico l'informazione si presenta come il colloquio non documentato, se ne differenzia solamente per il profilo formale, poiché è assoggettata a determinate modalità di documentazione<sup>61</sup>.

Se da un lato, il legislatore non si è preoccupato di specificare in che modo il difensore possa individuare le persone in grado di riferire circostanze utili, dall'altro, invece, ha posto puntuali limiti, di natura soggettiva, con riguardo a coloro che possono essere sentiti. L'art. 391 *bis* comma 1 sancisce il divieto, in capo al difensore, di conferire, a fini investigativi, con il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e con coloro che nello stesso procedimento hanno svolto o svolgono la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, nonché con il difensore che ha compiuto l'attività di investigazione difensiva o con chi l'abbia coadiuvato o sostituito nella redazione del verbale *ex art.* 391 *ter*. Poiché l'imputato può essere responsabile civile per il fatto del coindagato, nulla dovrebbe impedire al difensore di assumere da questi informazioni, osservando le maggiori garanzie previste per tali soggetti dal comma 5 dell'art. 391 *bis*. Occorre segnalare che nel rinvio alla cause di incompatibilità, operato dall'art. 391 *bis*, manca il richiamo alla lett. *a* e *b* dell'art. 197. Questo significa che gli imputati nello stesso procedimento o in altro connesso o per un reato collegato<sup>62</sup> possono essere sentiti dal difensore a condi-

---

l'autentica effettuata dai soggetti ugualmente legittimati, ma diversi dal difensore, ad esempio il notaio. V. altresì FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 160.

<sup>60</sup> BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 218, il quale afferma che a tale modello di indagine si fa ricorso quando la fonte dichiarativa è capace di fornire elementi di prova utili all'esercizio del diritto di difendersi provando.

<sup>61</sup> Per la documentazione degli atti della difesa v. *infra* § 9.

<sup>62</sup> Si è sostenuto che le eventuali notizie *erga alios*, rese da tali soggetti, non comportano il mutamento del loro *status* e, quindi, essi non acquistano la qualità di testimoni, come invece avverrebbe se le stesse dichiarazioni fossero rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria. V. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kistoris, Torino, 2002, 167.

zione, però, che il tutto si svolga alla presenza del loro patrocinatore, il quale deve essere avvisato<sup>63</sup> del compimento dell'atto almeno con ventiquattro ore di anticipo. Sicché, essendo necessaria la presenza di quest'ultimo<sup>64</sup>, qualora la persona da sentire ne sia priva, spetterà al giudice su richiesta del difensore che procede all'investigazione, nominarne uno d'ufficio<sup>65</sup>.

Il difensore può certamente conferire pure con il giudice, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria per acquisire informazioni circa lo stato delle indagini, non può, invece, avere con loro un colloquio finalizzato all'assunzione di informazioni sull'attività in concreto svolta.

Il legislatore prevedendo l'incompatibilità a prestare l'ufficio di testimone per il difensore<sup>66</sup> che ha espletato le indagini difensive e per coloro che hanno collaborato alla documentazione delle stesse, lascia aperta la possibilità di intervistarli su circostanze estranee alle investigazioni svolte ovvero qualora non hanno esercitato tale potere. Siffatti soggetti potrebbero apporre il segreto professionale *ex art.* 200, anche se le norme sui segreti non sono state richiamate dall'*art.* 391 *bis*<sup>67</sup>. Ciò si spiega dal carattere eminentemente volontario della dichiarazione resa al difensore poiché la persona informata ha la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione. Allo stesso modo si giustifica la mancanza del richiamo dell'obbligo di avvertire i prossimi

---

<sup>63</sup> La dottrina evidenzia che l'avviso deve essere fatto tramite raccomandata, anche se esso può essere inoltrato a mezzo fax con conferma telefonica. Regole deontologiche, poi, impongono di concordare con il collega tempi, modi e luoghi del colloquio investigativo: così BOVIO, *L'attività espletabile*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 179.

<sup>64</sup> La presenza del difensore della persona coindagata interpellata ha lo scopo di evitare che la stessa faccia delle incontrollate ammissioni a sé sfavorevoli che possono poi confluire nel processo che la riguarda. V. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 113; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 169.

<sup>65</sup> Le regole deontologiche – *art.* 10 comma 4 – prevedono, in relazione all'*art.* 391 *bis* comma 5, che venga concesso un termine non inferiore a quello previsto dall'*art.* 108 nel caso di nomina del difensore d'ufficio, qualora quest'ultimo ne faccia richiesta.

<sup>66</sup> Tale previsione costituisce un *novum* assoluto per il nostro ordinamento giuridico cfr. RANIERI, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 117.

<sup>67</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 181; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 13, il quale ritiene che l'incompatibilità *de qua* comprende anche l'ipotesi in cui il «difensore si sia limitato a chiedere un documento alla pubblica amministrazione»; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 14.

congiunti dell'imputato della facoltà di astenersi dal deporre *ex art.* 199 che, tuttavia, deve ritenersi applicabile<sup>68</sup> proprio perché attiene ad un principio di carattere generale<sup>69</sup>, che esplica la sua funzione in tutti i casi in cui le dichiarazioni di tali soggetti assumono rilevanza processuale e, pertanto, anche nelle investigazioni difensive.

Nessun limite soggettivo è previsto, invece, per l'assunzione di informazioni da persona detenuta informata sui fatti, anche se il "contatto" può intervenire solo dopo che il patrocinatore si sia munito di una specifica autorizzazione, rilasciata dal giudice procedente<sup>70</sup>, «sentiti il suo difensore e il pubblico ministero». Pertanto, il difensore della persona detenuta deve, alla stessa stregua del pubblico ministero, essere obbligatoriamente consultato dal giudice procedente affinché esprima un parere, che tuttavia non è vincolante<sup>71</sup>. Peraltro, non ha nessun diritto di presenziare al colloquio o all'eventuale assunzione di informazioni<sup>72</sup>. Se nei confronti della stessa persona in *vinculis* pendono più procedimenti occorreranno tante autorizzazioni quanti sono i titoli giustificativi della detenzione<sup>73</sup>. La norma non distingue poi né titolo,

---

<sup>68</sup> GUALTIERI, *Le investigazioni difensive*, cit., 133.

<sup>69</sup> Cfr. SPANGHER, *Art. 199*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 455, il quale ritiene che la facoltà *ex art.* 199 è ispirata all'esigenza di salvaguardare i vincoli affettivi che attengono ai rapporti familiari e a non determinare un contrasto tra il dovere di dire la verità e quello morale di non arrecare un danno al soggetto cui si è legati.

<sup>70</sup> Se l'azione penale non è stata esercitata competente a rilasciare tale autorizzazione è il giudice per le indagini preliminari, mentre durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza. Tale previsione è l'espressione di un principio generale che comporta, a tutela delle esigenze dello *status detentionis*, che l'attività di «gestione (...) della custodia cautelare in carcere o della carcerazione per espiazione di pena spetta (...) agli organi giurisdizionali»: così TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 170. Per il contenuto, natura e potere del giudice in ordine all'ammissibilità della domanda e opportunità dell'atto v. FURGUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 180. Cfr. altresì TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 271.

<sup>71</sup> I pareri potrebbero integrarsi come semplici nulla-osta apposti in calce ad una comunicazione informativa: così DEAN, *Art. 391 bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, 2<sup>a</sup> ed., II, Milano, 2001, 336.

<sup>72</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 211; DEAN, *Art. 391 bis*, cit., 336; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 73. *Contra* v. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 113, per il quale la presenza del difensore nel caso in questione si configura come obbligatoria alla stregua dell'art. 391 *bis* comma 5, poiché in entrambi i casi si deve tutelare il soggetto interrogato che non deve essere esposto a nessun nocumento alla propria posizione.

<sup>73</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 211.

né modalità della detenzione. Pertanto, essa viene in gioco oltre che per la custodia cautelare e per l'esecuzione di pena, nell'ipotesi di misura di sicurezza detentiva, nonché in relazione agli arresti domiciliari ovvero in luogo di cura. Pur essendo improbabile che la persona detenuta venga sentita senza la previa autorizzazione, qualche perplessità sorge nel caso che ciò si realizzi nei confronti della persona agli arresti domiciliari ovvero in detenzione domiciliare, poiché nessun controllo è previsto e l'attuale normativa non consente di ritenere inutilizzabili le informazioni raccolte ed eventualmente documentate in violazione della prescrizione. Infatti, l'art. 391 *bis* comma 6 ricollega la sanzione *de qua* alla violazione delle disposizioni «di cui ai commi precedenti» con esclusione del comma 7<sup>74</sup>. Non è mancato chi ha sostenuto che la norma in esame sia espressione di un divieto sanzionato in via generale dal disposto dell'art. 191<sup>75</sup>.

La persona offesa dal reato può essere liberamente contattata<sup>76</sup>, anche se è improbabile che la stessa fornisca elementi *pro reo*<sup>77</sup>. La dottrina ha fortemente criticato la scelta legislativa di consentire un simile contatto senza prevedere che tale soggetto possa essere assistito dal proprio difensore<sup>78</sup>. A colmare la lacuna interviene il codice deontologico ove si prevede che il legale della persona offesa debba essere avvisato prima del compimento dell'atto e, se la parte ne è priva, invitarla a nominare un difensore che possa partecipare (art. 6 codice deontologico)<sup>79</sup>.

Infine, un ulteriore limite soggettivo applicabile sia all'attività investigativa del pubblico ministero, sia a quella del difensore è quello co-

<sup>74</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 211, secondo cui si tratta di una svista alla quale non è possibile porre rimedio, considerando il principio di tassatività vigente in materia; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3501.

<sup>75</sup> PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 74.

<sup>76</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 212; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 87; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 206; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3498.

<sup>77</sup> BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42; MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001, 53.

<sup>78</sup> GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2001, 139; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, cit., 9; TRIGGIANI, *La legge 7 dicembre 2000*, n. 397 («Disposizioni in materia di indagini difensive»): *prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 2272.

<sup>79</sup> Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive, approvate dalla Giunta con delibera del 16 gennaio 2001.

stituito dal divieto di assumere informazioni<sup>80</sup> dalla persona indicata nella richiesta di incidente probatorio, nelle liste testimoniali di cui all'art. 468, ovvero nel provvedimento che dispone *ex officio* l'audizione ai sensi degli artt. 422 e 507 (art. 430 *bis*). Si tratta, tuttavia, di un limite che è destinato a cessare dopo l'assunzione della prova ovvero se questa non è ammessa o non abbia luogo.

Comunque l'indagato, la persona offesa nonché le altre parti private non possono presenziare all'assunzione di informazioni effettuate dal proprio difensore: si tutela così la genuinità del risultato, poiché la compresenza del soggetto interessato al procedimento potrebbe interferire nello svolgimento dell'atto<sup>81</sup>. Naturalmente tale prescrizione, attesa la sua funzione di garanzia, che ha portata generale, deve operare in relazione a tutti e tre i modelli di acquisizione di notizie e non concernere solo l'assunzione di informazioni<sup>82</sup>. Non va poi trascurato che sul piano processuale la norma integra una «sbiadita *lex imperfecta*»<sup>83</sup>: la sanzione dell'inutilizzabilità sancita nell'art. 391 *bis* comma 6

---

<sup>80</sup> L'espressione va intesa in senso ampio, comprensiva, cioè, anche del mero colloquio informale nonché del rilascio della dichiarazione scritta. Cfr. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 182; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 131.

<sup>81</sup> DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 200; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 69; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82, il divieto, afferma l'autore, potrebbe interdire addirittura i confronti tra futuro testimone e una o più persone indicate nella norma e ciò sempre per evitare che il soggetto fornisca informazioni più emotive che veritiere; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 305.

<sup>82</sup> In tal senso v. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 46; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 101; MICONI, *Le indagini soggettive. Interrogatori, sommarie informazioni, confronti e individuazioni nell'investigazione penale*, Appendice di aggiornamento, Torino, 2001, 7; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3502; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 69. *Contra* v. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 200; SPANGHER, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 206; VENTURA, *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 896. Cfr., altresì, DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14, il quale si meraviglia che tale divieto non si estenda *expressis verbis* anche al colloquio informale ove «i rischi di possibili compromissioni» anche se non immediatamente percepibili, stante l'assenza di ogni formalità documentativa, «si amplificano, in chiave prospettica, scaricandosi su ogni eventuale futuro accesso al sapere della potenziale fonte di prova».

<sup>83</sup> DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14.

non si estende all'inosservanza della disposizione di cui al comma 8 poiché ha il suo raggio di azione fino alle disposizioni menzionate dai commi 1 a 6 dell'art. 391 *bis*<sup>84</sup>.

## 6. (Segue) *Gli avvertimenti alla persona contattata*

L'art. 391 *bis* comma 3 impone al difensore e agli altri soggetti legittimati a svolgere le indagini l'adempimento di alcune formalità propedeutiche al colloquio, all'assunzione di informazioni e alla ricezione della dichiarazione scritta. La serie di avvertimenti analiticamente<sup>85</sup> indicati si sono resi necessari per consentire al materiale raccolto dalla difesa di accedere al procedimento con un grado di attendibilità pari a quello della pubblica accusa.

Innanzitutto, il difensore deve avvertire l'interlocutore della propria qualità e dello scopo del colloquio. *Ratio* di tale avvertimento è di fornire all'intervistato tutti gli elementi per decidere, consapevolmente, se acconsentire al compimento dell'atto. Non è necessario spendere il nome della persona assistita, né esibire il mandato, né tanto meno informare il "contattato" dell'esistenza di un procedimento penale<sup>86</sup>. È essenziale, invece, che i destinatari manifestino se intendo-

<sup>84</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 212, che si stupisce della poca logica della disciplina che, da un lato, vieta a determinati soggetti di presenziare all'atto, dall'altro, richiede di indicare nel verbale, a seguito del rinvio operato dall'art. 391 *ter* all'art. 136, che documenta le dichiarazioni raccolte, di indicare le generalità delle persone intervenute al colloquio, ma, al tempo stesso, non prevede nessuna invalidità per l'inosservanza delle prescrizioni *de quibus*; DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14.

<sup>85</sup> La dottrina ha messo in luce che l'eccessivo numero degli avvertimenti previsti dal legislatore possa, però, disincentivare i possibili detentori del sapere a collaborare con i soggetti della difesa: CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 108; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 197, anche se, l'autore, ben sottolinea che «una disciplina, per quanto cauta e per certi profili di non agevole praticabilità, costituisca un apprezzabile progresso rispetto all'indeterminatezza di quella anteriore»; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3499.

<sup>86</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 214; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 187; FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 170; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 146; RANDAZZO, *Casi e quesiti*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 310. *Contra* v. BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 176; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42, il quale, però, sottolinea che la legge non impone al difensore di esibire il mandato anche se è difficile negare che la persona contattata

no semplicemente conferire o assumere informazioni, indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione. Se a procedere è il difensore o il suo sostituto è possibile scegliere tra i tre modelli, se invece sono gli investigatori o i consulenti tecnici è consentito solo il colloquio documentato. Ne consegue che nel primo caso è necessario dare l'avvertimento di cui alla lett. *b* dell'art. 391 *bis* comma 3, nel secondo gli interessati possono soltanto «palesare che intendono conferire»<sup>87</sup>. Non è mancato, però, chi ha sottolineato come la norma sembra imporre al difensore una scelta *a priori* della tipologia da seguire per lo svolgimento del colloquio tra quelle disciplinate dall'art. 391 *bis* commi 1 e 2, anche se non è in grado di sapere il bagaglio conoscitivo della persona invitata<sup>88</sup>. Tuttavia, è prevedibile che l'avvertimento sarà generico o conterrà formule alternative tali da consentire, una volta optato per il colloquio non documentato, di procedere o all'assunzione di informazioni ovvero alla ricezione di dichiarazioni scritte.

Il terzo avviso rende edotta la persona interpellata dell'obbligo di riferire se è indagata o imputata nello stesso procedimento o in altro connesso o per un reato collegato. La previsione è strettamente legata alle speciali disposizioni che regolamentano i contatti con tali soggetti (art. 391 *bis* comma 5)<sup>89</sup> e, pertanto, presuppone che la persona abbia acquisito la qualità formale di indagato, con la conseguenza che non opererà nell'investigazione difensiva preventiva *ex art.* 391 *nonies* ove lo stesso difensore non è a conoscenza dell'esistenza di un procedimento a carico del proprio assistito<sup>90</sup>. Certamente siffatto obbligo, in capo all'interlocutore, non rassicura sulla veridicità della risposta in quanto presuppone, *in primis*, che la persona interrogata sappia di essere indagata e, secondariamente, che sia in grado di comprendere il

---

possa prenderne visione; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 252; alla stessa strega v. anche IADECOLA, *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito*, 2001, 561.

<sup>87</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 189; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 287.

<sup>88</sup> PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 63.

<sup>89</sup> Per l'analisi si v. *retro* § 5.

<sup>90</sup> FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 171, il quale evidenzia che se successivamente emerge che la persona contattata si trovasse nella condizione di cui all'avvertimento, il mancato rispetto della previsione prevista dell'art. 391 *bis* comma 5 non può essere sanzionato con l'inutilizzabilità *ex art.* 391 *bis* comma 6. Infatti, sostiene, l'autore, «tale sanzione presuppone la violazione di una delle precedenti disposizioni, che nel caso in questione non si sarebbe verificata».

significato tecnico di «procedimento connesso» e «di reato collegato»<sup>91</sup>.

Di gran lunga più importante è la necessità di informare la persona contattata della facoltà di non rispondere ovvero di non rendere dichiarazioni. Nonostante la locuzione alquanto approssimativa, il diritto al silenzio opera indistintamente per tutti e tre i modelli di acquisizione di notizie e può essere generale o relativo a singole domande<sup>92</sup>. D'altronde, la libertà di non rispondere non è mai stata posta in dubbio negli ordinamenti in cui le investigazioni del difensore costituiscono una tradizione<sup>93</sup>. *Ratio legis* di tale facoltà è quella di non consentire a chi esercita il diritto di difesa di avere una posizione di supremazia rispetto ai potenziali intervistati<sup>94</sup>. Importante è, comunque, documentare il rifiuto poiché ciò consentirà al difensore di adire l'autorità giudiziaria<sup>95</sup>.

Gli ultimi avvertimenti necessari riguardano sia il divieto di rivelare le domande formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date, sia le responsabilità penali conseguenti alle false dichiarazioni con specificazione della sanzione comminata dall'art. 371 *ter* c.p. La prima preclusione, speculare alle modifiche apportate all'art. 362, trova la sua ragion d'essere nella segretezza delle indagini preliminari<sup>96</sup>. Il divieto ovviamente non impedisce all'intervistato di ri-

<sup>91</sup> Così CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 110.

<sup>92</sup> Secondo FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 173, è legittimo rifiutare di rispondere dopo aver acconsentito a farlo. V., anche, FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 194.

<sup>93</sup> FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, cit., 433.

<sup>94</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 195; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 64.

<sup>95</sup> La legge non stabilisce peraltro in capo al difensore l'obbligo di informare il soggetto circa la possibilità di richiedere la sua audizione al pubblico ministero o al giudice qualora optasse per la facoltà di non rispondere. Per l'analisi v. *infra* § 8. Sull'opportunità di tale avvertimento v., BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 178; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 44; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 197.

<sup>96</sup> V. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 44; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 197; GARUTI, *Il divieto di chiedere informazioni o notizie sull'attività investigativa dell'avversario*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 131. *Contra* v. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 174, il quale afferma che vi è una logica comune sottesa alle previsioni di cui agli artt. 362 e 391 *bis* comma 6 che è quella di «impedire interferenze nelle indagini condotte da entrambe le parti; nel senso che le attività svolte debbano procedere su binari paralleli e non possono essere

petere al difensore le dichiarazioni già rese al pubblico ministero in risposta a sue domande autonome<sup>97</sup>.

## 7. Le dichiarazioni indizianti

Il comma 9 dell'art. 391 *bis*, ricalcando il disposto dell'art. 63, impone al difensore o al sostituto di interrompere l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata o non indagata, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese<sup>98</sup>. L'operatività di tale disposizione è esclusa sia nel colloquio informale in quanto non è documentato e può essere condotto anche dal consulente tecnico e dall'investigatore privato, sia nella ricezione di dichiarazioni poiché essa non è passiva di nessuna interferenza difensiva, con la conseguenza che la responsabilità della stessa ricade interamente sul soggetto che l'ha sottoscritta<sup>99</sup>.

In proposito, però, suscita qualche perplessità il non aver riprodotto nel comma 9 dell'art. 391 *bis* il contenuto del comma 2 dell'art. 63, in base al quale se la persona doveva essere sentita fin dall'inizio in qualità di imputato o indagato, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate. Forse l'omissione si giustifica considerando che il dichiarante è tenuto ad informare il difensore se è indagato o imputato nello stesso procedimento o in altro connesso o collegato, per cui non è imputabile all'investigatore la mancata attuazione delle garanzie difensive fin dall'inizio dell'ipotetico colloquio. La dottrina<sup>100</sup>, tuttavia,

---

strumentalmente finalizzate a conoscere ed interferire sulle iniziative adottate dall'altra parte». Sull'inosservanza dell'avviso *ex art.* 391 *bis* comma 3 lett. *e* in giurisprudenza v. Trib. Bari, 12 marzo 2001, in *Giur. merito*, 2001, 685.

<sup>97</sup> GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 71; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 147; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 249.

<sup>98</sup> Da tale divieto si desume che esse possono essere utilizzate nei confronti dei terzi: così BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 183.

<sup>99</sup> PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 32, il quale evidenzia che non può essere casuale l'utilizzo della locuzione «informazioni» nel contesto della formula «interrompono l'assunzione di informazioni»; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 69. Per la tesi estensiva v. SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 512.

<sup>100</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 46; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 82.

ritiene applicabile anche al difensore le prescrizioni *ex art.* 63 comma 2. Del resto, ai sensi dell'art. 391 *bis* commi 5 e 6 le dichiarazioni provenienti dall'indagato o imputato senza la presenza del suo difensore sono comunque inutilizzabili.

Non può, peraltro, trascurarsi che il difensore non è, di regola, in possesso di un bagaglio conoscitivo sufficiente per formulare una simile valutazione, non essendo previsto che esso venga informato delle acquisizioni procedurali del pubblico ministero. Pertanto la norma è stata dettata più per esigenze di simmetria che per una effettiva tutela del diritto a *non edere contra se*.

## **8. Il rifiuto di rispondere: la richiesta di audizione o di incidente probatorio**

Nell'attribuire ai soggetti contattati dal difensore la facoltà di non rispondere, il legislatore si è preoccupato, per evitare il rischio di inopportune dispersioni di materiale utile ai fini dell'esercizio del difendersi provando, di predisporre degli strumenti che consentano al difensore di acquisire comunque le informazioni. Pertanto, quando la persona informata sui fatti, ovvero il potenziale testimone, interpellata si sia rifiutata di rendere dichiarazioni, il difensore può chiedere al pubblico ministero<sup>101</sup> di disporre l'audizione. La norma non si applica quando la fonte dichiarativa è una persona sottoposta ad indagini o imputata in un diverso procedimento *ex art.* 210, ove l'unica possibilità in capo al difensore per modificare l'atteggiamento silente di tale soggetto è quella di instaurare l'incidente probatorio.

La disposizione *de qua* opera anche nell'ipotesi in cui il rifiuto di collaborazione attiene al colloquio non documentato non essendoci

---

<sup>101</sup> Non è chiaro se il pubblico ministero può o meno delegare alla polizia giudiziaria il compimento dell'atto. In senso favorevole v. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 104; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 88; MENNA, Art. 11 l. 397/2000, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 123; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 313. *Contra* v. MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 65, per il quale proprio perché non c'è nessuna previsione espressa in tal senso e data la particolare natura dell'atto non rientra tra quelli delegabili *ex art.* 370; PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 36.

nessuna preclusione in merito<sup>102</sup>, mentre non è esperibile allorché il difensore stia procedendo ad attività di investigazione preventiva<sup>103</sup>.

Una interpretazione rigida del presupposto necessario per sollecitare il pubblico ministero *ex art. 391 bis* comma 10, e cioè l'esercizio della facoltà di non rispondere<sup>104</sup>, comporta, nell'ipotesi in cui la persona convocata dal difensore non si sia presentata, la preclusione al ricorso all'audizione coatta, poiché non si tratta di un caso di rifiuto di rispondere<sup>105</sup>.

L'audizione deve essere fissata entro sette giorni dalla richiesta avanzata dal difensore<sup>106</sup> e l'organo dell'accusa è tenuto a darvi corso senza la possibilità di respingerla o dichiararla inammissibile<sup>107</sup>, anche

---

<sup>102</sup> Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 160; *contra* v. GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 51; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3222.

<sup>103</sup> L'art. 391 *nonies* esclude che tale attività possa avere ad oggetto atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria.

<sup>104</sup> V. *retro* § 6.

<sup>105</sup> La dottrina è concorde nel ritenere esperibile in tal caso i congegni previsti nei commi 10 e 11 dell'art. 391 *bis*. V. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale*, cit., 3222; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 161; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 75. Non altrettanto pacifica, invece, è la possibilità di ricorrere al pubblico ministero o al giudice quando l'intervistato ometta di rispondere a singole domande. In senso favorevole v. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, 484, per il quale, diversamente opinando, «una persona, che rispondesse soltanto a domande di scarso valore probatorio e rifiutasse di rispondere a quesiti fondamentali, potrebbe impunemente compromettere il diritto alla prova spettante alla difesa»; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 315; *contra* v. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 231.

<sup>106</sup> Istanza che non sembra vincolata da nessun limite temporale e, pertanto, è proponibile nell'intera fase processuale: così FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 230. *Contra* BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 47, l'autore, a sostegno della sua tesi, evidenzia che l'audizione si pone come alternativa all'incidente probatorio che si colloca necessariamente nella fase delle indagini preliminari.

<sup>107</sup> Fortemente critico è CORDERO, *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 897, il quale ammette che «sarebbe meglio lasciargli decidere se l'atto richiesto sia utile, salvo reclamo al giudice contro il provvedimento negativo»; v., anche, CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 113, che afferma la necessità che la richiesta sia in qualche modo motivata sull'*an* e sul *quomodo*; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 64, che pur ritenendo la meccanicità della formula *legis*, nulla vieta al pubblico ministero di non accogliere la richiesta qualora vi sia un difetto di rilevanza «non potendo costringere un soggetto pro-

se la norma non stabilisce alcuna sanzione in caso di inerzia del pubblico ministero<sup>108</sup>. Non essendo, inoltre, previsto nessun mezzo di impugnazione avverso il diniego di procedere all'audizione, la violazione dell'obbligo, tutt'al più, potrebbe rilevare in sede disciplinare *ex art.* 124. La sola ragione che legittimerebbe l'organo dell'accusa a porre il veto alla richiesta difensiva è l'aver esercitato il potere di segretezza *ex art.* 391 *quienquies*<sup>109</sup>.

Quanto alle modalità di esecuzione, la norma precisa che, nonostante il silenzio, l'audizione deve avvenire alla presenza del difensore o del suo sostituto, il quale dovrà svolgere le domande per primo. Da ciò si ricava che al pubblico ministero è consentito interloquire in seconda battuta<sup>110</sup>. Nulla vieta poi all'organo dell'accusa di ripetere la medesima attività investigativa in maniera autonoma: infatti, all'art. 391 *bis* comma 10 nessuna preclusione è prevista in tal senso<sup>111</sup>.

L'esame davanti al pubblico ministero, c.d. «audizione in condominio»<sup>112</sup>, non avendo nulla delle caratteristiche proprie delle investigazioni difensive, rappresenterebbe, solamente, un ritorno alla teoria della canalizzazione sul pubblico ministero dell'attività investigativa del difensore<sup>113</sup>.

In alternativa<sup>114</sup> all'audizione da parte del pubblico ministero, il

cessuale a cooperare alla formazione di un atto del tutto estraneo dai limiti conoscitivi che orientano qualunque potere di ricostruzione (*ex art.* 187 c.p.p.).

<sup>108</sup> L'inerzia o il rigetto della richiesta, al di fuori dell'ipotesi di segretezza, consente al difensore di ricorrere all'altra alternativa contemplata nel comma 11: così BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 104; BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 184, il quale addirittura ritiene che se il termine di sette giorni è decorso inutilmente, il difensore potrà revocare la scelta effettuata e optare per l'incidente probatorio; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 162; *contra* cfr. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 190.

<sup>109</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 229; FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 189; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 161.

<sup>110</sup> Parlano di «una strana cross-examination senza giudice», NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, 13, e PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 35.

<sup>111</sup> Sicuramente è da ritenere che il *dominus* dell'azione penale privilegi tale possibilità: cfr. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 228; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3504.

<sup>112</sup> Così PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 34.

<sup>113</sup> DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 15.

<sup>114</sup> Di alternativa si può solo parlare in relazione al potenziale testimone poiché

difensore può chiedere al giudice per le indagini preliminari che si proceda con incidente probatorio. L'istituto *de quo* è totalmente sganciato dal requisito della non rinviabilità o irripetibilità dell'atto: la difesa dovrà semplicemente dimostrare che la fonte dichiarativa ha esercitato il suo diritto di non rispondere. Ciò lo si desume dalla locuzione «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392 comma 1» utilizzata dal legislatore nell'art. 391 *bis* comma 11.

È una ennesima dilatazione dei casi di incidente probatorio, potendo, peraltro, essere richiesto anche dalla persona offesa che nell'ipotesi ordinaria ha soltanto un "potere di sollecitazione". La richiesta di incidente probatorio non deve contenere tutti i requisiti che l'art. 393 menziona quant'anche a pena di inammissibilità. Infatti, mentre si dovrà indicare l'atto di indagine da svolgere con la relativa prova dell'esercizio della facoltà di non rispondere del soggetto depositario di notizie, non sarà necessario, invece, specificare le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale poiché l'istituto *de quo*, sostituendo l'atto investigativo che non si è potuto compiere, dovrebbe conformarsi non già alle future esigenze del dibattimento ma a quelle attuali dell'investigazione difensiva<sup>115</sup>.

L'assunzione della prova richiesta avviene secondo le regole generali *ex art.* 401 comma 5, il che comporta che l'escussione della fonte verrà condotta dal difensore che l'ha richiesta, spettando al pubblico ministero il controesame<sup>116</sup>.

Dubbia, inoltre, è l'applicazione all'istituto *de quo* della disposizione dell'art. 397 e cioè il potere del pubblico ministero di chiedere il differimento: ciò sarebbe ammissibile solo se tale organo ha segretato la fonte<sup>117</sup>.

---

nel caso di persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato, questa è l'unica strada percorribile.

<sup>115</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 233; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 165. In senso difforme v. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 193, il quale sostiene che il richiamo operato dal comma 11 va inteso in *toto*, «con la sola esclusione espressa, menzionata nel comma 11 dell'art. 391 *bis* c.p.p.» e cioè ad eccezione della spiegazione della non rinviabilità al dibattimento; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 87.

<sup>116</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 233, il quale ritiene che non trova applicazione la disposizione dell'art. 401 comma 5 secondo periodo poiché il difensore della persona offesa che ha richiesto l'incidente probatorio deve essere legittimato a condurre l'esame.

<sup>117</sup> Così FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 234; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 166.

Ugualmente estraneo alla finalità propria dell'incidente probatorio richiesto ai sensi del comma 11 dell'art. 391 *bis*, è il potere del giudice di operare l'estensione soggettiva *ex art.* 398 comma 2 lett. *b* in base alle osservazioni del controinteressato<sup>118</sup>.

Secondo parte della dottrina<sup>119</sup> la previsione del comma 11 potrebbe essere soggetta al vaglio di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost., non avendo il pubblico ministero la stessa opportunità di accedere all'acquisizione anticipata della prova al di fuori dei casi stabiliti dall'art. 392. Altra parte, viceversa, sostiene che profili di illegittimità costituzionale si potrebbero ipotizzare in relazione agli artt. 24 e 111 Cost. poiché il legislatore non ha previsto nessun controllo del provvedimento giudiziale di rigetto della richiesta di incidente probatorio<sup>120</sup>.

## 9. La documentazione delle dichiarazioni ed informazioni

Il legislatore ha disciplinato due differenti modalità di documentazione esperibili solo dal difensore o dal suo assistito non anche dall'investigatore<sup>121</sup>: l'una innovativa – la dichiarazione scritta – l'altra omologabile alle forme del verbale giudiziario<sup>122</sup>.

La dichiarazione scritta<sup>123</sup>, redatta dal soggetto che la rende e da

<sup>118</sup> Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 168; in giurisprudenza v. Trib. Palermo, 25 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, 308.

<sup>119</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il «modello perduto»*, in *Quest. giust.*, 2001, 1104. *Contra* v. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 232; FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 193; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 484.

<sup>120</sup> FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 235; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 171, il quale mette in evidenza tale possibilità soprattutto alla luce della giurisprudenza del giudice di legittimità che non ammette il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza *ex art.* 391 *bis* comma 11, sia per il principio di tassatività delle impugnazioni, sia per l'incompatibilità di tale gravame con le esigenze di speditezza che impernia l'istituto *de quo*: Cass., sez. III, 9 aprile, 2002, Mondatori, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, 397.

<sup>121</sup> DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale*, cit., 3222.

<sup>122</sup> Le due alternative si giustificano, secondo alcuni, dalla necessità del difensore di tenersi distante dai rischi derivanti dall'attività di verbalizzazione: così MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 60.

<sup>123</sup> Secondo CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 114, il contenuto della dichiarazione è a forma libera, in quanto i requisiti pro validità sono riferiti alla sola relazione allegata, tuttavia, ai fini pratici, «requisiti come la data, le generalità del di-

questi sottoscritta, deve essere autenticata dal difensore<sup>124</sup> o da un suo sostituto per certificarne la provenienza soggettiva. Atto proprio del difensore è, invece, la relazione alla quale la dichiarazione va allegata formando così nell'insieme un atto complesso<sup>125</sup>, ove risultano le circostanze di luogo, di tempo, di modo e l'oggetto della dichiarazione. Il suo contenuto è analiticamente descritto dal comma 1: data della ricezione della dichiarazione<sup>126</sup>, generalità del difensore e di colui che rende la dichiarazione, fatti sui quali verte la dichiarazione, nonché l'attestazione di aver rivolto al dichiarante gli avvertimenti di cui all'art. 391 *bis* comma 3<sup>127</sup>.

I fatti non possono che essere quelli contenuti nella dichiarazione e la sua *ratio* consiste semplicemente nel fissarne i punti essenziali in chiave di pertinenza poiché potrebbe contenere elementi di scarsa rilevanza, trattandosi di una narrazione non filtrata da specifiche domande<sup>128</sup>.

---

chiarante, l'attestazione di aver ricevuto gli avvertimenti potranno essere indicati nella premessa per armonizzarli con la relazione, che resta un atto giuridico distinto, che la legge non specifica come cronologicamente contestuale».

<sup>124</sup> Per PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 84, oggetto dell'attività certificatoria non è solo la sottoscrizione ma anche la dichiarazione; secondo BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 217, l'autenticazione del difensore, però, assume solo il carattere di attestazione del fatto dell'avvenuta dichiarazione non quindi della corrispondenza al vero dei suoi contenuti; cfr., anche, CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 104.

<sup>125</sup> Così F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 143.

<sup>126</sup> La data normalmente coincide con quella di autentica della sottoscrizione, cfr. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 216.

<sup>127</sup> V. *retro* § 6. La giurisprudenza ha rilevato che non vi sono modalità specifiche previste dalla legge per documentare gli avvisi *ex art. 391 bis* comma 3. Infatti, la disciplina codicistica non richiede che i verbali redatti dal difensore contengano l'analitica enunciazione dei singoli avvertimenti di legge. Al contrario, quel che rileva ai fini dell'utilizzazione delle informazioni assunte è che siano stati effettivamente dati gli avvertimenti di cui al comma 3 dell'art. 391 *bis* e «l'attestazione data in tal senso, in assenza di norme che dispongano formule sacramentali, è sicuramente idonea a rendere l'atto utilizzabile»: Cass., sez. II, 14 novembre 2002, Mancuso, in *C.E.D. Cass.*, n. 223509. *Contra v.*, di recente, per la documentazione in modo analitico degli avvertimenti Cass., sez. III, 15 luglio 2003, Larghezza, in *C.E.D. Cass.*, n. 227390; Cass., sez. fer., 25 luglio 7 2003, Jovanovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 228394. La dottrina ritiene che se la richiesta di rilasciare la dichiarazione è stata fatta con atto scritto, ove sono stati indicati tutti gli avvertimenti *de quibus*, è sufficiente richiamarla: così FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 216.

<sup>128</sup> F. SIRACUSANO, *Art. 11 l.397/2000*, cit., 142; FRIGO, *L'indagine difensiva da*

Il legislatore non ha previsto nessuna conseguenza per il non rispetto delle forme richieste per la documentazione se non relativamente alla mancata attestazione di aver rivolto gli avvertimenti *ex art.* 391 *bis* comma 3, che dovrebbe integrare, oltre ad un illecito disciplinare, anche l'inutilizzabilità della dichiarazione ricevuta e ciò ai sensi dell'*art.* 391 *bis* comma 6. Pertanto l'inosservanza delle disposizioni di cui alle lett. *a*, *b* e *d* dell'*art.* 391 *ter* comma 1 si risolve in una mera irregolarità non sanzionabile disciplinarmente, con ricadute soltanto sull'attendibilità dell'atto.

Quanto alle informazioni assunte oralmente a norma dell'*art.* 391 *bis* comma 2 esse sono documentate dallo stesso difensore o da un suo sostituto, il quale può, per la materiale redazione dell'atto, avvalersi di persone di propria fiducia<sup>129</sup> senza però mutare, in tal caso, la paternità dell'atto che resta sempre del difensore o del suo sostituto. Ciò significa che tale «assistente» non è figura speculare all'ausiliario collaboratore dell'autorità giudiziaria e può essere assimilata a quella del personale tecnico previsto dall'*art.* 135 comma 2. Per questi soggetti come per il difensore e il sostituto scattano le incompatibilità a testimoniare indicate dall'*art.* 197 lett. *d*.

Proprio nella consapevolezza che il rigore delle forme garantisce la genuinità della documentazione e l'eguale valore processuale degli atti compiuti della difesa e dell'autorità giudiziaria, il comma 3 dell'*art.* 391 *bis* rende applicabile all'ufficio di difesa, in quanto compatibili, le disposizioni dettate in materia di documentazione degli atti dagli *artt.* 134-142<sup>130</sup>. È evidente, però, che tale richiamo ha contenuto precetti-

---

*fonti dichiarative*, cit., 217, il quale, dopo aver evidenziato la non facile individuazione dello scopo di tale indicazione, sostiene che «l'indicazione dei fatti» è un ulteriore elemento identificativo della dichiarazione al «fine di poterla inequivocabilmente collegare alla relazione, cui deve poi essere allegata».

<sup>129</sup> La legge non ha previsto per tali soggetti nessun requisito soggettivo di idoneità. Sicuramente saranno persone appartenenti allo studio legale o persone legate al difensore da un particolare rapporto fiduciario. Cfr. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 217. Secondo BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 189, in tale categoria sono inclusi anche l'investigatore autorizzato e il consulente tecnico.

<sup>130</sup> Anche se il rinvio è solo alle norme del codice è logico estenderlo alle disposizioni di attuazione, in quanto applicabili. Cfr. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 222, il quale afferma che la scelta del legislatore di prevedere per l'atto di indagine la sola forma dell'autodocumentazione è troppo rigida poiché sarebbe stato preferibile consentire anche una eterodocumentazione da affidare ad un notaio, al segretario comunale o altro soggetto qualificato, fermo restando la paternità dell'atto in capo al difensore. *Contra v.* BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 217.

vo e non di semplice decalogo di consigli per il difensore, anche se calibrato sulle innegabili diversità soggettive dei protagonisti. Il rinvio alle norme generali sulla documentazione va inteso, pertanto, con riguardo alle modalità, ai contenuti e alla sottoscrizione. Il recupero delle modalità di documentazione previste per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, però, concerne solo il verbale e le operazioni tecniche di riproduzione fonografica ed audiovisiva, e non l'annotazione, cioè quella particolare forma di documentazione simile al verbale ma meno garantita<sup>131</sup> che il legislatore disciplina per gli atti di indagini a contenuto semplice o di limitata rilevanza<sup>132</sup>.

Nessun problema di adattabilità pone l'art. 134 che disciplina le modalità di documentazione: alla documentazione delle informazioni provenienti dalla fonte dichiarativa si procede mediante verbale redatto in forma integrale o riassuntiva<sup>133</sup> con la stenografia o con altro strumento meccanico, ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, con la scrittura manuale. Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva è effettuata anche la riproduzione fonografica, mentre il ricorso alla riproduzione audiovisiva è imposto ove appaia assolutamente indispensabile e qualora le altre modalità di documentazione siano ritenute insufficienti.

Sembra opportuno, pur non essendoci un obbligo in tal senso, che si proceda sempre alla fonoregistrazione sia per una maggiore attendibilità della documentazione, sia per tutelarsi verso dubbi sulla corretta ed integrale raccolta delle informazioni<sup>134</sup>.

Il verbale dovrà contenere i riferimenti circa il luogo, la data e l'orario delle operazioni svolte, nonché le generalità di tutti i soggetti intervenuti e delle cause, se note, dell'assenza di coloro che sarebbero dovuti intervenire. Nella parte descrittiva del verbale, il difensore indi-

<sup>131</sup> V. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dir. pen.*, 1990, IV, 165.

<sup>132</sup> BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 112; CONFALONIERI, *Art. 391 ter*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, 2<sup>a</sup> ed., II, Milano, 2001, 343; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 147.

<sup>133</sup> Secondo PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3507, la formula «in quanto applicabili» porta a ritenere che il verbale delle informazioni debba essere redatto solo in forma integrale poiché quella riassuntiva «contrasterebbe con la natura di sommaria informazione testimoniale rivestita dall'atto». Così anche CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 104.

<sup>134</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 218; BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 189; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., 259.

ca tutto ciò che ha fatto<sup>135</sup> o constatato ovvero quanto è avvenuto in sua presenza e di aver dato gli avvertimenti *ex art.* 391 *bis* comma 3, pur non essendo espressamente stabilito. Inoltre, bisogna specificare ogni elemento che possa influire sulla credibilità della dichiarazione stessa: occorre precisare se la dichiarazione è stata spontanea o sollecitata e, in tal caso, si deve riprodurre anche la domanda.

Il verbale, previa lettura, è sottoscritto<sup>136</sup> dal difensore o da un suo sostituto nonché dalle persone intervenute e sarà nullo *ex art.* 142 in caso di incertezza assoluta sulle persone intervenute e qualora non sia stato sottoscritto dal difensore o dal suo sostituto<sup>137</sup>.

Quando il difensore conferisce con una persona *in vinculis*, il legislatore ha previsto a pena di inutilizzabilità, la integrale documentazione del colloquio con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva ai sensi dell'art. 141 *bis*<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Il difensore è tenuto, in ogni caso, a verbalizzare integralmente quanto riferitogli dal dichiarante senza la possibilità di omettere quelle sfavorevoli al proprio assistito poiché in caso contrario il suo comportamento integrerebbe, oltre che un illecito deontologico, il reato di falso e di favoreggiamento. In tali termini v., in giurisprudenza, Trib. Torino, 26 febbraio 2003, Balzaretti, in *D&G*, 2003, 23, 76, con nota di BATTISTA, *Quando indaga ex articolo 327 bis Cpp l'avvocato è un pubblico ufficiale e i verbali da lui redatti sono considerati atti pubblici*. V., in dottrina, GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 217; VENTURA, *Falsa documentazione di indagini difensive*, cit., 900.

<sup>136</sup> La firma deve essere apposta alla fine di ciascun foglio che compone il verbale. Sul punto è intervenuta la cassazione, anche se in relazione all'atto confezionato dal pubblico ministero, la quale ha ribadito che l'atto conserverà la sua validità, integrando una semplice irregolarità, anche se la firma è stata apposta solo nell'ultima pagina del verbale: Cass., sez II, 9 novembre 1990, Montinari, in *Cass. pen.*, 1992, 2776.

<sup>137</sup> FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, Milano, 2004, 38, il quale sottolinea, tra l'altro, che «l'art. 391-bis co. 2 c.p.p. richiama l'art. 391-ter solo per le modalità di documentazione e non anche alle sanzioni che la normativa richiamata prevede per la violazione di dette modalità». In realtà, però, l'art. 391 *ter* comma 2 effettua un rinvio *in toto* alle disposizioni contenute «nel titolo III del libro secondo» senza nessun *distinguo* tra modalità e sanzioni.

<sup>138</sup> La dottrina ritiene, sul presupposto che l'art. 141 *bis* fa riferimento all'interrogatorio e l'atto che pone in essere il difensore non può qualificarsi come tale, la inapplicabilità della norma al caso di specie. Anche se per ragioni di cautela e di tutela della stessa persona del dichiarante è opportuno ritenere l'applicabilità: FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 222. In senso affermativo sia come garanzia del dichiarante che della legittimità dell'atto di provenienza difensiva v. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 218; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale*, cit., 3224; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 218; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 87; TRIGGIANI, *La legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 2284. La CONFALONIERI, *Art. 391 ter*, cit., 345, mette in dubbio l'operatività

## 10. Il potere di segretezza del pubblico ministero

L'art. 391 *quinquies*<sup>139</sup> attribuisce all'organo dell'accusa il potere di vietare alle persone sentite<sup>140</sup> di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. La segretezza si fonda sull'esigenza di tutelare le investigazioni del pubblico ministero che potrebbero essere compromesse dalla loro diffusione. Oggetto di tutela non è il singolo atto di indagine ma l'intera investigazione dell'organo dell'accusa e riguarda pertanto, non soltanto le domande formulate e le risposte date, ma si estende a tutti i fatti e circostanze oggetto delle indagini di cui il soggetto è depositario<sup>141</sup>.

Destinatari del divieto sono tutti i soggetti<sup>142</sup> sentiti dall'accusa. Il divieto ha un raggio d'azione ampio poiché non opera solo nei confronti di coloro che verranno contattati dal difensore ed in relazione alle modalità consacrate nell'art. 391 *bis*, ma vale *erga omnes*.

---

della sanzione dell'inutilizzabilità «dal momento in cui il difensore deve fare i conti con la burocrazia dei luoghi in cui si trova il suo informatore».

<sup>139</sup> Per CORDERO, *Procedura penale*, cit., 898, si tratta di una norma che «spira garantismo tardo-inquisitorio in qualche aspetto delle indagini preliminari, quasi reincarnassero quel rito sommario d'antica memoria».

<sup>140</sup> La pubblica accusa può differire l'emanazione del decreto anche in un momento successivo rispetto a quello dell'assunzione della dichiarazione. Ciò perché non è escluso dalla *litteras* della norma e la *ratio* del divieto è quella di rimediare ad un pericolo reale e concreto che ben può emergere in un momento successivo all'audizione, v. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 259.

<sup>141</sup> Critico è FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 185, che definisce la norma alquanto stravagante, estranea alla logica del sistema penale e processuale, nonché fonte di una palese disparità tra parte pubblica e privata ed è la prima volta che si «pretende di porre a oggetto di segretezza non un atto o il suo contenuto ma l'intero sapere di un soggetto». Si meraviglia BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 219, il quale sottolinea che la segretezza qui è volta a conseguire «l'«esclusiva» sul patrimonio conoscitivo di un soggetto», evenienza singolare dato che l'istituto *de quo* è «tradizionalmente deputato alla «tutela di atti»».

<sup>142</sup> MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, cit., 268, sostiene che, data la genericità della locuzione «persone sentite», destinatari del divieto sono anche le persone indagate o imputate *ex art.* 210. Per F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 177, non è possibile che «l'obbligo al segreto imposto allo stesso indagato possa funzionare anche relativamente al rapporto con il proprio difensore» a meno che non si voglia prevedere una deroga di natura soggettiva che «imponesse il silenzio *erga alios* ma non nei confronti del difensore». Anche FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 200, ritiene che per le persone imputate o indagate il divieto opera nella misura in cui l'esigenza di riferire i fatti conosciuti non rientrano nell'esercizio del diritto di difesa.

La segretezza è disposta con decreto motivato solo se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine<sup>143</sup> e non può avere una durata superiore a due mesi. Non è, però, contemplata nessuna forma di controllo giurisdizionale<sup>144</sup> sull'effettiva esistenza di tali esigenze, cosicché un divieto privo di motivazione o solamente apparante produce gli effetti di legge.

La non osservanza dell'obbligo al segreto imposto dal pubblico ministero ha conseguenze sul piano sanzionatorio. Infatti, la violazione integra la fattispecie di reato prevista dall'art. 379 *bis* c.p., che punisce l'indebita rivelazione di segreti inerenti al procedimento penale<sup>145</sup>. L'art. 391 *quinquies* comma 2 prescrive poi al pubblico ministero di avvertire la persona alla quale ha comunicato il divieto circa le responsabilità penali conseguenti all'indebita rivelazione delle notizie. L'avvertimento è la *condition sine qua non* per la realizzazione della fattispecie *ex art. 379 bis c.p.*

## 11. La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione

Il legislatore consapevole delle diverse difficoltà che incontra il difensore in ordine all'acquisizione dei documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, ha predisposto una normativa *ad hoc* che dovrebbe consentirgli di superare simili ostacoli.

Va rilevato che prima della l. 397/2000 il procedimento di richiesta di documenti alla pubblica amministrazione, anche a fini investigativi, era già previsto<sup>146</sup>. Pertanto, la novella del 2000 si affianca alla normativa già esistente e contemplata nell'art. 22 l. 241/1990 anche se,

<sup>143</sup> Le circostanze giustificative dell'adozione di tale provvedimento possono essere, da un lato, quella di cercare in un tempo breve, gli elementi di riscontro delle dichiarazioni già acquisite, senza il rischio di interventi inquinatori, dall'altro di evitare che la persona sentita possa, con diversi contatti, modificare le dichiarazioni già rese agli inquirenti. Cfr. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, cit., 258.

<sup>144</sup> Un sindacato vi può essere solo in caso di richiesta di incidente probatorio avanzato dal difensore *ex art. 391 bis* comma 11 (v. *retro* § 8) e il pubblico ministero si sia opposto adducendo l'esistenza del divieto; in tal caso il giudice potrà valutare la legittimità del decreto.

<sup>145</sup> PISA, *Modifiche al codice penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 293, per il quale, tale fattispecie viene in «soccorso del quanto mai vacillante segreto delle indagini preliminari».

<sup>146</sup> VICICONTE, *Indagini difensive ed accesso alla pubblica amministrazione*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 244.

ancora un volta come in passato, il legislatore si è arrestato a disciplinare esclusivamente l'accesso alla documentazione dalla pubblica amministrazione<sup>147</sup> e non anche a quella di un soggetto privato<sup>148</sup>. In tal caso, infatti, al difensore non resta altro che ricorrere al pubblico ministero non soccorrendo sul punto la normativa sull'accesso ai luoghi *ex artt. 391 sexies* e *391 septies*<sup>149</sup>, che sembra riguardare incombenze ben diverse da quelle di ricerca della documentazione.

L'accesso ai documenti custoditi dalla pubblica amministrazione è laconicamente regolato dall'art. 391 *quater*. La normativa, infatti, tralascia tutto ciò che attiene alle modalità di approccio con gli uffici detentori della documentazione. Sotto questo profilo occorre rinviare alla l. 241/1990.

Legittimato a richiedere la documentazione *de qua* è il difensore. Il richiamo effettuato dalla disposizione al solo difensore parrebbe escludere che l'analoga attività possa essere esercitata dal sostituto, dall'investigatore privato, dal consulente tecnico<sup>150</sup>. A diversa conclusione si dovrebbe arrivare considerando che l'art. 327 *bis* conferisce al difensore la facoltà di avvalersi, nell'attività di ricerca, di tali soggetti. Sicuramente non hanno un potere autonomo di iniziativa, ma agiscono solo su incarico del difensore, che resta l'unico *dominus* e responsabile dell'attività investigativa<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Atto questo che secondo la dottrina può essere paragonato alla richiesta di esibizione di documenti che l'autorità giudiziaria può rivolgere agli uffici pubblici: NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2004, 345.

<sup>148</sup> Secondo BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 121, il difensore ha la facoltà di richiedere la documentazione ai privati, però, qualora il destinatario della stessa la disattenda il primo potrà semplicemente sollecitare l'intervento del *dominus* delle indagini.

<sup>149</sup> V. *infra* § 12. Tale lacuna è stata ritenuta irragionevole da GHEDINI, *Prova documentale un sospetto di incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 55.

<sup>150</sup> Così, DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 206; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3508; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 89; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 172, sottolinea che «la circostanza che nell'art. 391 *quater* sia citato unicamente il difensore, non può essere considerato frutto del caso, ma porta a concludere che la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione è riservata a questo soggetto in virtù di una scelta normativa»; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 172; per TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 343, appare corretto la legittimazione oltre che del difensore anche del solo sostituto in virtù dell'art. 102 comma 2.

<sup>151</sup> BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 161.

Nella richiesta, scritta e motivata<sup>152</sup> nei limiti di tutela delle strategie difensive, il difensore deve specificare in quale veste interviene, nonché gli estremi dei documenti ai quali si chiede di accedere o comunque gli elementi idonei ad identificarli ed allegare la copia dell'incarico professionale<sup>153</sup> che assume maggiore rilevanza nell'ipotesi di investigazioni preventive.

L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione<sup>154</sup> che ha formato il documento o lo detiene stabilmente<sup>155</sup>. Le difficoltà di individuazione dell'"organo" competente non dovrebbero ricadere sull'interessato, poiché l'ufficio erroneamente investito della questione, dovrebbe trasmettere l'istanza a quello ritenuto competente<sup>156</sup>.

Qualora la pubblica amministrazione opponesse il rifiuto<sup>157</sup> scattereb-

<sup>152</sup> Così BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119; DI MAIO, *Le indagini difensive*, Padova, 2001, 241; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 343. *Contra* GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, cit., 136, il quale evidenzia che è la stessa lettera dell'art. 391 *quater* ad imporre un rilascio automatico del documento senza nessuna verifica della pubblica amministrazione; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 173, anche se, l'autore, consiglia, per evitare ritardi o rifiuti, di corroborare la domanda con qualche elemento minimo idoneo a giustificarla.

<sup>153</sup> BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119; DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 241; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 344. *Contra* GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, cit., 136; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 172, il quale ammette che la pubblica amministrazione ha il potere di «verificare il titolo di legittimazione, e in questo caso l'avvocato è obbligato a documentare la sua qualità nelle forme stabilite dall'art. 27 disp. att. c.p.p. ovvero, se si tratta di investigazioni preventive, esibendo il mandato speciale di cui all'art. 391 *nonies*».

<sup>154</sup> Nella nozione di pubblica amministrazione vi rientrano gli enti statati e territoriali, quelli pubblici economici e non, nonché i concessionari di servizi pubblici: BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 198. L'art. 391 *quater* non trova, però, applicazione nei rapporti tra difensore e autorità giudiziaria: l'accesso ai documenti del procedimento resta cadenzato dalle norme del codice. La giurisprudenza ha ritenuto che non possa rientrare nella definizione di pubblica amministrazione il tribunale fallimentare, v., in tal senso, Trib. Foggia, 13 maggio 2002, in *D&G*, 2004, 16, 87, con nota di FALCO, *Fascicoli civili e fallimentari off limits per le indagini difensive? Gli incerti limiti dell'articolo 391 quater Cpp*.

<sup>155</sup> Così NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 345.

<sup>156</sup> BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119.

<sup>157</sup> Gli unici limiti che potrebbero legittimare il rifiuto della pubblica amministrazione, riguarderebbero gli atti coperti dal segreto professionale, di Stato o d'ufficio ed in tal caso, per far cadere tali segreti, sarebbe stato sufficiente ricorrere al meccanismo *ex art. 204*. Cfr. GHEDINI, *Prova documentale: un sospetto di incostituzionalità*, cit., 55; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 164, ipotizza che la procedura *ex art.*

be la previsione dell'art. 391 *quater* comma 3. Il difensore non acquiescente al diniego amministrativo potrà, infatti, domandare per iscritto al pubblico ministero di formulare egli stesso la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione o di procedere al sequestro.

Naturalmente nessun obbligo di attivarsi è previsto per l'organo dell'accusa, il quale solo se dovesse ritenere ingiustificato il diniego ordinerà ai sensi dell'art. 256 la consegna del documento<sup>158</sup>. Si tratta ancora di un caso di "canalizzazione" attraverso il pubblico ministero, senz'altro anacronistica<sup>159</sup> e stupisce la mancata previsione di un ricorso diretto al giudice, maggiormente congeniale alla logica del sistema accusatorio<sup>160</sup>.

Il difensore, a fronte del rifiuto, può anche inoltrare richiesta di sequestro della documentazione detenuta e negata dalla pubblica amministrazione. Qualora la tesi caldeggiata dal difensore non fosse condivisa dal pubblico ministero, quest'ultimo dovrebbe trasmettere gli atti, con il suo parere, al giudice per le indagini preliminari perché decida *ex art.* 368<sup>161</sup>.

---

391 *quater* comma 3 dovrebbe operare allorché il rifiuto non attiene ad uno dei segreti di cui agli artt. 200, 201e 202 bensì nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione non motivi il proprio diniego di esibizione o nel caso di silenzio-diniego *ex art.* 25 comma 4 l. 241/1990.

<sup>158</sup> Anche se per BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 220, il meccanismo di rinvio all'art. 367 non è chiaro: «è indubbio che, inizialmente il difensore debba rivolgersi al pubblico ministero. Ma per chiedere cosa? Forse che acquisisca il documento, o che ne ordini l'esibizione o, ancora, ne intimi il rilascio in copia (eventualmente autentica)?».

<sup>159</sup> F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 165.

<sup>160</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 220; CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 92, per il quale si tratta di un altro caso di *discovery* anticipata, che poteva essere evitato; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 13. Alla medesima conclusione, che si tratti di rivelare in anticipo le strategie difensive, arrivano PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3508; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 168. Altrettanto critici sono BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., i quali sottolineano anche altri punti oscuri della norma. Non è dato capire a chi debba essere consegnato il documento se al difensore o al pubblico ministero, né quale debba essere la sua destinazione finale nel fascicolo *ex art.* 433 o del difensore.

<sup>161</sup> È da ritenere che l'art. 391 *quater* sia applicabile anche nella fase successiva alla chiusura delle indagini preliminari, in armonia con il disposto dell'art. 327 *bis*, ove competente sarà il giudice che procede, v. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 257. Della stessa opinione è anche la giurisprudenza di merito v. Trib. Avellino, 12 febbraio 2004, in *D&G*, 2004, 13, 75, con nota di MARI, *Le indagini anche dopo... le indagini: il caso dei documenti della Pa. Lettura "costituzionalizzata" dell'articolo 391 quater Cpp.*

È evidente che si potrà procedere a sequestro solo se i documenti amministrativi costituiscono corpo del reato o cose pertinenti al reato<sup>162</sup>. Nell'ipotesi negativa al difensore non resta che attivare la procedura di cui all'art. 25 comma 2 l. 241/1990 e cioè il ricorso all'organo amministrativo regionale: rimedio, in linea di principio, comunque concorrente e non residuale<sup>163</sup>.

Altrettanto chiaro è che questo meccanismo non opera nell'ambito dell'attività di indagine preventiva.

## 12. L'accesso ai luoghi

Tra le attività espletabili nel corso dell'investigazione difensiva, il legislatore vi ha ricompreso anche la facoltà di accedere nei luoghi privati o non aperti al pubblico, strumento di indagine assai prezioso che consente di effettuare sopralluoghi per avere contezza dello scenario in cui si è svolta l'azione delittuosa<sup>164</sup>. Gli artt. 391 *sexies* e 391 *septies* disciplinano tale facoltà e si pongono l'uno rispetto all'altro in un rapporto di «genere a specie»<sup>165</sup>: mentre il primo fa riferimento ad un generico diritto della difesa di accedere ai luoghi, il secondo si occupa specificatamente dell'accesso ai luoghi privati e non aperti al pubblico. Legittimati sono il difensore, il suo sostituto, gli investigatori privati, nonché il consulente tecnico che sarà il soggetto più idoneo, proprio per la specifica competenza tecnico-scientifica<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> In senso inverso v. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 176, il quale ritiene che se anche in questo caso l'oggetto del sequestro non può che essere il corpo del reato o cose pertinenti, l'istituto *de quo* sarebbe superfluo poiché «nella fattispecie gli articoli 367 e 368 c.p.p. sarebbero stati comunque applicabili». Pertanto, sempre secondo l'autore, la normativa ha un senso solo se si «consente una espansione dei casi di sequestro, voluta dal legislatore per favorire l'acquisizione di elementi utili alla difesa».

<sup>163</sup> Cfr. GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 109, osservano che tra le «situazioni giuridicamente rilevanti» che legittimano il sistema delle impugnazioni *ex art.* 25 commi 5 e 6 l. 241/1990 vi rientra sicuramente la richiesta *ex art.* 391 *quater*.

<sup>164</sup> CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 273.

<sup>165</sup> Così BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 121.

<sup>166</sup> Il legislatore non ha stabilito se l'assistito possa partecipare all'accesso oppure no. Sul punto è intervenuta la giurisprudenza di merito, la quale afferma che non sussistendo nessun divieto normativo espresso, l'imputato e l'indagato hanno diritto di presenziare al compimento dell'atto. L'eventuale diniego integra una nullità, per violazione del diritto di difesa, *ex art.* 178 comma 1 lett. c: v. Trib. Bari, 2 dicembre

L'art. 391 *sexies* prevede che il sopralluogo istruttorio possa consistere nella visione e descrizione dei luoghi<sup>167</sup>, o nell'eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi. La disposizione *de qua* facendo espresso riferimento ai «rilievi» legittimerebbe solo quelle attività che non presentano alcun grado di invasività o di manipolazioni che possono modificare l'originario stato dei luoghi e che imporrebbero l'assunzione della prova in contraddittorio<sup>168</sup>. Sennonché è proprio dall'art. 391 *decies*, rubricato «utilizzo della documentazione delle investigazioni difensive», che emerge chiaramente la possibilità per il difensore, facendo riferimento agli «atti irripetibili e agli accertamenti tecnici», di compiere in occasione di accesso ai luoghi interventi più incisivi, non solo di osservazione ma anche di accertamento<sup>169</sup>. Qualora, in occasione di accesso ai luoghi, il difensore voglia eseguire un accertamento tecnico irripetibile, dovrà avvisare senza

---

2002, De Matteis, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 1, 97, con nota di DI DEDDA, *Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali (vere o presunte)*.

<sup>167</sup> Non semplicemente il *locus commissi delicti* bensì qualsiasi luogo pubblico o privato ove si possa reperire elementi probatori a discarico. Così DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, cit., 209; BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 121; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3510; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 79. Sembrano invece alludere alla scena del crimine BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 221; CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 273.

<sup>168</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 221; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 78. Su tale posizione si è anche collocata la giurisprudenza di merito, la quale con una recentissima sentenza ha statuito che le investigazioni tecniche che il difensore è autorizzato a svolgere non possono mai spingersi fino al punto di consentire al medesimo una qualunque attività sui luoghi o sulle cose che possa in qualche modo alterarne lo stato: così Trib. Nola, 3 marzo 2005, in *Guida dir.*, 2005, 15, 102. Sul punto v., in relazione agli accertamenti tecnici, anche Gip. Trib. Lanciano, 14 marzo 2003, in *DE&G*, 2003, 16, 39, con nota di GRASSO, *Quando e quomodo l'avvocato può accedere alla scena del delitto. Limitazioni per gli atti modificativi dello stato dei luoghi*; CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia ancora indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 919.

<sup>169</sup> In senso critico in ordine alla tecnica legislativa utilizzata per la regolamentazione degli atti non ripetibili e degli accertamenti tecnici non ripetibili v. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 281; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 76, il quale evidenzia che in sede di utilizzabilità degli atti il legislatore, con una tecnica accrescitiva del potere, dà per scontata la possibilità di compiere alcuni atti che «non viene adeguatamente descritta in sede di disciplina dell'accesso»; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 80.

ritardo il pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 360 in quanto compatibili<sup>170</sup>. Nelle ipotesi in cui la difesa procederà al compimento di altri atti non ripetibili<sup>171</sup>, invece, il pubblico ministero ha la facoltà di assistere, senza che vi sia un obbligo di informativa a carico della difesa<sup>172</sup>.

Tale tipo di investigazione deve essere coordinata con quella disciplinata dall'art. 354 che attribuisce alla polizia giudiziaria di farsi carico della conservazione delle tracce e delle cose pertinenti al reato, nonché dell'immutabilità dello stato dei luoghi e delle cose prima dell'intervento del pubblico ministero, in quanto il diritto di ricercare elementi di prova a discarico non può interferire con la corrispondente investigazione degli organi pubblici<sup>173</sup>. Nessun controllo potrà effettuare la polizia giudiziaria allorquando il difensore intervenga in maniera autonoma o *ex art. 391 nonies*<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> La clausola «in quanto compatibili» secondo la dottrina ha la funzione di impedire che alle parti private sia riconosciuta una disponibilità della prova non ripetibile. Anche sulla scorta di una interpretazione sistematica della norma risulta difficile per il difensore superare l'opposizione che la parte pubblica potrebbe effettuare facendo riserva di incidente probatorio e svolgere ugualmente l'accertamento che comprometta definitivamente la fonte di prova: FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 387; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 492; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 369, afferma che l'omissione dell'avviso integra una nullità *ex art. 178 lett. b* rilevabile nei termini e modi di cui all'art. 180.

<sup>171</sup> Per la distinzione tra accertamenti tecnici non ripetibili e altri atti non ripetibili v. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 188; mentre sono definiti altri atti non ripetibili quelli per intrinseche caratteristiche di modificabilità dei luoghi o delle cose sottoposte ad osservazione o a rilievi, o quando è la stessa attività a comportare dette modificazioni, da F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 189.

<sup>172</sup> Giustamente CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 285, rileva che sarà difficile che il pubblico ministero eserciti una simile facoltà il cui espletamento non gli deve essere comunicato.

<sup>173</sup> BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 221; CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 274; DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, cit., 210; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 359.

<sup>174</sup> La dottrina ha fortemente criticato la poca attenzione che il legislatore ha prestato nella stesura dell'articolo, dimostrando il suo disinteressamento al rischio che l'attività difensiva, anche se involontariamente, modifichi lo stato dei luoghi e distrugga o alteri le tracce indispensabili per la ricostruzione di fatti. Cfr. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 280; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 76; PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed effi-*

Oggetto dell'accesso possono essere luoghi pubblici, privati o non aperti al pubblico. Nessun limite<sup>175</sup> è previsto per il difensore nel caso in cui l'accesso avvenga in un luogo pubblico o aperto al pubblico, mentre una procedura ad *hoc* è dettata con riferimento ai luoghi privati o non aperti al pubblico<sup>176</sup>. Infatti, l'art. 391 *septies* impone al difensore di munirsi del consenso di chi ha la disponibilità del luogo, poiché in relazione ad essi opera la tutela del domicilio sancita nell'art. 14 Cost.<sup>177</sup>. In mancanza la difesa dovrà adire il giudice per ottenere l'autorizzazione. Il giudice provvede, quindi, su impulso di parte<sup>178</sup>, con decreto motivato che dovrà indicare le «concrete modalità» di accesso nonché i tempi dell'intervento. Chiaramente questo meccanismo non può operare in sede di indagini preventive<sup>179</sup> e non è previsto nessun mezzo di gravame in caso di rigetto della richiesta. La persona presente sul luogo al momento dell'accesso deve essere avvertita che ha facoltà di essere assistita da una persona di sua fiducia, persona che deve essere prontamente reperibile e «idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.».

Il contemperamento tra esigenze investigative e tutela della riservatezza sembra aver avuto di mira il legislatore nel vietare l'accesso, salvo l'ipotesi eccezionale della necessità di accertare tracce e gli altri ef-

---

*cacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 38; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 189.

<sup>175</sup> L'unica eccezione è che detti posti siano sottoposti a sequestro, ma, in tal caso, l'accesso alla difesa avverrà in base agli artt. 233 comma 1*bis* e 366, così MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 74.

<sup>176</sup> Sulle problematiche relative agli accessi ai luoghi della pubblica amministrazione che generalmente rientrano nella categoria «non aperti al pubblico» v. DE STEFANO, *Indagini difensive e pubblica amministrazione: «dimenticanze», incongruenze sistematiche e possibili «sterilizzazioni»*, in *Cass. pen.*, 2001, 3238.

<sup>177</sup> Per un valido consenso è necessario che il difensore informi il soggetto della propria qualità, dell'atto da compiere, dello scopo dell'accesso nonché della facoltà di negarlo.

<sup>178</sup> Legittimato sembra essere il solo difensore (anche il sostituto per TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 359) il quale dovrà documentare il rifiuto opposto dal soggetto nonché indicare i motivi della richiesta. Così il giudice sarà in grado di valutare sia le ragioni del dissenso sia l'effettiva funzionalità dell'accesso all'assunzione di elementi di prova utili alla difesa. Cfr. BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 124; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 193.

<sup>179</sup> CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 287, ritiene che ciò dipenda dall'impossibilità di individuare, per inesistenza o ignoranza circa la pendenza di un procedimento, il giudice a cui inoltrare la richiesta.

fetti materiali del reato, nei luoghi di privata abitazione e loro pertinenze<sup>180</sup>.

Il difensore e i suoi collaboratori *ex art. 391 bis* possono redigere un verbale dell'accesso<sup>181</sup> e delle eventuali operazioni svolte in tale occasione contenente la data, il luogo dell'accesso, le generalità delle persone intervenute, nonché la descrizione degli eventuali rilievi effettuati. Benché non sia espressamente previsto si può ritenere che la redazione del verbale possa essere effettuata con le forme di cui agli artt. 134 ss. Con la conseguenza che se il verbale non è sottoscritto da tutte le parti intervenute, così come richiede l'art. 391 *sexies* lett. d, lo stesso non sarebbe nullo. Infatti, la nullità si verificherebbe solo quando manca la firma di colui che ha redatto l'atto o se vi è incertezza assoluta sugli intervenuti all'accesso.

### 13. Il fascicolo del difensore

Il legislatore del 2000, dopo aver tipizzato gli atti investigativi della difesa e le relative modalità di documentazione, preoccupandosi altresì di assicurare la loro spendibilità lungo l'intero arco del procedimento, ha istituito anche l'involucro ove gli stessi devono confluire: il fascicolo del difensore<sup>182</sup>.

In base all'art. 391 *octies* comma 1<sup>183</sup>, sulla falsariga del vecchio

<sup>180</sup> MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 78, afferma che nulla vieta che l'accesso possa essere compiuto con il semplice consenso del soggetto che abita il "luogo", non essendo prevista una necessaria autorizzazione *ad hoc*.

<sup>181</sup> Il diritto di accesso non comporta nessun obbligo di verbalizzazione, che «costituisce atto autonomo ed eventuale, conseguente al reperimento, da parte del difensore, di elementi ritenuti validi per la difesa e la constatazione dell'opportunità di documentarli in un verbale»: CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 116; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 190. Tuttavia, se la documentazione viene eseguita, il verbale dovrà «essere fedele nella descrizione dei luoghi e delle cose e nell'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti che lo integrano»: una falsa rappresentazione dei fatti sarebbe punita a norma dell'art. 481 c.p., così NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 346.

<sup>182</sup> La previsione del fascicolo del difensore equipara anche sotto questo profilo l'indagine privata a quella pubblica: FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 291.

<sup>183</sup> RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 303, per il quale la norma così come formulata «avrebbe potuto intitolarsi "presentazione della documentazione delle investigazioni difensive e fascicolo del difensore", poiché i commi 1,2 e 4 attengono alla presentazione, mentre il comma 3 al fascicolo.

art. 38 disp. att., il difensore nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice<sup>184</sup> deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, può presentare direttamente a quest'ultimo gli elementi di prova a favore del proprio assistito di cui sia in possesso<sup>185</sup>. La facoltà del difensore di fruire di un canale di dialogo senza intermediari con il giudice è contemplata anche in tutti quei casi in cui l'avvocato abbia conoscenza<sup>186</sup> di un procedimento penale, ove l'autorità giudiziaria è chiamata a prendere una decisione anche senza contraddittorio<sup>187</sup>. La documentazione presentata al giudice, poi, viene inserita nel fascicolo del difensore, formato e conservato presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari, sino alla conclusione delle stesse.

Naturalmente è il difensore che decide se e quando portare a conoscenza dell'autorità le risultanze delle indagini svolte: l'utilizzabilità del dato investigativo non dipende, pertanto, dalla sua venuta in esistenza ma dalla scelta di renderlo disponibile<sup>188</sup>. Il potere dispositivo

---

<sup>184</sup> Il riferimento al giudice, senza ulteriori precisazioni, induce a ritenere che la disposizione si applichi non solo al giudice per le indagini preliminari ma anche al Tribunale del riesame nel procedimento *de libertate*. V. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, II, 1761, il quale mette anche in evidenza che il mancato coordinamento fra gli artt. 391 *octies* comma 1 e 309 comma 5 potrebbe determinare dei problemi in ordine alla trasmissione degli atti contenuti nel fascicolo della difesa. *Amplius* v. PIZIALI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 284.

<sup>185</sup> La previsione con cui esordisce l'art. 391 *octies* comma 1, è «molto ovvia, quindi superflua» e addirittura «demenziale» vietare al difensore di presentare direttamente al giudice gli elementi raccolti a favore del suo assistito: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 899.

<sup>186</sup> Per MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 39, la conoscenza di un procedimento penale *ex* art. 391 *octies* comma 2, non può che essere una «conoscenza legittima» di cui il difensore dovrà fornire adeguata dimostrazione. *Contra* v. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 126; DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 277, per il quale la legittimazione alla presentazione la si può evincere da qualsiasi notizia da cui si possa ricavare la pendenza di un procedimento penale a carico del proprio assistito, anche quindi da una notizia giornalistica; FILIPPI, *Indagini difensive: tempi e spendibilità*, in *Studium iuris*, 2002, 181; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3514.

<sup>187</sup> La dottrina afferma che il comma 2 finalmente «svincola l'apporto investigativo privato dalla imminenza di una decisione del giudice da adottare in contraddittorio»: FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, cit., 301.

<sup>188</sup> DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 20; SCILLITANI, *Il fascicolo del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 307. Invero solo per i verbali di alcuni atti sussiste un auto-

*de quo*, non previsto per il pubblico ministero, ricavabile dalla stessa dizione della norma (“può”), non si spinge fino a far ritenere che il difensore possa decidere di produrre singole parti degli atti di indagine compiuti<sup>189</sup> e una volta depositata, la documentazione non potrà essere ritirata o sostituita ancorché muti la natura delle investigazioni trasformandosi, nel procedimento in corso, da elementi a discarico ad elementi sfavorevoli al proprio assistito.

Il fascicolo del difensore custodito presso il giudice potrà essere visionato dal pubblico ministero<sup>190</sup> solo «prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento»<sup>191</sup>: il

---

matismo tra formazione e acquisizione al procedimento. Si tratta dei verbali degli atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi quando il pubblico ministero ha esercitato la sua facoltà di assistere al compimento dell'atto personalmente o anche tramite un suo delegato ovvero nell'ipotesi di accertamenti tecnici non ripetibili. Proprio la consapevolezza che il portato di conoscenza acquisito, per mezzo di questi ultimi, ha indotto il legislatore ad escluderne la disponibilità in capo al difensore con la semplice formazione dell'atto. La documentazione di queste attività deve essere depositata sia nel fascicolo del difensore sia in quello del pubblico ministero e successivamente confluiranno nel fascicolo per il dibattimento. Arduo capire chi è che debba provvedervi, ma sicuramente essendo gli atti nella disponibilità del difensore, sarà quest'ultimo a doverli depositare in entrambi i fascicoli secondo la scansione temporale prevista dall'art. 366 per gli atti dell'accusa. V. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1761; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 281.

<sup>189</sup> DI CHIARA, *Le linee prospettiche del “difendersi ricercando”*, cit., 21; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1761. *Contra* v. PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 281 non essendoci nessuna previsione espressa e controllo sul deposito degli atti, niente vieta al difensore di produrre singole parti degli atti anche se questa facoltà rischia di avere effetti negativi sul versante dell'affidabilità dell'atto medesimo.

<sup>190</sup> La formulazione dell'art. 391 *octies* comma 3, penultimo periodo, non chiarisce se il regime di segretezza interna riguarda le difese degli altri coindagati e della persona offesa o solamente il pubblico ministero. Sul presupposto che accusa e difesa possano “giocare a carte coperte” «pare logico estendere il divieto di accesso al fascicolo a tutti i soggetti processuali presenti nella fase delle indagini preliminari»: MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1762.

<sup>191</sup> Critica è la dottrina APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano, 2002, 113, la quale evidenzia che la norma sembra escludere che l'organo dell'accusa possa esercitare la facoltà di visionare ed estrarre copia nella fase antecedente all'adozione, ad opera del giudice, di un provvedimento sollecitato dallo stesso pubblico ministero e ciò «sembra davvero poco comprensibile». Ugualmente critici sono MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, cit., 60; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 282, la normativa sconta il difetto che il pubblico ministero è legittimato

pubblico ministero pertanto non ha né la facoltà, né il titolo per una *discovery* anticipata<sup>192</sup>. Forse è questo il motivo per cui il legislatore ha mantenuto ferma la possibilità per la difesa di interloquire direttamente con l'organo dell'accusa presentandogli gli elementi di prova raccolti a favore del proprio assistito.

Il fascicolo del difensore<sup>193</sup> dopo la chiusura delle indagini preliminari viene inserito nel fascicolo di cui all'art. 433<sup>194</sup> e cioè in quello del pubblico ministero così come prescrive l'art. 391 *octies* comma 3. La norma contiene una incongruenza letterale, poiché adopera due locuzioni che mal si conciliano: da un lato, la volontà *legis* sembra quella di voler unificare tutti i fascicoli delle indagini al termine delle stesse, dall'altro, invece, la confluenza avviene ai sensi dell'art. 433 e cioè al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento che si realizza al termine dell'udienza preliminare. La dottrina prevalente è concorde nel ritenere che si debba attribuire valore preminente alla locuzione «chiusura delle indagini», essendo questa la ricostruzione sistematica più corretta. Pertanto, il riferimento all'art. 433 deve essere letto non come scansione temporale, ma come volontà del legislatore di chiarire che i fascicoli difensivi vengono inseriti in quello dell'accusa<sup>195</sup>.

#### 14. Utilizzabilità degli atti di investigazione

Il legislatore del 2002 ha anche dettato una nuova disciplina in tema di utilizzabilità degli atti investigativi contenuta nell'art. 391 *decies*, il cui primo comma fissa la regola d'uso dibattimentale delle fon-

---

ad effettuare le proprie scelte «senza neppure dover consultare gli atti investigativi già depositati dalle parti o, addirittura, senza poterli consultare».

<sup>192</sup> La legge non stabilisce come l'accusa viene a conoscenza dell'avvenuto deposito del fascicolo del difensore: in capo al pubblico ministero si configura un onere di informazione. Cfr. FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, cit., 302.

<sup>193</sup> Meglio parlare di fascicoli delle difese in quanto possono esserci nel procedimento diverse parti.

<sup>194</sup> Sotto il profilo formale nonostante il suo inserimento nel fascicolo del pubblico ministero quelli della difesa restano sempre distinti e ciò lo si ricava dall'art. 433 comma 3 che stabilisce che l'attività integrativa di indagine compiuta dalla difesa dopo l'unificazione dei fascicoli viene inserita nel fascicolo "del difensore". Cfr. PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 279.

<sup>195</sup> PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 280; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1763.

ti dichiarative, mentre i commi successivi hanno ad oggetto gli atti non ripetibili e gli accertamenti tecnici non ripetibili compiuti dalla difesa.

Gli atti difensivi<sup>196</sup> inseriti nel fascicolo del difensore potranno essere utilizzati, così rammenta l'art. 391 *decies* comma 1, a norma degli artt. 500, 512 e 513. Pertanto a norma dell'art. 500, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione dei testimoni escussi in dibattimento, potranno utilizzare le dichiarazioni assunte dai difensori, dichiarazioni che serviranno per valutare la credibilità del teste. L'integrale richiamo dell'art. 500 fa sì che la documentazione difensiva entrerà nel fascicolo del dibattimento per mezzo del meccanismo contestativo e sempre che ricorrano i presupposti della condotta illecita, nonché su accordo delle parti *ex art.* 500 comma 7.

Dubbi applicativi sorgono in relazione all'art. 503 non espressamente richiamato dalla norma in esame. Se ne potrebbe dedurre che la *voluntas legis* sia quella di escludere la possibilità di utilizzare il materiale investigativo del difensore durante l'esame delle parti. Ma ciò si giustifica in relazione all'esame dell'imputato atteso che le dichiarazioni provenienti da quest'ultimo non possono essere assunte dalla difesa, non altrettanto deve dirsi per la parte civile, posto che non può escludersi la legittimità di una sua assunzione in qualità di persona informata sui fatti nel corso delle indagini preliminari<sup>197</sup>.

Il problema deve essere risolto focalizzando l'attenzione sull'art. 503 comma 3 che, in ogni caso, ammette di utilizzare le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero, comprese quindi quelle raccolte dalla difesa ed inserite a norma dell'art. 391 *octies* comma 3 in detto fascicolo<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> La locuzione «dichiarazioni» utilizzata dal legislatore nell'art. 391 *decies* comma 1 se interpretata letteralmente potrebbe comportare che oggetto di contestazione e lettura possano essere solamente, sulla base della distinzione effettuata dagli artt. 391 *bis* e 391 *ter*, le dichiarazioni scritte ricevute dal difensore e non anche le informazioni da lui assunte e verbalizzate.

<sup>197</sup> V. PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 289.

<sup>198</sup> V. DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale: gli scenari della regola-ponte ex art. 391 decies comma 1 c.p.p.*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 356; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1766, il quale mette in evidenza che una diversa soluzione esporrebbe la disposizione *de qua* a censure di legittimità costituzionale per «irragionevole disparità di trattamento rispetto alle possibilità di impiego delle dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero»; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 289; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 231.

Sembra, invece, doversi escludere ogni acquisizione per mezzo delle contestazioni *ex art.* 503 comma 5. Infatti, vi osterebbe non solo il silenzio legislativo, ma soprattutto il dato testuale del comma 5, ove si fa espresso riferimento alle sole dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega dello stesso.

Per l'applicazione della norma generale che consente la lettura di atti formati durante le indagini difensive nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di ripetizione anche all'attività difensiva, il legislatore non solo l'ha richiamata nell'*art.* 391 *decies*, ma ha ritenuto di implementare i soggetti indicati nell'*art.* 512 facendo espressamente menzione ai «difensori delle parti private»<sup>199</sup>.

L'*art.* 391 *decies* comma 1 dispone *expressis verbis* che le parti possono servirsi delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore a norma dell'*art.* 513, senza, però, provvedere a modificare la rosa dei soggetti ivi indicati. Ciò determina, proprio in virtù dell'espresso richiamo al difensore contenuto nell'*art.* 512, dubbi interpretativi che potrebbero far apparire non manifestamente infondata una questione di illegittimità costituzionale della norma. Sennonché il compito dell'interprete è quello di evitare approdi che possano portare ad interpretazioni *contra tenorem rationis*<sup>200</sup>. Pertanto se la *ratio* della l. 397/2000 è quella della *par condicio* tra indagini del pubblico ministero e attività difensiva, se ne dovrebbe ricavare che la mancata novellazione dell'*art.* 513 è dovuta ad un semplice difetto di coordinamento<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> La dottrina rileva che anche in assenza di interpolazione sarebbe bastata per la sua applicazione il richiamo effettuato nell'*art.* 391 *decies*. Cosicché la modifica ha solo funzione di raccordo tra i due testi normativi e «non esprime contenuti autonomi»: RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 233. Per l'analisi delle due norme in termini critici v. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1766; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 287.

<sup>200</sup> Così DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale*, cit., 366.

<sup>201</sup> La dottrina dopo aver rilevato che il richiamo contenuto nell'*art.* 391 *decies* debba riferirsi al comma 2 dell'*art.* 513 proprio per la discutibile questione che tra gli atti difensivi possa esserci quelli provenienti dall'imputato, ammette, tuttavia, che il riferimento contenuto nel comma 3 dell'*art.* 513 all'*art.* 512 implica anche un rinvio all'elencazione dei soggetti che debbano aver formato l'atto: così PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 287. Sul punto v. anche le soluzioni prospettate da DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale*, cit., 362 nonché le osservazioni di MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1766.

Nemmeno l'art. 512 *bis* è richiamato dall'art. 391 *decies* e ciò potrebbe dare adito ad ulteriori equivoci, se non si optasse per una lettura sistematica che consenta di non considerare determinante il silenzio serbato sul punto. La *ratio* del comportamento legislativo è da rinvenire nel fatto che l'art. 512 *bis* non distingue né in base ai soggetti che hanno assunto le dichiarazioni né in ragione della collocazione del verbale nei diversi fascicoli.

Certamente, in qualsiasi momento processuale, agli atti di indagine compiuti dalla difesa, viene attribuita valenza probatoria analoga al materiale fornito dall'accusa. Un riconoscimento implicito è dato dal fatto che il legislatore ha previsto per gli atti investigativi l'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità<sup>202</sup>, ed ha introdotto la nuova fattispecie penale *ex art. 371 ter c.p.*

Della stessa opinione del resto sembra pure la recente giurisprudenza che ha ribadito che gli elementi raccolti dal difensore sono equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli del pubblico ministero<sup>203</sup>.

## Bibliografia

AA.Vv., *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996; AA.Vv., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 297*, Milano, 2001; AA.Vv., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001; AA.Vv., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda – Spangher, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001; AA.Vv., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002; Av.Vv., *Il giusto processo tra contraddittorio*

<sup>202</sup> L'art. 391 *bis* comma 6 sanziona con l'inutilizzabilità le violazioni delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5. Per una ricostruzione delle ipotesi di inutilizzabilità v. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1767.

<sup>203</sup> Cass., sez. II, 30 gennaio 2002, Pedi, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, 441; Gip. Trib. Bologna, 16 gennaio 2002, in *Giur. merito*, 2002, II, 497; Gip. Trib. Napoli, 1° agosto 2001, Messina, in *ivi*, 2002, II, 497, che ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale osservando che i risultati delle investigazioni difensive hanno lo stesso valore probatorio dei risultati delle indagini del pubblico ministero; al tempo stesso, però, a fronte di precisi obblighi e doveri in capo al pubblico ministero nella sua attività di indagine cui corrisponde un altrettanto preciso sistema di sanzioni, la normativa non contempla nessun obbligo per il difensore di documentare fedelmente gli esiti della sua investigazione, sicché nessuna sanzione è ipotizzabile in caso di documentazione incompleta o infedele. La Corte costituzionale (v. Corte Cost., 17 giugno 2002, n. 264, in *Giur. cost.*, 2002, 1930), ha dichiarato, per difetto di rilevanza, la manifesta inammissibilità della questione.

e diritto al silenzio, a cura di Kostoris, Torino, 2002; AA.VV. *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Mrzaduri, Torino, 2003; ANDREANO, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, in D&G, 2001, 42, 52; APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Milano, 2002; BATTISTA, *Quando indaga ex articolo 327 bis Cpp l'avvocato è un pubblico ufficiale e i verbali da lui redatti sono considerati atti pubblici*, in D&G, 2003, 23, 76; BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Le attività di indagine*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 207; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, Milano, 2001; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 41; CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia ancora indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 919; CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2003; CORDERO, *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, 565; CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3222; DE STEFANO, *Indagini difensive e pubblica amministrazione: «dimenticanze», incongruenze sistematiche e possibili «sterilizzazioni»*, in *Cass. pen.*, 2001, 3238; DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando": luci e ombre delle nuove investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 6; DI CHIARA, *La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 287; DI DEDDA, *Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali (vere o presunte)*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 1, 97; DI MAIO, *Le indagini difensive*, Padova, 2001; FALCO, *Fascicoli civili e fallimentari off limits per le indagini difensive? Gli incerti limiti dell'articolo 391 quater Cpp*, in D&G, 2004, 16, 87; FANCHIOTTI, *Il "difendersi provando" nella prospettiva statunitense*, in *Dir. proc. pen.*, 1995, 1331; FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *Cass. pen.*, 1995, 430; FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, Milano, 2004; FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 87; FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, 437; FILIPPI, *Indagini difensive: tempi e spendibilità*, in *Studium iuris*, 2002, 181; FRIGO, *Indagini difensive: un punto "di non ritorno" sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 667; FRIGO, *La riforma dell'8 agosto 1995: come viene applicata, come viene discussa. Il dibattito sulle investigazioni difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1453; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, Milano, 2001; GHEDINI, *Prova documentale un sospetto di incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 55; GUALTIERI, *Indagini difensive*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2004, 2; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002; GRASSO, *Quando e quomodo l'avvocato può accedere alla scena del delitto. Limitazioni per gli atti modificativi dello stato dei luoghi*, in D&G, 2003, 16, 39; IADECOLA, *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito*, 2001, 561; LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il «modello perduto»*, in *Quest. giust.*, 2001, 1104; MADDALENA, *Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*, in *Cor. giur.*, 2001, 3, 287; MADDALENA, *Per la difesa libera di investigare: facoltà e dritti, nessun dovere*, in D&G, 2000, 40, 8; MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001;

MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 61; MARI, *Le indagini anche dopo... le indagini: il caso dei documenti della Pa. Lettura "costituzionalizzata" dell'articolo 391 quater Cpp*, in *D&G*, 2004, 13, 75; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, II, 1761; MICONI, *Le indagini soggettive. Interrogatori, sommarie informazioni, confronti e individuazioni nell'investigazione penale*, Appendice di aggiornamento, Torino, 2001, 7; NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 165; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2004; NICOLUCCI, *Appunti per la redazione di un primo bilancio sulle investigazioni difensive*, in *Giur. merito*, 2005, 6; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 13; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397. Disposizioni in materia di indagini difensive*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 3491; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001; PISA, *Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 293; PIZIALI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 284; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 36; RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; ROMBI, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1415; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, in *D&G*, 2001, 25, 8; SANTALUCIA, *Persona offesa e attività di investigazione*, in *Giust. pen.*, 2001, III, 453; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82; SCALFATI, *Art. 419, in Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 1480; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 66; SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2004; SPANGHER, *Art. 199, in Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 455; SPANGHER, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 206; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 3ª ed., Milano, 2001; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002; VENTURA, *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 896; VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005; VOENA, *La "prova privata": le indagini del difensore e la loro utilizzabilità*, in *La prova penale, Quaderni C.S.M.*, 1997, 98, 67; ZACCHÉ, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini*, in *Cass. pen.*, 2002, 2542.

SIMONA TOMASSETTI

## PERQUISIZIONE

### SOMMARIO

1. *Nozione e presupposti.* 2. *Organi legittimati a disporre la perquisizione.* 3. *La richiesta di consegna come alternativa alla perquisizione.* 4. *Perquisizione personale.* 5. *Perquisizione locale e «mista».* 6. *Perquisizione domiciliare.* 7. *Perquisizione nel corso delle indagini preliminari: ad iniziativa della polizia giudiziaria.* 8. (Segue) *disposta dal pubblico ministero.* 9. *Perquisizioni negli uffici del difensore.* 10. *Sequestro a seguito di perquisizione.* 11. *La perquisizione nelle leggi speciali.*

### 1. *Nozione e presupposti*

La perquisizione, disciplinata dagli artt. 247 e ss., è collocata tra i mezzi di ricerca della prova. È un tipico atto a “sorpresa” e come tale sempre urgente e riservato<sup>1</sup>. La finalità dell’istituto è quella di individuare e di assicurare elementi aventi valore probatorio al processo o di procedere all’arresto dell’imputato o alla cattura dell’evaso<sup>2</sup>; e, pertanto, necessita l’esistenza di un fondato motivo di ritenere che taluno

---

<sup>1</sup> L’assunto è stato ribadito anche dalla Corte costituzionale (v. Corte Cost., 3 maggio 1990, n. 251, in *Giur. cost.*, 1991, 89) richiamando il principio espresso dallo stesso giudice delle leggi (v. Corte Cost., 2 maggio 1974, n. 123, in *Giur. cost.*, 1974, 837) sotto la vigenza del vecchio codice, il quale affermava che la perquisizione è «un atto, per sua natura, sempre urgente e riservato, perché ha come presupposto, ai fini della sua efficacia, l’elemento sorpresa». In dottrina per il quadro di riferimento v. BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, in *Ind. pen.*, 1991, 309; BELLANTONI, *Le perquisizioni nella disciplina del codice di procedura penale: aspetti problematici*, in *Ind. pen.*, 1976, 42.

<sup>2</sup> Nel vigore del codice abrogato la definizione più accreditata della perquisizione quale «mezzo di coercizione che si estrinseca nella ricerca materiale di cose che è necessario acquisire a un procedimento in corso (o che dovrà iniziarsi) ai fini della prova, o di persone di cui è necessario procedere all’arresto», (PIOLETTI, *Perquisizione*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, 1965, 1001) appare tuttora valida. Infatti, l’aspetto più rilevante, benché non l’unico, anche alla luce della nuova normativa, è quello della ricerca, strumentale al sequestro o alla cattura, in questi termini v. VOENA, *Rilevi, perquisizioni ed ispezioni di polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 474. In senso limitativo cfr. BALDUCCI, *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 136.

occulti il corpo del reato o cose pertinenti al reato<sup>3</sup>. Da ciò consegue che la legittimazione all'esercizio di un siffatto potere è subordinata all'esistenza di indizi di un certo rilievo, tutti convergenti verso la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi sulla persona da perquisire o nel luogo nel quale la perquisizione sarà eseguita. Perciò, costituisce ineludibile antecedente logico-giuridico del mezzo di ricerca della prova l'individuazione del *thema probandum*, poiché solo in un simile ambito ha senso la ricerca di un dato afferente ad un reato<sup>4</sup>. Conclusione, che sembra suffragata anche dal dato testuale utilizzato dal legislatore allorquando ha sostituito il verbo «sospettare», impiegato nell'art. 332 comma 1 c.p.p. 1930, con il verbo «ritenere», che implica la sussistenza di indizi per poter procedere a perquisizioni. Del resto una perquisizione adottata sulla base di semplici sospetti ed illazioni o in difetto di un nesso strumentale con una determinata attività criminosa, si connoterebbe non più quale mezzo di ricerca della prova, ma quale modo di acquisizione di una *notitia criminis*, come tale inammissibile perché lesiva della libertà individuale costituzionalmente garantita che ha i suoi referenti negli artt. 13 e 14 Cost.<sup>5</sup>. Posto che il *fumus* necessario per la ricerca della prova è quello inerente all'avvenuta commissione dei reati, nella loro materiale accezione, e non già alla colpevolezza del singolo, la specificazione delle ipotesi criminose non comporta l'onere di indicare gli indizi di colpevolezza. Sicché il mezzo è ritualmente disposto qualora il fatto non sia materialmente accertato, ma sia ragionevolmente presumibile o probabile la commissione, ricavabile anche da elementi logici<sup>6</sup>. La dottrina ha rilevato che se così non fosse «sarebbe singolare far dipendere da una prova già esistente l'ammissibilità della ricerca di una prova ulteriore»<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Afferma che presupposto della perquisizione è un «plausibile sospetto», CORDEIRO, *Procedura penale*, 7ª ed., Milano, 2003, 825.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., sez. I, 11 dicembre 1998, Calacaterra, in *C.E.D. Cass.*, n. 212678; Cass., sez. I, 19 maggio 1994, Spinello, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 154; Cass., sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Riv. pen.*, 1993, 374.

<sup>5</sup> Cass., sez. V, 2 marzo 1995, Kugelmieir, in *Cass. pen.*, 1996, 892, con nota di BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*; Cass., sez. I, 19 aprile 1995, Faggini, in *C.E.D. Cass.*, n. 201843; Cass., sez. I, 22 aprile 1993, Zappolli Thyruin, in *Cass. pen.*, 1994, 2192; Cass., sez. I, 29 ottobre 1993, Lanzi, in *Cass. pen.*, 1995, 134, con nota di POTETTI, *Attività del p.m. diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*.

<sup>6</sup> Così, Cass., sez. II, 16 gennaio 1997, Beccari, in *Cass. pen.*, 1998, 297; Cass., sez. II, 17 giugno 1997, Tretter, in *ivi*, 1998, 471.

<sup>7</sup> Così NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2004, 290.

## 2. Organi legittimati a disporre la perquisizione

Ai sensi dell'art. 247 comma 3 organo legittimato a disporre la perquisizione è l'autorità giudiziaria. La locuzione «autorità giudiziaria»<sup>8</sup> è comprensiva del giudice del dibattimento e del pubblico ministero<sup>9</sup>. Va, peraltro, rilevato che durante la fase delle indagini preliminari "l'atto a sorpresa" compiuto presso l'ufficio del difensore dovrà essere disposto dal giudice per le indagini preliminari autorizzando il pubblico ministero a procedervi<sup>10</sup>. Nel dibattimento, in genere il giudice può disporre la perquisizione anche d'ufficio *ex art.* 507<sup>11</sup>.

L'autorità giudiziaria provvede personalmente alla perquisizione, avvalendosi anche della forza pubblica<sup>12</sup>, quando non la delega ad un ufficiale di polizia giudiziaria. In tale evenienza l'organo delegato esercita gli stessi diritti ed ha gli stessi doveri di quello delegante, a meno che non siano esclusivamente riservati a quest'ultimo.

La perquisizione è disposta con decreto motivato, in ossequio agli artt. 13 comma 2 e 14 comma 2 Cost., i quali richiedono, ai fini di un controllo sulla legittimità dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale e domiciliare, un atto motivato. La motivazione, proprio per la finalità garantistica che svolge, deve contenere l'esplicito riferimento ad una fattispecie tipica, ipotizzabile sulla base degli elementi processuali acquisiti, senza però tradursi in una generica indica-

---

<sup>8</sup> L'espressione utilizzata dal legislatore del 1988, a ben vedere, è innovativa solamente a livello di forma, ma non nella sostanza, poiché anche sotto il vigore del codice del 1930, il potere di disporre la perquisizione era attribuito sia al giudice (istruttore o del dibattimento) sia al pubblico ministero.

<sup>9</sup> Così, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, 28.

<sup>10</sup> In argomento v. *infra* § 9. A seguito della modifica apportata all'art. 422 dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, legittimato ad emettere il decreto di perquisizione potrebbe anche essere il giudice dell'udienza preliminare poiché il legislatore non indica più, in modo tassativo, le prove che possono essere assunte dal giudice in sede di integrazione probatoria.

<sup>11</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 826, il quale ritiene che il giudice del dibattimento è competente fin dagli atti preliminari poiché la perquisizione non può rientrare nell'ambito delle indagini integrative del pubblico ministero. V. altresì NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 289, secondo il quale il giudice del dibattimento può disporre la perquisizione *ex art.* 507 solamente se la stessa è diretta ad acquisire un cosa o un documento obbligatorio.

<sup>12</sup> Cfr. CORDERO, *Procedura*, cit., 824; BASSO, *Art. 247*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 699.

zione formale del titolo di reato<sup>13</sup>. Il difetto di motivazione, secondo la giurisprudenza, è causa di nullità che può essere dedotta «a norma dell'art. 182, prima che la perquisizione venga eseguita o immediatamente dopo se ciò non è possibile»<sup>14</sup>.

Con riguardo alla perquisizione personale, data la sua incidenza sulla libertà personale, la prevalente dottrina<sup>15</sup> ritiene possibile adire la Corte di cassazione contro il decreto autorizzativo, mentre per la perquisizione domiciliare si riscontra una minore omogeneità di opinioni. All'impostazione di chi afferma la ricorribilità per cassazione del provvedimento di perquisizione domiciliare<sup>16</sup>, in forza del rinvio recettizio alle garanzie prescritte per la tutela della libertà personale, operato dall'art. 14 comma 2 Cost., si contrappone la tesi negativa, basata sulla carenza di un'espressa previsione di gravame contrariamente a quanto stabilisce il principio di tassatività (art. 568 comma 1)<sup>17</sup>. Mentre con riferimento alla proponibilità del riesame, la *querelle* tra posi-

<sup>13</sup> La Corte di cassazione ha più volte rilevato che una denuncia anonima o proveniente da fonte confidenziale non può considerarsi notizia di reato idonea a dare inizio alle indagini preliminari. Pertanto, gli eventuali accertamenti disposti dal pubblico ministero per verificarne la fondatezza, si pongono fuori dalle indagini preliminari essendo sorniti di pregressa *notitia criminis*. In questo contesto l'accusa non può procedere a perquisizione, trattandosi di atto che implica e presuppone l'esistenza di indizi di reità. V. Cass., sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, in *Cass. pen.*, 1998, 2081, con nota di ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*; Cass., sez. III, 8 marzo 1995, Ceroni, in *Cass. pen.*, 1996, 1099.

<sup>14</sup> Cass., sez. V, 26 maggio 1998, Brescia, in *Cass. pen.*, 2000, 726; Cass., sez. VI, 8 febbraio 1995, Palmieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 201186; Cass., sez. V, 30 novembre 1995, Mosca, in *C.E.D. Cass.*, n. 203398; Cass., sez. I, 14 gennaio 1994, Corona, in *C.E.D. Cass.*, n. 196563; Cass., sez. VI, 6 aprile 1993, Caputi, in *C.E.D. Cass.*, n. 194374.

<sup>15</sup> BASSO, *Art. 247*, cit., 707; BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 3; CORDERO, *Procedura*, cit., 696; in giurisprudenza v. Cass., sez. III, 4 febbraio 2000, Grova ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 216573; Cass., sez. V, 27 novembre 1995, Melillo, in *Cass. pen.*, 1996, 1936.

<sup>16</sup> BASSO, *Art. 247*, cit., 707; BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., 3; CORDERO, *Procedura*, cit., 696; D'ALESSIO, *Art. 14 Cost.*, in *Commento breve alla costituzione coordinato da*, Crisafulli-Paladin, Padova, 1990, 90.

<sup>17</sup> FORTUNA-DRAGONE, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4ª ed., Padova, 1995, 394. La Corte di cassazione ha ritenuto sempre inoppugnabile il decreto di perquisizione locale, cfr. Cass., sez. III, 23 ottobre 2002, Incastrone, in *C.E.D. Cass.*, n. 222857; Cass., sez. V, 19 dicembre 2000, Bellomo, in *C.E.D. Cass.*, n. 218973; Cass., sez. V, 8 marzo 1999, Gasperini, in *C.E.D. Cass.*, n. 213346; Cass., sez. V, 13 luglio 1998, Brescia, in *C.E.D. Cass.*, n. 212031; Cass., sez. I, 19 gennaio 1994, Frignani, in *C.E.D. Cass.*, n. 196653.

zioni assolutamente negative<sup>18</sup>, fondate sul principio di tassatività delle impugnazioni, e quelle più permissive, che ammettono l'esperibilità del gravame *de quo* allorquando la perquisizione è finalizzata al sequestro, stante la interdipendenza dei due mezzi di ricerca della prova<sup>19</sup>, è stata risolta dalle sezioni unite<sup>20</sup>, che hanno avallato quest'ultimo orientamento, anche se successivamente non sono mancate pronunce in senso contrario<sup>21</sup>. Sono state anche sollevate questioni di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 247 nella parte in cui non consente il ricorso a tale mezzo di impugnazione avverso i provvedimenti di perquisizione locale, questioni che, però, sono state dichiarate manifestamente infondate<sup>22</sup>.

### 3. La richiesta di consegna come alternativa alla perquisizione

Il legislatore dopo aver richiamato nel 1° comma dell'art. 248 la normativa generale che evita, nei limiti del possibile, l'atto fortemente invasivo, qual è la perquisizione, focalizza l'attenzione, nel 2° comma, sulla particolare attività di ricerca presso gli istituti bancari.

L'art. 248 prevede in alternativa alla perquisizione locale, nonché a quella personale, la richiesta di consegna di cosa determinata, che, sotto la vigenza del codice abrogato, valeva solo per quella personale. L'estensione è ispirata al *favor* per la tutela del domicilio, *favor* che però risulta attenuato dal fatto che il legislatore ha utilizzato la locuzione «può», lasciando così all'autorità giudiziaria<sup>23</sup> se optare per la

<sup>18</sup> Cass., sez. I, 19 gennaio 1994, Frignani, in *Riv. pen.*, 1995, 479; Cass., sez. I, 21 gennaio 1992, Miele, in *C.E.D. Cass.*, n. 191125.

<sup>19</sup> La Corte di cassazione ha rilevato che in tale ipotesi la normativa del riesame sul sequestro consente al giudice di valutare la legittimità della perquisizione, cfr. Cass., sez. V, 27 dicembre 1995, Melillo, in *Cass. pen.*, 1996, 1936; Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, Perri, in *C.E.D. Cass.*, n. 200052; Cass., sez. V, 13 settembre 1990, Vecchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 185308.

<sup>20</sup> V. Cass., sez. un., 20 novembre 1996, Bassi, in *C.E.D. Cass.*, n. 206656.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., sez. III, 4 febbraio 2000, Grova S. ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 216574; Cass., sez. V, 4 aprile 2000, Peluso, in *C.E.D. Cass.*, n. 216365; Cass., sez. V, 19 dicembre 2000, Bellomo, in *C.E.D. Cass.*, n. 218973; Cass., sez. V, 21 gennaio 1999, Gasperini, in *Cass. pen.*, 2000, 3102.

<sup>22</sup> V. Cass., sez. III, 27 giugno 2003, Berti, in *C.E.D. Cass.*, n. 226506; Cass., sez. III, 15 ottobre 2002, Scarpa ed altri, in *C.E.D. Cass.* n. 222908.

<sup>23</sup> L'alternativa è consentita anche agli ufficiali di polizia giudiziaria nell'atto delegato o *motu proprio*, così CORDERO, *Procedura*, cit., 829. L'esecuzione della perquisi-

procedura *de qua* o per la perquisizione. Inoltre, anche se la cosa ricercata dovesse essere consegnata, nulla esclude la possibilità di procedere a perquisizione. L'autorità giudiziaria può ugualmente disporla se la ritiene utile per «la completezza delle indagini». Tuttavia qualcuno ha osservato che quest'ultima espressione restringe notevolmente il potere attribuito all'autorità giudiziaria, poiché gli consente di perquisire solo «ai fini del procedimento in corso e non anche per ulteriori motivi non strettamente connessi con le indagini in svolgimento»<sup>24</sup>. La scelta, comunque, compete unicamente all'autorità giudiziaria, la sola in grado di valutare compiutamente la completezza o meno delle indagini, e della quale deve darne conto in un autonomo provvedimento motivato oppure nel verbale redatto durante lo svolgimento delle operazioni. Pertanto, non legittimati sarebbero gli ufficiali di polizia giudiziaria *ex art.* 247 comma 3, i quali, una volta ottenuta la cosa ricercata, non potrebbero mai procedere ugualmente alla perquisizione<sup>25</sup>. Su posizioni opposte si colloca quella dottrina che riferisce siffatta «completezza» all'atto e non «alle valutazioni complessive formulabili dal pubblico ministero indagante»<sup>26</sup>.

L'art. 248 comma 2 prevede una attività prodromica alla perquisizione. Essa consiste nell'esame, ad opera dell'autorità giudiziaria o degli ufficiali di polizia da essa delegati<sup>27</sup>, di atti, documenti e corrispondenza della banca, per rintracciare le cose da sottoporre a sequestro o per accertare altre circostanze utili per le indagini. Si tratta di un ordine di esibizione volto a contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, acquisire notizie utili al procedimento, dall'altro, tutelare l'in-

---

zione, proprio perché incide su principi di portata costituzionale, dovrebbe considerarsi come *extrema ratio*, da utilizzare allorquando tutti gli altri mezzi si sono rivelati infruttuosi: così BASSO, *Art. 248*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 708.

<sup>24</sup> Così, BASSO, *Art. 248*, cit., 710.

<sup>25</sup> TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Torino, 1991, 266.

<sup>26</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 828.

<sup>27</sup> La norma di cui all'art. 248 comma 2, ha una portata più ampia poiché la facoltà riconosciuta all'autorità giudiziaria viene attribuita anche agli ufficiali di polizia senza nessuna limitazione in ordine alla natura del reato per cui si procede così come avveniva, invece, sotto la vigenza del codice Rocco ove si prevedeva la delega di tali attività per verificare indizi o accertare reati di terrorismo, di eversione dell'ordine democratico nonché di criminalità organizzata. Sul punto v. SANTACROCE, *Accertamenti, perquisizioni e sequestri presso banche: il superamento della riserva di giurisdizione e l'evoluzione della disciplina*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 727.

teresse alla riservatezza degli istituti bancari<sup>28</sup>. La richiesta di consegna o di esibizione del materiale bancario, in relazione all'esistenza di cassette di sicurezza o di libretti al portatore, è un provvedimento perfettamente legittimo e, non costituendo un'ipotesi di sequestro probatorio, in quanto ha una finalità solamente conoscitiva e non ablativa, non è soggetto a riesame<sup>29</sup>.

A seguito del rifiuto di esibizione della banca, lo strumento che il legislatore ha predisposto per superare l'*impasse*, è rappresentato dalla perquisizione. Si tratta di una forma particolare di perquisizione locale, poiché il presupposto dell'accertamento di altre circostanze utili ai fini delle indagini è sicuramente peculiare rispetto a quelli previsti dall'art. 247 comma 1<sup>30</sup>.

Non sembra, poi, che la perquisizione possa essere delegata agli ufficiali di polizia giudiziaria, essendo detto potere riservato alla sola autorità giudiziaria. Difatti, la norma espressamente prevede che «l'autorità giudiziaria procede a perquisizione»<sup>31</sup>. Questa conclusione, è in linea con il principio generale della delegabilità della perquisizione *ex* art. 247 comma 3, poiché non vi è alcuna deroga espressa, in tal senso, nell'art. 248. Per fugare ogni dubbio, il legislatore avrebbe dovuto

<sup>28</sup> TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., 264; BASSO, *Art. 248*, cit., 711.

<sup>29</sup> V. Cass., sez. VI, 5 settembre 2003, Bonaduce, in *C.E.D. Cass.*, n. 226753; Cass., sez., III, 24 novembre 1999, Dell'Utri, in *C.E.D. Cass.*, n. 214812; Cass., sez. III, 1 ottobre 1996, Olivetti, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 904; Cass., sez. V, 30 giugno 1995, Catastini, in *Cass. pen.*, 1996, 887, con nota di SPANGHER, *Banche: richiesta di consegna ed istanza di riesame*, il quale evidenzia come la consegna della cosa all'autorità giudiziaria determina la sua sottrazione alla libera disponibilità del soggetto, pertanto la consegna è un atto complesso che racchiude, se portata a termine, sia la perquisizione sia il successivo sequestro. Da ciò ne discende la possibilità di esperire avverso il provvedimento *de quo*, la procedura di controllo di cui all'art. 257. Cfr., altresì, Cass., sez. VI, 14 luglio 1995, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 1996, 2328.

<sup>30</sup> BASSO, *Art. 248*, cit., 713.

<sup>31</sup> In tal senso CORDERO, *Procedura*, cit., 828; GREVI, *Prove*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2003, 324; NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, cit., 291; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 287; SANTACROCE, *Accertamenti, perquisizione e sequestri presso banche*, cit., 73, l'autore, per avvalorare la tesi della non delegabilità, fa perno sulla locuzione «procede» utilizzata dal legislatore, invece della locuzione «può procedere», impiegata per indicare i presupposti di un intervento «*lato sensu* coercitivo». Cfr. altresì BASSO, *Art. 248*, cit., 714, il quale mette in luce che la *ratio* di tale riserva assoluta di giurisdizione appare «piuttosto scura», considerando che una simile limitazione determinerebbe una eccessiva dilatazione dei tempi dell'esecuzione della perquisizione che potrebbe così incidere sull'esito positivo dell'attività posta in essere.

utilizzare l'avverbio «personalmente», così come emerge dall'art. 103 comma 4, ove risulta la indelegabilità dell'atto *de quo*<sup>32</sup>.

#### 4. Perquisizione personale

Nella perquisizione personale, l'attività di ricerca è diretta all'impossessamento di elementi probatori quando vi è «fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato». Il termine «persona» non viene utilizzato come sinonimo di «corpo umano», per cui trattasi sempre di perquisizione personale quella effettuata su oggetti, quali abiti, portafogli, borse, valige, che vengono adoperati nella vita di relazione sociale<sup>33</sup>. Rispetto alla previsione del codice abrogato, il legislatore ha attuato il principio di equipollenza tra le diverse forme di perquisizione in relazione alla conoscibilità dell'atto che verrà posto in essere. Infatti, l'art. 249 comma 1 prevede che, prima di procedere alla perquisizione, sia consegnato all'interessato una copia del decreto, avvisandolo della facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, purché prontamente reperibile ed idonea ad intervenire quale testimone ad atti processuali, così come dispone l'art. 120. La consegna di tale provvedimento risponde ad una *ratio* ben precisa: la perquisizione, essendo un atto che incide sulla libertà personale del perquisito, impone che quest'ultimo venga debitamente informato della lesione che si arrecherà alla sua sfera più intima<sup>34</sup>. Soggetto passivo<sup>35</sup> della perquisizione può essere qualsiasi

<sup>32</sup> V. COCUZZA, *Il segreto bancario tra vecchio e nuovo rito penale*, in *Bancaria*, 1992, 43; SETTE, *Perquisizioni e sequestro presso le banche tra vecchio e nuovo codice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 323.

<sup>33</sup> Così CORDERO, *Procedura* cit., 825; BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 490; BELLANTONI, *Perquisizioni*, cit., 4; BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, cit., 309.

<sup>34</sup> BASSO, *Art. 249*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 715.

<sup>35</sup> Se la persona che deve subire la perquisizione è un infermo di mente o un minore, la consegna della copia del decreto, proprio perché trattasi di una persona che non solo non potrebbe rendersi pienamente conto della legittimità o meno dell'intrusione operata nella sua libertà personale, ma, soprattutto, perché potrebbe non essere in grado di esercitare le altre facoltà riconosciutegli dall'art. 249 comma 1, deve essere effettuata ad un sostituto idoneo a riceverla e cioè al curatore speciale o al genitore esercente la patria potestà. Cfr. BASSO, *Art. 249*, cit., 716; BALDUCCI, *Perquisizioni*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 983.

persona, non necessariamente l'imputato o l'indagato: difatti, l'art. 249 utilizza l'espressione generica «interessato» quale destinatario della consegna ivi prevista. Ne sono esclusi solamente coloro che godono dell'immunità diplomatica o consolare, i membri del Parlamento nazionale ed europeo, i giudici della Corte costituzionale<sup>36</sup>. In particolare, l'art. 68 comma 2 Cost. ammette le perquisizioni nei confronti dei parlamentari, qualora le autorizzi la Camera competente. L'autorizzazione, invece, non è necessaria se il membro del Parlamento è colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

L'autorità procedente ha altresì l'obbligo di avvisare l'interessato che ha facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, purché prontamente reperibile ed idonea ad intervenire come testimone ad atti del processo. Quest'ultima riveste la funzione di «garante processuale» della regolarità dello svolgimento dell'atto e potrebbe essere successivamente sentita come testimone. La norma non richiede che la persona debba essere sul posto ma che la stessa sia prontamente reperibile. Ciò significa che tra il momento in cui viene dato l'avviso e quello della materiale esecuzione della perquisizione vi sarà un lasso di tempo ragionevole, lasciato comunque alla valutazione discrezionale dell'organo procedente, per consentire al soggetto di far pervenire sul luogo il fiduciario<sup>37</sup>.

In virtù dell'art. 249 comma 2 la perquisizione va eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto<sup>38</sup>. In attuazione di tale principio, il legislatore ha imposto che le operazioni di perquisizione personale, siano espletate da persona dello stesso sesso del soggetto passivo. Il divieto non opera per gli esercenti la professione sanitaria ed è derogabile nei casi di impossibilità e di urgenza assoluta. L'aggettivo «assoluta» consente di far espletare l'atto a persone di sesso diverso da quella del perquisendo solo a

---

<sup>36</sup> Cfr. art. 3 comma 2 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1; artt. 29 e ss. e 41 convenzioni stipulate a Vienna il 18 aprile 1961 e il 24 marzo 1963 e ratificata con l. 3 maggio 1966, n. 437; art. 10 Protocollo relativo alla comunità europea, firmato a Bruxelles l'8 aprile 1965 e ratificato con l. 3 maggio 1966, n. 437.

<sup>37</sup> BASSO, *Art. 249*, cit., 720; BARGIS, *Perquisizione*, cit., 494.

<sup>38</sup> L'espressione utilizzata dal legislatore nell'art. 249 comma 2 è fortemente criticata dalla dottrina alla quale, dopo aver evidenziato che tra pudore e dignità esiste un rapporto di *species* a *genus*, risulta incomprensibile che il legislatore abbia garantito una tutela piena alla dignità del perquisito, mentre la stessa sarebbe affievolita in relazione al pudore. V. BASSO, *Art. 249*, cit., 722; BALDUCCI, *Perquisizioni*, cit., 982.

fronte della perentoria indifferibilità della sua esecuzione, indifferibilità che si realizza solo qualora possa derivare un pregiudizio all'acquisizione della fonte di prova<sup>39</sup>.

## 5. Perquisizioni locali e miste

L'art. 250 disciplina la perquisizione locale, ove l'attività di ricerca è concepita non solo in funzione probatoria, ma anche in funzione coercitiva, potendo essere diretta all'arresto dell'imputato o dell'evaso<sup>40</sup>. Ai sensi dell'art. 61, che estende alla persona sottoposta ad indagini non solo i diritti e le garanzie dell'imputato, ma ogni altra disposizione ad esso relativa, «salvo che sia diversamente stabilito», è da ritenere che l'art. 250 debba essere applicato anche all'indagato. Del resto, sostenendo che il legislatore si è solo riferito alla figura dell'imputato, il mezzo di ricerca della prova in oggetto non sarebbe adottabile nelle indagini preliminari, ove, invece, si profila come tipico<sup>41</sup>. La perquisizione può essere esperita in qualsiasi luogo sia o meno appartenente all'imputato/indagato o all'evaso<sup>42</sup>. Il concetto di luogo non coincide con quello di domicilio, inteso come «abitazione» o «luogo chiuso adiacente ad essa» poiché in tal caso si configurerebbe l'ipotesi di perquisizione domiciliare *ex art.* 251, ma è un'entità spaziale più ampia. Si tratta cioè di «spazi chiusi (anche se scoperti), su cui qualcuno abbia un diritto esclusivo»<sup>43</sup>. Il luogo dove eseguire la perquisizione deve essere ben determinato. Ciò non significa però, come evi-

<sup>39</sup> BELLANTONI, *Urgenza e perquisizione*, cit., 315.

<sup>40</sup> Una volta disposta la perquisizione locale, anche in assenza di una indicazione specifica nel provvedimento, si può procedere a rilievi fotografici dei luoghi e delle operazioni svolte. Infatti, l'esecuzione della perquisizione comprende l'attività di ispezione, di documentazione, e la fotografia, mezzo tecnico idoneo a fissare ed a promulgare la visione, altro non è che una modalità in cui può atteggiarsi la doverosa descrizione dei luoghi perquisiti: così Cass., sez. II, 22 maggio 1997, Acampora, in *C.E.D. Cass.*, n. 208076.

<sup>41</sup> BARGIS, *Perquisizione*, cit., 491; BASSO, *Art. 249*, cit., 706.

<sup>42</sup> Anche per la perquisizione locale vigono delle immunità che non consentono l'espletamento dell'atto presso le sedi diplomatiche o di organizzazioni internazionali, gli archivi consolari, le abitazioni dei membri del Parlamento nazionale ed europeo, le abitazioni dei giudici della Corte costituzionale: cfr. BARGIS, *Perquisizione*, cit., 491.

<sup>43</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 828.

denzia la giurisprudenza<sup>44</sup>, che sia necessario specificare nel decreto città, via, numero civico, essendo sufficiente che vengano forniti elementi tali da consentire di individuare con esattezza l'ambito locale nel quale dovrà svolgersi la perquisizione.

In ordine alla modalità di esecuzione, l'art. 250 prevede degli adempimenti analoghi a quelli stabiliti per la perquisizione personale. Pertanto, preliminarmente l'autorità procedente deve consegnare copia del decreto di perquisizione all'imputato/indagato, se presente, e, qualora non si tratti della stessa persona, a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo ove eseguire la misura. Deve essere avvisato oralmente della facoltà di farsi rappresentare o assistere da una persona di fiducia, purché prontamente reperibile ed idonea *ex art.* 120. La norma *de qua* legittima, quindi, l'intervento della persona di fiducia non solo in qualità di assistente, ma anche come rappresentate, consentendogli di presenziare all'atto in sostituzione dell'imputato. L'avviso, però, non deve essere dato allorché alla perquisizione procede la polizia giudiziaria nella flagranza di reato<sup>45</sup>. Proprio perché per lo svolgimento della perquisizione locale, a differenza di quella personale, non è obbligatoria la presenza dell'imputato, la giurisprudenza ha affermato che la polizia giudiziaria delegata al compimento dell'atto, non è tenuta ad assicurare la presenza dell'imputato, che trovandosi sul posto in stato di arresto, non lo richieda espressamente<sup>46</sup>.

In mancanza delle persone di cui all'art. 250 comma 1, la copia è consegnata e l'avviso è rivolto ad un congiunto, un coabitante o un collaboratore ovvero, in mancanza di costoro, al portiere o a chi ne fa le veci. In quest'ultimo caso, per esigenze di riservatezza, la consegna dovrà essere effettuata in plico chiuso, con relazione di notifica scritta all'esterno. Qualora, poi, non sia possibile provvedere a norma dell'art. 250 comma 2, occorre depositare la copia del decreto presso la cancelleria o segreteria dell'autorità procedente, con avviso affisso alla

---

<sup>44</sup> Cass., sez. V, 15 dicembre 1994, Patichio, in *Cass. pen.*, 1996, 1539, con nota di IANNONE, *Sulle condizioni legittimanti la perquisizione domiciliare*.

<sup>45</sup> Così Cass., sez. VI, 22 maggio 1995, Mozzanti, in *C.E.D. Cass.*, n. 202590.

<sup>46</sup> V. Cass., sez. VI, 22 giugno 1992, Di Giorgio, in *C.E.D. Cass.*, n. 192519, la quale ha altresì sancito che nessuna nullità si verifica quando il decreto di perquisizione viene consegnato all'imputato senza traduzione nella sua lingua. Infatti, tale invalidità non si può ricavare né dall'art. 143 che prevede solamente il diritto dell'imputato, che non conosce la lingua, di farsi assistere da un interprete quando gli viene formulata l'accusa per consentirgli di comprenderla, né dagli artt. 169 comma 3 e 63 disp. att.

porta del luogo in cui è stata effettuata la perquisizione: ciò per garantire, all'interessato, di venire a conoscenza del provvedimento eseguito nei suoi confronti.

L'autorità giudiziaria, durante lo svolgimento della perquisizione locale, ha la facoltà di perquisire anche «le persone presenti o sopraggiunte», qualora vi sia il fondato motivo di ritenere che possano occultare il corpo del reato o cose pertinenti al reato. Si è parlato, pertanto, di «perquisizione mista»<sup>47</sup>. Si tratta di un atto autonomo rispetto alla perquisizione locale e come tale necessita di un nuovo decreto motivato da consegnare all'interessato con tutti gli avvertimenti previsti dall'art. 249 comma 1, prima di procedere alla perquisizione personale<sup>48</sup>. La legittimazione dell'atto compete in modo esclusivo all'autorità giudiziaria. Da ciò deriva che qualora la perquisizione locale sia stata delegata alla polizia giudiziaria, la stessa non può procedere alla perquisizione personale se non previo atto autorizzativo del magistrato.

La giurisprudenza ha, poi, correttamente ritenuto che la possibilità di «perquisire anche le persone che sono presenti all'espletamento dell'atto o quelle che sopraggiungono nel corso dello stesso non trasforma i terzi estranei alle indagini in persone indagate»<sup>49</sup>.

Il legislatore del 1988 ha riprodotto nell'art. 250 comma 3, seconda parte, una ulteriore restrizione della libertà personale di competenza della sola autorità giudiziaria, la quale può disporre che taluno non si allontani prima che le operazioni di perquisizione siano concluse: il trasgressore è trattenuto o riportato coattivamente sul posto. Proprio perché il potere *de quo*, conferito al giudice e al pubblico ministero dagli artt. 131 e 378, incide, anche se per il tempo strettamente necessario al compimento dell'atto, sulla libertà personale, deve essere motivato, senza la necessità però di un apposito provvedimento, essendo sufficiente l'enunciazione dei motivi nel verbale di perquisizione.

<sup>47</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 829.

<sup>48</sup> BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., 984; BASSO, *Art. 250-251*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 725; BARGIS, *Perquisizione*, cit., 495.

<sup>49</sup> Cass., sez. VI, 10 maggio 1991, Zumpano, in *Giur. it.*, 1992, II, 225.

## 6. Perquisizione domiciliare

Nell'ambito della perquisizione locale, il legislatore ha ritagliato una disciplina ad *hoc* per la *species* della perquisizione domiciliare, che consente di svolgere l'attività perquirente nell'abitazione o nelle immediate adiacenze della stessa. La nozione di domicilio viene fatta generalmente coincidere con quella delineata nell'art. 614 c.p.<sup>50</sup>. La dottrina ha ritenuto che la locuzione «luoghi chiusi adiacenti» vada intesa in senso lato, includendovi ogni "appartenenza" dell'edificio, poiché, in caso contrario, vi rientrerebbero solo i locali confinanti con l'abitato sul piano orizzontale e sarebbero esclusi, invece, ripostigli, soffitte, cantine, verticalmente contigui o separati da qualunque discontinuità<sup>51</sup>. Quanto alla perquisizione sui mezzi di trasporto, in specie sull'automobile, è controverso se debba considerarsi perquisizione personale ovvero domiciliare. Come già sotto la vigenza del codice abrogato, la dottrina<sup>52</sup> propende per la prima soluzione, mentre la giurisprudenza ritiene che l'abitacolo dell'autovettura posteggiata presso il domicilio o nella disponibilità dell'imputato, non differenziando funzionalmente la struttura di tale abitacolo da qualsiasi altro luogo chiuso idoneo a ricevere ed occultare cose comunque attinenti al reato, vada ricompreso nella nozione di luogo chiuso adiacente all'abitazione dell'interessato e, pertanto, rientrante nelle perquisizioni domiciliari<sup>53</sup>.

La perquisizione domiciliare deve essere svolta entro precisi limiti temporali: per l'esattezza non vi si può procedere prima delle sette del mattino, né dopo le otto di sera. L'art. 251 comma 1 ancora tali limiti all'inizio delle operazioni, da ciò discende che le operazioni avviate in ore consentite possono protrarsi anche nelle ore notturne. La violazione delle prescrizioni temporali, tuttavia, non comporterebbe né la nullità generale, poiché la fattispecie non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi previste dall'art. 178 comma 1 lett. c, né l'inutilizzabilità trat-

---

<sup>50</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 828. Per un'analisi, della materia, sotto la vigenza del codice abrogato v. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., 136; BELLANTONI, *Le perquisizioni nella disciplina del codice di procedura penale*, cit., 31; SPIZUOCO, *La nozione di domicilio nell'art. 224 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1970, III, 526; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, 23.

<sup>51</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 829.

<sup>52</sup> BARGIS, *Perquisizione*, cit., 490; CORDERO, *Procedura*, cit., 826.

<sup>53</sup> Cass., sez. I, 5 novembre 1991, Deagustini, in *Cass. pen.*, 1991, 952.

tandosi di limiti concernenti le modalità esecutive e, pertanto, esula dalla sfera di applicazione dell'art. 191<sup>54</sup>.

Resta salva la facoltà dell'autorità giudiziaria di procedere a perquisizione domiciliare anche fuori dagli orari consentiti nei casi di urgenza. L'art. 251 comma 1 non qualifica il concetto di urgenza a differenza dell'art. 352 comma 3, il quale, in materia di perquisizioni ad iniziativa della polizia giudiziaria, lo specifica nel disposto secondo cui il ritardo «potrebbe pregiudicare» l'esito della perquisizione<sup>55</sup>. Tale criterio interpretativo, tuttavia, dovrebbe valere anche per la misura dell'autorità giudiziaria. Pertanto, l'esigenza di tutelare la pace domestica notturna, comporta che si possa procedere a perquisizione al di fuori degli orari consentiti solo quando il suo differimento implichi l'intensa e concreta probabilità di veder frustrato lo scopo a cui essa è diretta<sup>56</sup>. L'urgenza, deve risultare debitamente motivata o nel decreto di perquisizione o in un successivo ordine scritto e la valutazione deve essere *ex ante*, cioè al momento dell'emissione del provvedimento. Sulla stessa lunghezza d'onda si è posizionata la giurisprudenza la quale ha ritenuto che sulla legittimità dello stesso non influisce il comportamento successivo della polizia giudiziaria, anche se, negligente<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> DUBOLINO-BAGLIONE-BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale, illustrato per articolo*, Padova, 1992, 657; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 445. *Contra*, BASSO, *Art. 252*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 730; NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 151, individuandosi un divieto attinente «alle forme di acquisizione probatoria».

<sup>55</sup> BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, cit., 313.

<sup>56</sup> Singolare è l'impostazione dottrinale che ritiene, necessario nel caso di perquisizione eseguita fuori dagli orari di cui all'art. 251 comma 1, dover accertare, oltre all'urgenza, anche «l'indispensabilità della perquisizione stessa nel contesto generale del procedimento»: BASSO, *Artt. 250-251*, cit., 727.

<sup>57</sup> V. Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, Perri, in *Arch. n. proc. pen.*, 1195, 711; Cass., sez. VI, 22 gennaio 1991, Silvestri, in *Cass. pen.*, 1992, 1174. Nella fattispecie concreta il ricorrente si era lamentato che il decreto di perquisizione, emesso in deroga ai limiti temporali, sarebbe stato nullo poiché l'esecuzione avvenuta cinque giorni dopo l'emissione, dimostrerebbe l'assenza dello stato di urgenza che legittima la deroga temporale.

## 7. Perquisizioni nel corso delle indagini preliminari: ad iniziativa della polizia giudiziaria

L'art. 352 disciplina le perquisizioni ad iniziativa della polizia giudiziaria, traducendo il dettato dell'art. 13 comma 3 Cost. secondo cui «l'autorità di pubblica sicurezza» è autorizzata ad adottare, in «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge», provvedimenti provvisori di perquisizione.

Legittimati al compimento dell'atto sono solo gli ufficiali di polizia giudiziaria (art. 352 comma 1) e nei casi di «particolare necessità» ed urgenza anche gli agenti di polizia giudiziaria (art. 113 disp. att.)<sup>58</sup>.

L'attività di perquisizione svolta *motu proprio* dagli ufficiali di polizia giudiziaria richiede condizioni rigorose, specificatamente enunciate nell'art. 352, che giustifichino l'urgenza.

La norma enuclea due differenti ipotesi. La prima, contemplata nel 1° comma, consente alla polizia giudiziaria nella «flagranza di reato o nel caso di evasione» – qui l'urgenza è presunta<sup>59</sup> – di procedere a perquisizione locale o personale quando ha fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse, ovvero che tali cose o tracce – esposte al medesimo rischio<sup>60</sup> – si trovano su un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso<sup>61</sup>. La giurisprudenza dopo aver statuito che la flagranza, condizione di chi viene colto nell'atto di commettere un reato, presuppone un rapporto di contestualità fra il comportamento del reo ed il fatto percettivo dell'ufficiale di polizia giudiziaria che ordina la perquisizione, ammette, però, che quest'ultimo possa «ben risolversi ad agire per la cer-

---

<sup>58</sup> Sul concetto di urgenza utilizzato dal legislatore nell'art. 113 disp. att. v. BEL-LANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, cit., 314. La giurisprudenza ritiene che gli agenti di polizia giudiziaria, trovandosi in una situazione dagli inequivoci e oggettivi connotati di gravità ed urgenza, non hanno alcun obbligo di illustrare, nel verbale ex art. 357, l'eccezionalità del loro intervento, essendo tale eccezionalità evidenziata concretamente dalla stessa situazione operativa, cfr., Cass., sez. VI, 9 giugno 1999, Trizio, in C.E.D. Cass., n. 2143329.

<sup>59</sup> Così *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 88.

<sup>60</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 825, che estende il *periculum in mora* anche alle perquisizioni locali.

<sup>61</sup> Sul punto, sotto il vigore del codice Rocco, v., tra gli altri, GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979, 13; SCAGLIONE, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale e nelle leggi speciali*, Padova, 1987, 79.

tezza interiore derivatagli dal fatto che una persona, a lui nota come “dedita ad illecita attività”, venga vista entrare nell’abitazione sorvegliata di altro soggetto conosciuto come “spacciatore”. La circostanza poi che questa persona venga trovata con la droga, mentre sta per uscire dall’abitazione, dimostra a *posteriori* l’esistenza della flagranza»<sup>62</sup>.

Il 2° comma, invece, – ed è la seconda ipotesi – stabilisce che, se ricorrono i presupposti di cui al 1° comma e sussistono particolari motivi di urgenza che non consentono l’emissione di un tempestivo decreto, si può procedere a perquisizione locale o personale anche quando deve eseguirsi un’ordinanza di custodia cautelare o un ordine di carcerazione nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti che consente l’arresto obbligatorio in flagranza ovvero si deve procedere al fermo di una persona indiziata di delitto<sup>63</sup>.

L’art. 352 comma 3, infine, subordina alla sussistenza del *periculum in mora*, la facoltà di procedere alla perquisizione domiciliare anche derogando ai limiti temporali fissati dall’art. 251 comma 1<sup>64</sup>.

In ordine al *modus procedenti* e alle garanzie del perquisito si intendono richiamate le disposizioni stabilite per la perquisizione locale o domiciliare disposta dall’autorità giudiziaria.

Ai sensi degli artt. 356 e 357 il difensore ha facoltà di assistere alla perquisizione, senza diritto al preavviso trattandosi di tipico atto a sorpresa. La polizia giudiziaria, però, deve avvisare la persona sottoposta ad indagini della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia (art. 114 disp. att.). La giurisprudenza ritiene, *in primis*, che non sia necessaria alcuna formula sacramentale per l’avvertimento *de quo*, pur-

<sup>62</sup> Cass., sez. VI, 8 febbraio 1993, Martino ed altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 109.

<sup>63</sup> L’urgenza prevista in tali ipotesi è di tipo qualificata poiché la norma richiede «particolari motivi (...) che non consentono la emissione di un tempestivo decreto di perquisizione». Sotto questo profilo sono state avanzate riserve in relazione all’urgenza presunta in caso di evasione, posto che ciò non implica l’impossibilità di un tempestivo intervento dell’autorità giudiziaria. Così, BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, cit., 311. *Contra v.*, in relazione però all’art. 224 comma 1 c.p.p. 1930, GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, cit., 26.

<sup>64</sup> Nell’attività di perquisizione *motu proprio* della polizia giudiziaria essendo subordinata comunque ad un’urgenza che non consente l’intervento dell’autorità giudiziaria, «appare (...) difficilmente configurabile, nella realtà pratica, la ricorrenza di ipotesi in cui detta urgenza non sia tale da legittimare, nel contempo, l’esecuzione della perquisizione domiciliare anche di notte»: BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, cit., 313.

ché, però, sia idoneo al raggiungimento dello scopo<sup>65</sup> e che l'omesso avviso determina una nullità generale a regime intermedio che deve essere eccepita dalla parte, a pena di decadenza, prima del compimento dell'atto o, quando ciò non sia possibile, immediatamente dopo<sup>66</sup>.

Della perquisizione è redatto verbale, che viene trasmesso senza ritardo, e comunque non oltre le ventiquattro ore, al pubblico ministero del luogo ove la perquisizione stessa è stata eseguita. Il titolare dell'azione penale, se ricorrono i presupposti, anche quelli attinenti al *modus operandi*<sup>67</sup>, procede, entro le quarantotto ore successive, alla convalida della perquisizione. La giurisprudenza ritiene che la perquisizione eseguita dalla polizia giudiziaria in flagranza di reato necessita di autonoma convalida da parte del pubblico ministero quando si conclude «con un verbale delle operazioni compiute, contenente gli accertamenti, le eventuali tracce raccolte ed i rilievi eseguiti»; se, invece, la perquisizione si traduce in sequestro di beni al fine di sottrarli alla disponibilità dell'indagato, la convalida del sequestro si estende alla perquisizione<sup>68</sup>.

Nel caso in cui tale convalida manchi si applica il disposto dell'art. 13 comma 3 Cost.: il provvedimento di perquisizione si intende revocato ed è privo di «effetto». Sotto quest'ultimo profilo, in dottrina le voci non sono unanimi. Una tesi ritiene che l'art. 352 non pone un divieto di acquisizione della prova e, pertanto, la mancata convalida può determinare solamente effetti disciplinari, *ex art. 16 disp att. ed eventualmente penali* (art. 609 c.p.)<sup>69</sup>; un'altra statuisce, invece, l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti dalla perquisizione<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Cass., sez. VI, 23 ottobre 1992, Torcaso, in *Cass. pen.*, 1994, 676. V. altresì Cass., sez. VI, 9 dicembre 1993, Severini, in *C.E.D. Cass.*, n. 198239, ove si precisa che non vale a sostituire la mancata documentazione dell'avviso in discorso, l'avvertimento dato all'inquisito, al momento dell'arresto, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia.

<sup>66</sup> Cass., sez. V, 2 aprile 2003, Annibaldi, in *C.E.D. Cass.*, n. 224775; Cass., sez. V, 7 luglio 1999, Dolce, in *C.E.D. Cass.*, n. 214466; Cass., sez. VI, 9 dicembre 1993, Severini, in *C.E.D. Cass.*, n. 198240; Cass., sez. VI, 10 novembre 1992, Godina, in *C.E.D. Cass.*, n. 193451; Cass., sez. I, 30 giugno 1992, Retricina, in *C.E.D. Cass.*, n. 191920.

<sup>67</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 832, il quale espressamente afferma, in relazione al provvedimento di convalida, «non è decisione a contenuto giurisdizionale, ovviamente: costata (il pubblico ministero) soltanto che l'operazione risulti o non eseguita bene».

<sup>68</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 24 gennaio 1992, Caputi, in *Giust. pen.*, 1993, III, 299.

<sup>69</sup> Così CORDERO, *Procedura*, cit., 832.

<sup>70</sup> GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 220.

Essendo la perquisizione compiuta *motu proprio* dalla polizia giudiziaria un atto non ripetibile, il verbale va inserito nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 comma 1): esso risulterà, perciò, suscettibile di lettura *ex art.* 511.

## 8. (Segue) *disposta dal pubblico ministero*

La perquisizione, avendo come elemento caratterizzante la “sorpresa”, rinviene il maggior ambito di operativa nel corso delle indagini preliminari, condotte dal pubblico ministero<sup>71</sup>. Il legislatore ha previsto tutta una serie di adempimenti quando al compimento dell’atto procede il pubblico ministero. L’art. 365, rubricato «atti ai quali il difensore ha diritto di assistere senza preavviso», prevede, infatti, delle garanzie difensive. L’organo inquirente deve chiedere alla persona sottoposta alle indagini, presente<sup>72</sup>, se sia assistita da un difensore di fiducia e, nel caso ne sia priva, designa un difensore d’ufficio. La dottrina, considerando che la perquisizione è un atto tipico di indagine, il cui risultato investigativo è direttamente collegato al fattore sorpresa, ritiene che l’incombente testé menzionato, debba essere contestuale all’esecuzione dell’atto stesso<sup>73</sup>. A sostegno di tale conclusione starebbe la locuzione utilizzata dal legislatore «quando procede al compimento». La giurisprudenza esige, per non privare il soggetto indagato ed il suo difensore dell’effettivo esercizio di quelle facoltà cui la nomina di quest’ultimo è finalizzata, che l’invito alla nomina del difensore o la sua vicaria designazione di ufficio nel caso in cui la persona sottoposta ad indagini non sia presente, debba essere effettuato «all’inizio

<sup>71</sup> Si ritiene che la perquisizione non possa rientrare nell’attività integrativa di indagine del pubblico ministero. V. Cass., sez. I, 12 aprile 1994, Bazzanella, in *Cass. pen.*, 1995, 2658; Cass., sez. I, 18 giugno 1993, Pugliese, in *Cass. pen.*, 1994, 1921.

<sup>72</sup> In relazione alla “indifferenza della presenza o meno dell’indagato” è stata sollevata una questione di illegittimità costituzionale dell’art. 365, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero, durante la perquisizione svolta in assenza dell’indagato, dia avviso delle operazioni al difensore di fiducia o d’ufficio, previa nomina di quest’ultimo, ove necessita, muovendo dal presupposto che tale avviso invece il pubblico ministero deve dare in caso di presenza del soggetto (v. Trib. Bologna, 28 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 18). La Corte ha dichiarato la questione infondata (Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 251, in *Giur. cost.*, 1990, 1525).

<sup>73</sup> SALVI, Art. 365, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, 249.

dell'esecuzione della perquisizione (...) al fine di consentirgli il concreto esercizio della facoltà di assistere al compimento dell'atto»; salvo poi aggiungere che l'assenza del difensore non condiziona il compimento dell'atto che non può restare «sospeso o bloccato in attesa del suo eventuale arrivo, ma può ugualmente aver corso»<sup>74</sup>. D'altronde, ove l'indagato avesse già nominato un difensore di fiducia, il quale non possa partecipare all'atto probatorio *de quo*, non incombe al pubblico ministero né l'onere di nominare un difensore di ufficio, *ex art.* 97 comma 3, né di designare un sostituto *ex art.* 97 comma 4<sup>75</sup>.

Il difensore ha diritto di assistere al compimento dell'atto, fermo quanto previsto dall'art. 249. Il richiamo alla disposizione citata, e non anche all'art. 250, deve essere inteso come un modo per ribadire le garanzie di rispetto della dignità e del pudore nell'eseguire l'atto<sup>76</sup>.

Può accadere che la perquisizione nei confronti dell'indagato sia il primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere. In una simile circostanza è indubbio che il soggetto sottoposto a perquisizione abbia interesse a conoscere l'esistenza di un procedimento penale a suo carico. A tale esigenza fa fronte, l'art. 369, che prevede, di regola, il dovere del pubblico ministero di inviare l'informazione di garanzia alla persona sottoposta ad indagini e alla persona offesa «solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere». Per non frustrare il connotato essenziale della perquisizione, ossia la «sorpresa», occorre, tuttavia, bilanciare le esigenze difensive con quelle inerenti al proseguimento delle indagini. Da ciò discende che l'informazione di garanzia deve essere quantomeno contestuale all'inizio delle operazioni di perquisizione<sup>77</sup>. Al riguardo, però, si fronteggiano due orientamenti giurisprudenziali, contrapposti. Il punto di maggior dissidio interessa principalmente la sussistenza o meno, in capo al pubblico ministero, dell'obbligo di far precedere o di emettere contestual-

<sup>74</sup> Cass., sez. I, 20 gennaio 1993, Mattuizzi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 627.

<sup>75</sup> Cass., sez. III, 13 gennaio 1999, Focaccio, in *C.E.D. Cass.*, n. 213157, secondo la Corte non occorre procedere alla nomina di un difensore di ufficio poiché non si è verificata la condizione posta dalla norma e cioè l'essere l'indagato privo di un difensore di fiducia e neppure designare un sostituto in quanto la perquisizione non richiede la presenza obbligatoria del difensore.

<sup>76</sup> Per una analisi della questione v. BARGIS, *Perquisizione*, cit., 498; SALVI, *Art.* 365, cit., 250.

<sup>77</sup> BARGIS, *Perquisizione*, cit., 498; BASSO, *Art.* 249, cit., 718; SALVI, *Art.* 369, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, 263.

mente al decreto di perquisizione, l'informazione di garanzia. Un indirizzio<sup>78</sup> afferma l'assoluta autonomia dell'informazione di garanzia rispetto al provvedimento di perquisizione, considerato tipico atto a sorpresa. Infatti, per le caratteristiche essenziali dell'atto, onde garantirne la sua genuinità, di esso non «va data notizia prima della sua esecuzione e durante questa il difensore ha facoltà di assistervi», pur se non preventivamente avvisato. Dalla proclamata autonomia discende che l'eventuale nullità dell'informazione di garanzia non determina l'invalidità della successiva perquisizione, essendo i due provvedimenti del tutto autonomi e non intercorre tra gli stessi quel rapporto di connessione e dipendenza causale logico – giuridica in forza del quale la nullità di un atto si trasmette ai consecutivi *ex art.* 185 comma 1.

Il diverso orientamento<sup>79</sup>, ponendo l'accento sulla fondamentale funzione di garanzia dell'informazione *ex art.* 369, ritiene, invece, che l'atto *de quo* deve precedere quello di indagine per consentire all'indagato di farsi assistere dal difensore di fiducia, ove voglia avvalersene. Tutt'al più l'informazione sarà contenuta nello stesso decreto di perquisizione, con la conseguenza che l'omissione o l'incompletezza dei suoi elementi, in questo caso genera la nullità della perquisizione *ex art.* 178 comma 1 lett. c, in quanto verrebbe precluso l'intervento del difensore di fiducia o d'ufficio al compimento dell'atto.

Sul punto sono intervenute le sezioni unite<sup>80</sup> le quali hanno statuito, *in primis*, che non sussiste nessun obbligo in capo al pubblico ministero, poiché la tipologia degli atti c.d. "a sorpresa" mal si concilia con il previo invio dell'informazione di garanzia, attesa la prevalenza della tutela circa l'autenticità della prova; e, successivamente, che nessuna incidenza può avere sulla validità dell'atto compiuto l'eventuale omissione dell'informazione stessa.

<sup>78</sup> V. Cass., sez. I, 20 maggio 1998, Molinu, in *C.E.D. Cass.*, n. 210873; Cass., sez. III, 6 marzo 1996, Mora, in *C.E.D. Cass.*, n. 204991; Cass., sez. VI, 31 ottobre 1996, Testolin, in *C.E.D. Cass.*, n. 207727; Cass., sez. II, 10 ottobre 1995, Senzio, in *Giust. pen.*, 1997, III, 107; Cass., sez. III, 16 novembre 1995, Ricci, in *Cass. pen.*, 1997, 455; Cass., sez. III, 28 maggio 1993, De Colombi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 299.

<sup>79</sup> Cass., sez. V, 2 aprile 1998, Addezio, in *C.E.D. Cass.*, n. 210994; Cass., sez. II, 28 ottobre 1997, Cesetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 209927; Cass., sez. III, 26 aprile 1996, Beltrami, in *Giur. pen.*, 1997, III, 443; Cass., sez. III, 4 maggio 1994, Zaccaro, in *Cass. pen.*, 1996, 257; Cass., sez. V, 3 settembre 1993, De Angelis, in *C.E.D. Cass.*, n. 195836; Cass., sez. III, 9 aprile 1992, Gerace, in *Giur. it.*, 1993, II, 98.

<sup>80</sup> Cass., sez.un., 23 febbraio 2000, Mariano, in *Cass. pen.*, 2000, 2225.

Il difensore che assiste alla perquisizione, non può, alla pari, di tutti gli altri partecipanti, fare segni di approvazione o disapprovazione, che potrebbero pregiudicare i risultati dell'atto: può, invece, interloquire con il pubblico ministero presentando richieste, osservazioni e riserve delle quali è fatta menzione nel verbale. Il verbale viene depositato *ex art.* 366 entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto, presso la segreteria del pubblico ministero; del relativo deposito deve essere immediatamente informato, tramite notifica, il difensore – al quale non è a lui dovuto l'avviso del compimento dell'atto – che può, nei cinque giorni successivi, prenderlo in esame ed estrarne copia.

## 9. Perquisizioni negli uffici del difensore

La perquisizione nello studio professionale del difensore trova specifica regolamentazione nell'art. 103. Essa è ammessa in due sole ipotesi, e ciò è indicativo della sua natura eccezionale<sup>81</sup>. Anzitutto, è consentita quando i difensori o altre persone che lavorano stabilmente nello stesso ufficio sono imputati, fermo restando che gli atti in questione devono essere esclusivamente finalizzati all'accertamento del reato loro attribuito. Alla posizione giuridica dell'imputato viene equiparata, ai sensi dell'art. 61, quella della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini<sup>82</sup>.

Tra chi «stabilmente esercita l'attività» andrebbero ricompresi gli impiegati, i collaboratori autonomi, i colleghi che partecipano alle spese dello studio ovvero gli associati. La previsione riguarda solamente i locali condivisi da tutti, rimanendo esclusi quei luoghi dell'ufficio che sono frequentati soltanto da soggetti non imputati<sup>83</sup>.

Si può altresì procedere a perquisizione – ed è la seconda ipotesi – quando si tratta di rilevare tracce o altri effetti materiali del reato ovvero di ricercare cose o persone specificatamente predeterminate. Al fine di non allargare troppo, in quest'ultimo caso, l'ambito di investigazione, si ritiene che l'oggetto della perquisizione debba essere circoscritto al reato per il quale è imputato/indagato il titolare dello studio

<sup>81</sup> BALDUCCHI, *Perquisizione*, cit., 985.

<sup>82</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 298.

<sup>83</sup> FRIGO, *Art. 103*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, I, Milano, 1989, 659.

o gli altri soggetti che ivi svolgono la propria attività<sup>84</sup>. Viceversa, chi ammette che non vi sia nessun legame tra la lett. *a* e la lett. *b* dell'art. 103 consente la perquisizione, sia pure nei limiti dell'oggetto ivi definito, anche quando il difensore non sia né imputato, né sottoposto alle indagini, nel procedimento in cui gli atti stessi si rendono necessari<sup>85</sup>. Sotto il profilo dell'oggetto (art. 247 comma 1) l'attività perquisitoria *de qua* sembra più ristretta, poiché non ammette perquisizioni generiche. Infatti, presso gli uffici dei difensori la misura mira a ricercare persone e cose specificatamente determinate, realizzando così l'intento di «contenere nello stretto necessario il sacrificio della libertà del domicilio professionale del difensore»<sup>86</sup>. Va, tuttavia, precisato che l'art 103 comma 2 stabilisce un ulteriore limite alla perquisizione, con riguardo alla ricerca di cose, derivante dal divieto di sequestrare carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato. Dato che la perquisizione ha come finalità il sequestro, la stessa non sarebbe legittima, ove fosse orientata a ricercare cose non sequestrabili<sup>87</sup>. In un'ottica differente si è posizionata la giurisprudenza di legittimità<sup>88</sup> che ha sottolineato come la norma non prevede alcun limite, in relazione al materiale da ricercare: si può procedere a perquisizione anche per acquisire elementi che, pur non costituendo corpo del reato, abbiano comunque un nesso funzionale con l'accertamento dei fatti dedotti nell'imputazione. Né può ritenersi, secondo la Corte, che l'attività di ricerca *de qua* possa essere *ex ante* condizionata dal divieto di sequestro di cose e documenti attinenti alla difesa, di cui è ammessa l'apprensione solo se costituenti il corpo del reato, che viene in rilievo dopo il materiale reperimento degli elementi di prova. Dubbi interpretativi sono sorti in relazione al momento in cui far scattare i limiti ai poteri inquirenti. Nella giurisprudenza della Corte di cassazione si contrappongono due orientamenti. L'uno ritiene

<sup>84</sup> CRISTIANI, *Art. 103*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, I, Torino, 1989, 473; DE PIETRO, *Ispersioni perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 662.

<sup>85</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 298; FRIGO, *Art. 103*, cit., 658; RAMAJOLI, *Riflessioni sulla perquisizione e sul sequestro di carte e documenti compiuti presso uno studio legale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2024.

<sup>86</sup> FRIGO, *Art. 103*, cit., 660.

<sup>87</sup> FRIGO, *Art. 103*, cit., 660.

<sup>88</sup> Cass., sez. II, 22 maggio 1997, Acampora, in *Cass. pen.*, 1998, 842, con nota di CIANI, *Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore*.

che le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 sono riferibili al solo professionista che ha assunto l'ufficio di difensore nel procedimento nel quale le investigazioni sono disposte. A sostegno di tale tesi si invoca la *sedes materiae*: l'art. 103 essendo inserito nel libro primo del codice, trova un limite nel rapporto che lega l'investigato al proprio patrocinatore<sup>89</sup>. L'altro, invece, basandosi sulla lettera dell'art. 103, che adopera il termine difensore in senso lato, come sinonimo di professionista che assume o ha assunto la difesa, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto con una parte nel procedimento per cui si procede, giunge alla conclusione opposta. Ritiene, infatti, che le garanzie si estendono a tutti i casi in cui la perquisizione viene eseguita nell'ufficio di un professionista, iscritto all'albo degli avvocati, con il quale l'indagato viene o è venuto in contatto per ragioni connesse alla difesa, anche al di fuori del procedimento<sup>90</sup>. Il secondo indirizzo è stato avallato dalle sezioni unite<sup>91</sup>, le quali dopo aver fatto leva sull'assetto letterale della previsione, che dimostra come l'art. 103 prende in considerazione l'attività difensiva e non «il rapporto istaurato nel procedimento in cui sono compiuti gli atti di ricerca della prova», mette in luce che è soprattutto la funzione svolta dalle garanzie apprestate dalla norma «a rendere irragionevole una differenziazione di disciplina a seconda del procedimento nel quale vengono compiuti gli atti che incidono sul rapporto tra parte e difensore». Le sezioni unite hanno poi precisato che i limiti statuiti nell'art. 103 commi 1, 2 e 3, che si riferiscono ai soli atti disposti dall'autorità giudiziaria, non riguardano l'ipotesi in cui, flagrante il reato presso lo studio legale, la polizia giudiziaria proceda a perquisizione. Non sfugge, però, come in tal caso, la convalida successiva del pubblico ministero diventi legittima, nonostante che quest'ultimo organo sia general-

<sup>89</sup> Cass., sez. II, 5 aprile 1995, Scialpi, in *Giust. pen.*, 1996, III, 221; Cass., sez. VI, 22 gennaio 1991, Grassi, in *Cass. pen.*, 1991, 721.

<sup>90</sup> Cass., sez. VI, 27 ottobre 1992, Gemma, in *Cass. pen.*, 1993, 2020. Nello stesso senso in dottrina v. FRIGO, *Art. 103*, cit., 657; JESU, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni Unite: un'opportuna precisazione e qualche nuovo dubbio*, in *Cass. pen.*, 1994, 2021.

<sup>91</sup> Cass., sez. un., 14 gennaio 1994, Grollino, in *Cass. pen.*, 1994, 910. È da notare che tale indirizzo è stato condiviso anche dalla successiva giurisprudenza di legittima: v. Cass., sez. V, 17 aprile 2001, Di Popolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 221900; Cass., sez. V, 7 giugno 1997, Spinapolice, in *Cass. pen.*, 1998, 840, ove addirittura si sostiene che la garanzia si estende anche al professionista nei procedimenti civili, essendo essa ricollegata alla funzione difensiva in generale.

mente privato del potere autonomo circa l'attività perquirente presso gli studi professionali<sup>92</sup>.

Soggetto legittimato a disporre la perquisizione è sempre il giudice, che vi provvede personalmente ovvero delegando il pubblico ministero, con previo motivato decreto autorizzativo. Il decreto può avere, pertanto, un contenuto solo dispositivo quando il giudice ordina la perquisizione e vi provvede personalmente, oppure anche autorizzativo allorquando, nel corso delle indagini preliminari, il giudice autorizza il pubblico ministero a procedervi. Quindi, ai sensi dell'art. 103 comma 4, titolare del potere dispositivo è solamente il giudice, ciò per garantire la libertà del difensore<sup>93</sup>. La giurisprudenza ha rilevato, tuttavia, che, intervenuto il decreto autorizzativo, il pubblico ministero rimane pur sempre *dominus* delle indagini, sicché egli può dar corso o meno al compimento dell'atto investigativo o comunque scegliere i tempi della sua esecuzione sulla base di proprie valutazioni discrezionali vincolate solamente al rispetto dei requisiti posti dall'art. 358. Cosicché, non c'è bisogno, nel caso in cui le operazioni di ricerca debbano essere completate senza soluzione di continuità, di munirsi di nuova autorizzazione<sup>94</sup>. Da ciò si ricava che l'attività di perquisizione negli uffici del difensore non è delegabile alla polizia giudiziaria<sup>95</sup>.

Ulteriore garanzia consiste nell'avvisare l'ordine forense del luogo in cui l'operazione si svolge per consentire al presidente o ad un consigliere, appositamente delegato, di partecipare all'atto; nel qual caso, su richiesta dell'intervenuto, deve essergli consegnata copia del provvedimento (art. 103 comma 3.). L'informativa al consiglio dell'ordine, prevista a pena di nullità, adempie ad una funzione sia di garanzia sia

<sup>92</sup> Cfr. FRIGO, *Art. 103*, cit., 666, il quale evidenzia che «la riserva al giudice o al pubblico ministero autorizzato dal giudice è per queste attività una riserva senza eccezioni», senza considerare che anche nella relazione al progetto preliminare, nella parte attinente al commento dell'art. 352, è dato leggere che «...le perquisizioni negli uffici dei difensori sono disciplinate dall'art. 103 c.p.p.» come se avesse voluto intendere che la normativa *de qua* non opera nel caso di specie; JESU, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., 2025.

<sup>93</sup> Cfr. FRIGO, *Art. 103*, cit., 664; in giurisprudenza v. Cass., sez. II, 22 maggio 1997, Acampora, in *Cass. pen.*, 1998, 842; Trib. Torino, 21 febbraio 1990, De Maria, in *Dir. pen.*, 1990, 84.

<sup>94</sup> Cass., sez. II, 22 maggio 1997, Acampora, cit., 842.

<sup>95</sup> COLAMUSSI, *Le garanzie di libertà del difensore nella disciplina delle notificazioni urgenti*, in *Cass. pen.*, 1997, 2505; CORDERO, *Procedura*, cit., 289; CRISTIANI, *Art. 103*, cit., 475; DELLA CASA-VOENA, *Soggetti*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2003, 152; FRIGO, *Art. 103*, cit., 665.

disciplinare<sup>96</sup> e deve essere data quando l'autorità giudiziaria si è già recata presso l'ufficio del difensore ed immediatamente prima di dare inizio all'operazione, in modo da non vanificare l'effetto sorpresa<sup>97</sup>. L'avviso potrà essere effettuato con forme semplici, se queste sono idonee ad assicurarne una conoscenza effettiva: se ciò non è possibile, occorre rinviare alle regole previste dal codice per le notificazioni<sup>98</sup>. L'assenza di rigore nelle forme equivale ad omesso avviso, il che comporta nullità dell'atto compiuto, ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c<sup>99</sup>. Tuttavia, la Corte ha escluso che fosse necessario l'avviso al consiglio dell'ordine forense, quando il mezzo di ricerca della prova, nella specie il sequestro, venisse disposto nell'ambito di un procedimento relativo ad un reato attribuito al difensore medesimo, giacché, in tale ipotesi, non si deve tutelare la funzione difensiva o l'oggetto della difesa, «atteso che il soggetto attivo del reato non è la persona assistita, ma una persona che svolge la funzione difensiva»<sup>100</sup>.

L'art. 103 comma 7 prevede, poi, l'inutilizzabilità dei risultati della perquisizione, qualora fossero state violate le modalità procedurali dell'atto posto in essere, facendo però salva la diversa sanzione della nullità per l'omesso avviso *ex* 3° comma dello stesso articolo<sup>101</sup>.

## 11. Sequestro a seguito di perquisizione

L'art. 252 stabilisce che le cose rinvenute a seguito della perquisizione siano sottoposte a sequestro. Il tenore letterale della disposizione non sembra lasciare all'autorità procedente la possibilità di valutare discrezionalmente il da farsi: al ricorrere di un esito positivo della per-

<sup>96</sup> Così CRISTIANI, *Art. 103*, cit., 475. *Contra* v. DE PIETRO, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, cit., 661.

<sup>97</sup> LOCATELLI, *Il compimento degli atti di indagine presso gli studi legali. Note all'art. 103 del codice di procedura penale dopo la sentenza n. 24 delle S.S.U.U. penali 14 gennaio 1994*, in *Fisco*, 1994, 8789; SAFFIOTI, *In tema di attività investigativa negli studi legali*, in *Nuovo Dig. It.*, 2000, 6, 515.

<sup>98</sup> Cass., sez. II, 27 maggio 1994, Pagliuca, in *Cass. pen.*, 1997, 2503, principio già sancito in precedenza dalle sezioni unite, cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 1993, Morteo, in *C.E.D. Cass.*, n. 195624.

<sup>99</sup> Cass., sez. II, 4 ottobre 1994, Bellantoni, in *Cass. pen.*, 1996, 1205.

<sup>100</sup> Cass., sez. II, 12 novembre 1998, Benini, in *Cass. pen.*, 1999, 3160; in dottrina, *contra*, v. ROMBI, *Attività investigativa negli uffici dei difensori*, in *Cass. pen.*, 1999, 3161.

<sup>101</sup> FRIGO, *Art. 103*, cit., 671; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 444.

quisizione tutto il materiale probatorio ricercato è sottoposto a sequestro<sup>102</sup> secondo la disciplina degli artt. 253 e ss.

Lo stretto nesso funzionale che intercorre tra perquisizione e sequestro, ripropone la dibattuta questione, già sollevata sotto la vigenza del vecchio codice, del rapporto esistente tra i due mezzi di ricerca della prova.

Mentre alcuni autori<sup>103</sup> affermano che la perquisizione, che abbia portato al rinvenimento di cose sequestrabili, si pone come «presupposto immediato dell'atto di apprensione», per cui l'illegittimità della prima contagia inevitabilmente il secondo; altri sostengono che perquisizione e sequestro «compongono una sequela causale ma il secondo non dipende dalla prima»<sup>104</sup>: pertanto quand'anche la ricerca coattiva risulti illegittima, quanto a presupposti, il reperto è acquisibile, ove non vi siano divieti normativi al riguardo.

Anche la giurisprudenza di legittimità è discordante. Da un lato si è escluso, facendo leva sull'autonomia giuridica del successivo sequestro, qualsiasi ripercussione dell'invalidità della perquisizione<sup>105</sup>. Dall'altro lato, invece, si è ritenuto incontestabile l'esistenza di uno stretto rapporto funzionale tra l'atto di ricerca della prova e la sua materiale apprensione, per cui dalla perquisizione deriverebbe l'invalidità del se-

<sup>102</sup> BASSO, *Art. 252*, cit., 729.

<sup>103</sup> BASSO, *Art. 252*, cit., 729, ipotizza una sorta di «inutilizzabilità derivata»; BEL-LANTONI, *Perquisizioni*, cit., 1; COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547; MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1130; TAFI, *Considerazioni sulle interazioni tra perquisizioni e sequestro alla luce di una recente pronuncia di legittimità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 242; ZAPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1878.

<sup>104</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 830; FORTUNA-DRAGONE, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4ª ed., Padova, 1995, 394; LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. proc. pen.*, 1996, 1126; SANLORENZO, *Art. 354*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, 145.

<sup>105</sup> V. Cass., sez. III, 22 febbraio 1995, Magliuolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 201586; Cass., sez. V, 27 gennaio 1995, Melillo, in *Cass. pen.*, 1996, 1934, con nota di MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*; Cass., sez. VI, 2 luglio 1995, Mozzanti, in *C.E.D. Cass.*, n. 202589; Cass., sez. II, 5 dicembre 1994, Prisinzano, in *C.E.D. Cass.*, n. 201267; Cass., sez. I, 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 193090; Cass., sez. VI, 24 aprile 1991, Lionetti, in *Cass. pen.*, 1992, 1879; Cass., sez. II, 10 dicembre 1990, Rocchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 188313.

questo, rinviando ora alle regole della inutilizzabilità della prova *ex* art. 191<sup>106</sup>, ora a quelle della nullità<sup>107</sup>. A dirimere il contrasto sono intervenute le sezioni unite<sup>108</sup>, le quali hanno riconosciuto, con una sentenza tutt'altro che lineare e convincente, il rapporto funzionale esistente tra la ricerca e la scoperta di ciò che può essere necessario o utile ai fini delle indagini. In quest'ottica, la perquisizione rappresenta lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro. Pertanto, l'eventuale vizio che affligge la prima si propaga sul secondo. La suprema Corte ha, poi, negando le premesse, ritenuto che il nesso causale tra perquisizione illegittima e sequestro vada interrotto qualora si rinviene il corpo del reato o cose pertinenti al reato. Ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 253, «il sequestro è un atto dovuto» e a nulla rilevano le modalità con cui ad esso si è pervenuti. Successivamente l'assunto delle sezioni unite è stato ribadito affermando la legittimità del sequestro, di cose ritenute corpo del reato o pertinenti al reato effettuato dalla polizia giudiziaria all'esito del decreto del pubblico ministero di perquisizione e sequestro, anche se «la cosa sequestrata non sia stata descritta nel provvedimento di perquisizione, se alla sua individuazione possa comunque pervenirsi mediante il riferimento sia alla natura del reato in relazione al quale la perquisizione era stata disposta, sia alle nozioni normative di "corpo di reato" e di "cose pertinenti al reato"»<sup>109</sup>. In altri casi, e più specificatamente quando il sequestro consegue a perquisizione operata dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero, non deve procedersi a convalida sempre che il provvedimento di perquisizione abbia individuato in modo certo l'oggetto specifico del sequestro. Mentre, necessita la convalida qualo-

---

<sup>106</sup> Cass., sez. V, 22 settembre 1995, Cavarero, in *Cass. pen.*, 1996, 1546; Cass., sez. V, 23 maggio 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 117. V., anche in tal senso, intervento giurisprudenza di merito, C. App., Perugia, 20 aprile 1993, Fazi, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 153, con nota di SEGHETTI, *Disorientamenti sulla validità del sequestro conseguente a perquisizione illegittima e sul concetto di inutilizzabilità*.

<sup>107</sup> V. Cass., sez. III, 26 aprile 1995, Ceroni, in *Cass. pen.*, 1996, 1876; Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, Perri, in *C.E.D. Cass.*, n. 200053; Cass., sez. I, 23 febbraio 1993, Mattiuzzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 193090; Cass., sez. II, 4 gennaio 1991, Rocchi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 243.

<sup>108</sup> Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268, con nota di VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*.

<sup>109</sup> V. Cass., sez. VI, 27 maggio 1998, Melloni, in *C.E.D. Cass.*, n. 211593; Cass., sez. III, 9 dicembre 1997, Colucci e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 209509.

ra il pubblico ministero abbia disposto il sequestro di «quanto rinvenuto ed, ogni caso, ritenuto utile ai fini di indagine»<sup>110</sup>.

## 12. La perquisizione nelle leggi speciali

L'art. 225 disp. att. prevede l'ultravigenza degli artt. 33 l. 7 gennaio 1929, n. 4 e 41 r.d. 18 giugno 1931, n. 773, afferenti a due tipi di perquisizioni, che avendo carattere processuale si sarebbero potute ritenere caducate ai sensi dell'art. 207 disp. att. In forza dell'art. 33 l. 4/1929, gli ufficiali della polizia tributaria possono procedere a perquisizione locale, sulla base della sola notizia o di un fondato sospetto di violazione delle leggi finanziarie costituenti reato. La norma trova applicazione solo in relazione «alle violazioni di leggi concernenti tributi doganali, la privativa di sali e tabacchi, le imposte di fabbricazione sugli spiriti, zuccheri e polveri piriche e agli altri casi in cui sia espressamente stabilito dalle leggi speciali»<sup>111</sup>. La perquisizione *de qua* è consentita anche in funzione esplorativa per «scoprire eventuali reati che si ha ragione di sospettare esistenti o probabili»<sup>112</sup>. Va evidenziato che l'operatività della disposizione in questione, deve coordinarsi con le norme del codice. Pertanto, la perquisizione dovrà essere convalidata ai sensi dell'art. 352 comma 4, e il difensore ha diritto ad intervenire senza preavviso. Inoltre, avendo l'art. 33 l. 4/1929 circoscritto la sua operatività alla sola perquisizione domici-

<sup>110</sup> Cfr. Cass., sez. V, 8 febbraio 2000, Beha ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 215566; Cass., sez. V, 21 gennaio 1999, Gasperini, in *C.E.D. Cass.*, n. 213347; Cass., sez. VI, 29 aprile 1999, De Blasio, in *C.E.D. Cass.*, n. 214508; Cass., sez. V, 25 novembre 1999, Cogni, in *C.E.D. Cass.*, n. 215566; Cass., sez. I, 10 marzo 1997, Corini ed altri, in *Giust. pen.*, 1998, III, 397.

<sup>111</sup> Per l'individuazioni di tali leggi cfr., SANTAMARIA, *Le ispezioni tributarie*, Milano, 1993, 21.

<sup>112</sup> Cfr. GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni*, cit., 124; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, cit., 7. Anche la Cassazione di recente ha affermato che «la particolare facoltà di perquisizione locale ex art. 33 l. 4/1929, è ammessa solo nella tassativa ipotesi di violazione di leggi finanziarie. In tali casi non è necessaria l'individuazione di ipotesi di reato con specifico riferimento a concreti elementi indiziari, secondo quanto, invece, è richiesto in via generale per la perquisizione disciplinata dal codice di procedura penale»: così Cass., sez. III, 14 novembre 1995, Guglielmi, in *Giust. pen.*, 1996, III, 540; cfr., anche, Cass., sez. III, 26 marzo 1973, Calegario, in *Giust. pen.*, 1974, III, 302.

liare, quella personale potrà essere effettuata *motu proprio* dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 352<sup>113</sup>.

L'art. 41 r. d. 773/1931, invece, legittima gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, a perquisire qualsiasi locale pubblico o privato o anche abitazione, qualora abbiano notizia, o semplice indizio, dell'esistenza in detti luoghi, di armi, munizioni o materie esplodenti, non denunciate o non consegnate o comunque abusivamente detenute. Contrariamente a quanto prevede l'art. 352, la norma, da un lato, autorizza anche gli agenti di polizia a svolgere la perquisizione locale, dall'altro, individua presupposti meno rigidi, in quanto permette di poter agire anche sulla base di semplici indizi<sup>114</sup>. Al di là di tali considerazioni, pure in questo caso, deve essere rispettata la disciplina codicistica, vuoi per le garanzie difensive, vuoi per la procedura di convalida.

A carattere preventivo è la c.d. perquisizione sul posto disciplinata dall'art. 4 l. 22 maggio 1975, n.152 (disposizioni a tutela dell'ordine pubblico), ancora vigente, come del resto risulta, dal richiamo ed essa effettuato dall'art. 27 comma 2 l. 19 marzo 1990, n. 55 e dall'art. 1 comma 2 d.l. 25 luglio 1992, n. 349, convertito con modificazioni dalla l. 23 settembre 1992, n. 386. In tali ipotesi la polizia giudiziaria è autorizzata a compiere perquisizioni sul posto di persone o mezzi di trasporto al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, strumenti di effrazione o esplosivi.

Altre figure di perquisizioni sono contemplate in diverse leggi speciali che legittimano, nei casi di necessità ed urgenza, qualora non sia possibile un tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, la polizia giudiziaria a procedere. Mentre l'art. 27 l. 19 marzo 1990, n. 55, contempla l'ipotesi di perquisizioni nell'ambito di operazioni per la prevenzione e repressione dei delitti di cui agli artt. 416 *bis*, 648 *bis*, e 648 *ter* c.p., quando vi sia fondato motivo di ritenere che possano es-

---

<sup>113</sup> V., in tal senso, KOSTORIS, *Art. 225 disp. att.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale. Appendice, norme di coordinamento e transitorie*, diretto da Amodio-Dominioni, Milano, 1990, 147.

<sup>114</sup> V. BALDUCCI, *Perquisizione*, cit., 987; BASSO, *Art. 225 disp. att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di coordinamento e transitorie*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1992, 143; KOSTORIS, *Art. 225 disp. att.*, cit., 143. Per la giurisprudenza v. Cass., sez. I, 23 ottobre 1995, Melis, in *C.E.D. Cass.*, n. 203334; Cass., sez. IV, 4 giugno 1993, Kila, in *C.E.D. Cass.*, n. 195189; Cass., sez. I, 18 febbraio 1981, Olivari, in *C.E.D. Cass.*, n. 148837; Cass., sez. I, 7 dicembre 1978, Pilia, in *Giust. pen.*, 1979, III, 306.

sere rinvenuti denaro o valori costituenti il prezzo, il prodotto o il profitto delle fattispecie criminose testé citate, l'art. 103 commi 3 e 4 d.p.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si riferisce, invece, alla perquisizione<sup>115</sup> posta in essere dalla polizia giudiziaria nella ricerca di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Col d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 1992, n. 356, il legislatore (art. 25 *bis*) ha introdotto la perquisizione locale di interi edifici o blocchi di edifici, consentendo, in siffatte ipotesi, anche la sospensione della circolazione di persone e veicoli nelle aree interessate.

Un altro caso particolare di perquisizione è previsto dalla normativa in materia antidiscriminatoria *ex* art. 5 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito in l. 25 giugno 1993, n. 205. Quando si procede per un reato commesso con finalità di discriminazione, odio, o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi si può perquisire l'immobile, qualora vi sia il fondato motivo di ritenere che l'autore del reato se ne sia avvalso come luogo di riunione, di deposito, o di rifugio o per altre attività connesse al reato. In questi casi gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono *motu proprio* qualora sussistono motivi di particolare urgenza, tali da non consentire di richiedere l'autorizzazione telefonica del magistrato competente.

## Bibliografia

BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 893; BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 492; BASSO, *Art. 225 disp. att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di coordinamento e transitorie*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1992, 143; BASSO, *Artt. 247-252*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 697; BALDUCCI, *Perquisizioni*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 979; BALDUCCI, *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 136; BELLANTONI, *Urgenza e perquisizioni*, in *Ind. pen.*, 1991, 309; BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 3; BELLANTONI, *Le perquisizioni nella disciplina del codice di procedura penale: aspetti proble-*

<sup>115</sup> Trattasi di perquisizione personale, locale e domiciliare posto che la norma nulla specifica in ordine alla forma di perquisizione, come invece avviene in altre disposizioni di legge. La giurisprudenza ha evidenziato che i poteri concessi alla polizia giudiziaria dall'art. 103 d.p.R. 309/1990 sono finalizzati ad attività di carattere preventivo, oltre che repressivo. V. Cass., sez. VI, 10 aprile 1996, Briglia, in *C.E.D. Cass.*, n. 204883; Cass., sez. VI, 23 ottobre 1992, Torcaso, in *Cass. pen.*, 1994, 742.

*matici*, in *Ind. pen.*, 1976, 42; CIANI, *Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore*, in *Cass. pen.*, 1998, 848; COCUZZA, *Il segreto bancario tra vecchio e nuovo rito penale*, in *Bancaria*, 1992, 43; COLAMUSSI, *Le garanzie di libertà del difensore nella disciplina delle notificazioni urgenti*, in *Cass. pen.*, 1997, 2505; COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547; CORDERO, *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; CRISTIANI, *Art. 103*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, I, Torino, 1989, 473; D'ALESSIO, *Art. art. 14 Cost.*, in *Commento breve alla costituzione*, coordinato da Crisafulli-Paladin, Padova, 1990, 90; DELLA CASA-VOENA, *Soggetti*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2003, 152; DE PIETRO, *Ispezioni perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 662; DUBOLINO-BAGLIONE-BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale, illustrato per articolo*, Padova, 1992; FORTUNA-DRAGONE, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 1995; FRIGO, *Art. 103*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, I, Milano, 1989, 659; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; GREVI, *Prove*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2003, 324; GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979; IANNONE, *Sulla condizioni legittimanti la perquisizione domiciliare*, in *Cass. pen.*, 1996, 1539; JESU, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni Unite: un'opportuna precisazione e qualche nuovo dubbio*, in *Cass. pen.*, 1994, 2021; KOSTORIS, *Art. 225 disp. att.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale. Appendice, norme di coordinamento e transitorie*, diretto da Amodio - Dominioni, Milano, 1990, 147; LOCATELLI, *Il compimento degli atti di indagine presso gli studi legali. Note all'art. 103 del codice di procedura penale dopo la sentenza n. 24 delle S.S.U.U. penali 14 gennaio 1994*, in *Fisco*, 1994, 8789; LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1126; MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 1934; MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1130; NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2004; NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989; PIOLETTI, *Perquisizione*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, 1965, 1001; POTETTI, *Attività del p.m. diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 1995, 134; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974; RAMAJOLI, *Riflessioni sulla perquisizione e sul sequestro di carte e documenti compiuti presso uno studio legale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2024; ROMBI, *Attività investigativa negli uffici dei difensori*, in *Cass. pen.*, 1999, 3161; ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2082; SAFFIOTI, *In tema di attività investigativa negli studi legali*, in *Nuovo Dig. it.*, 2000, 6, 515; SALVI, *Art. 365, 369*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, 249; SANLORENZO, *Art. 354*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, 145; SANTACROCE, *Accertamenti, perquisizioni e sequestri presso banche: il superamento della riserva di giurisdizione e l'evoluzione della disciplina*, in *Giur. pen.*, 1993, III, 727; SANTAMARIA, *Le ispezioni tributarie*, Milano, 1993; SCAGLIONE, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale e nelle leggi speciali*, Padova, 1987; SEGNETTI, *Disorientamenti sulla validità del sequestro conseguente a perquisizione illegittima e sul concetto di inutilizzabilità*, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 153; SETTE, *Perquisizioni e sequestro presso le banche tra vecchio e nuovo codice*, in *Arch. n.*

*proc. pen.*, 1992, 323; SPANGHER, *Banche: richiesta di consegna ed istanza di riesame*, in *Cass. pen.*, 1996, 887; SPIZUOCO, *La nozione di domicilio nell'art. 224 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1970, III, 526; TAFI, *Considerazioni sulle interazioni tra perquisizioni e sequestro alla luce di una recente pronuncia di legittimità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 242; TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Torino, 1991; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, in *Cass. pen.*, 1996, 3274; VOENA, *Rilevi, perquisizioni ed ispezioni di polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 474; ZAPULLA, *Le indagini per la formazione della notitia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1878.



